

Sygn. akt: KIO 495/14
Sygn. akt: KIO 507/14
Sygn. akt: KIO 508/14

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**
Daniel Konicz
Izabela Kuciak

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca, 8 i 9 kwietnia 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 marca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Nordisk Polska Sp. z o.o., Konsalnet Secura Solutions Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** (KIO 495/14),
- B. w dniu 14 marca 2014 r. przez wykonawcę **Ekotrade Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa** (KIO 507/14),
- C. w dniu 14 marca 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ELPROMA Sp. z o.o., ul. Warszawska 37/15, 05-500 Piaseczno** (KIO 508/14),

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska Sp. z o.o., SMT Software Sp. z o.o. SKA, EBS Sp. z o.o., ITM Poland Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-511 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 495/14, KIO 507/14 oraz KIO 508/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Ekotrade Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 508/14 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania o sygn. akt KIO 495/14, KIO 507/14 i KIO 508/14.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Nordisk Polska Sp. z o.o., Konsalnet Secura Solutions Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, wykonawcę **Ekotrade Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa** i wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe ELPROMA Sp. z o.o., ul. Warszawska 37/15, 05-500 Piaseczno** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Nordisk Polska Sp. z o.o., Konsalnet Secura Solutions Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, wykonawcę **Ekotrade Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa** i wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe ELPROMA Sp. z o.o., ul. Warszawska 37/15, 05-500 Piaseczno** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Nordisk Polska Sp. z o.o., Konsalnet Secura Solutions Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, wykonawcy **Ekotrade Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa** i wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe ELPROMA Sp. z o.o., ul. Warszawska 37/15, 05-500 Piaseczno** na rzecz **Ministerstwa Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** kwotę **10 800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Nordisk Polska Sp. z o.o., Konsalnet Secura Solutions Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Ekotrade Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe ELPROMA Sp. z o.o., ul. Warszawska 37/15, 05-500 Piaseczno**.

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

Przewodniczący:

.....

.....

sygn. akt: KIO 495/14
KIO 507/14
KIO 508/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11; 00-567 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 sierpnia 2013 r. pod numerem 2013/S 166-288765.

Zamawiający dnia 5 marca 2014 roku, przesłał informację o wynikach prowadzonego postępowania.

KIO 495/14

Dnia 14 marca 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Nordisk Polska Sp. z o.o. - pełnomocnik konsorcjum, ul. Postępu 3; 02-676 Warszawa, Konsalnet Secura Solutions Sp. z o.o. - członek konsorcjum, ul. Przasnyska 6A; 01-765 Warszawa (dalej „*odwołujący*” lub „*konsorcjum Nordisk*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na: wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm: Impel Security Sp. z o.o., SMT Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A, EBS Sp. z o.o., ITM Poland Sp. z o.o. („*konsorcjum Impel*”), która podlega odrzuceniu, względnie wykonawca ten podlega wykluczeniu, niewłaściwej ocenie złożonych przez konsorcjum Impel wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zaniechaniu odtajnienia dokumentów i zaniechaniu badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum Impel w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Impel zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

art. 90 ust. 2 i 3 ustawy PZP, poprzez jego nie zastosowanie lub błędne zastosowanie i zaniechanie dokonania oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Impel, ewentualnie dokonanie oceny złożonych wyjaśnień jako wiarygodnych i

uzasadniających oferowaną cenę, podczas gdy żadne obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów nie uzasadniają należycie wysokości oferowanej przez konsorcjum Impel ceny oferty,

art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Impel, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

art. 24 ust 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez przyjęcie, że konsorcjum Impel wykazało złożonymi w postępowaniu oświadczeniami i dokumentami spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy PZP, poprzez złożenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania,

art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 87 ust 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Impel do wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, ewentualnie dokonanie błędnej oceny złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Impel,

art. 89 ust. 1 ustawy PZP, poprzez nieodrzućenie oferty konsorcjum Impel jako niezgodnej z ustawą w przypadku braku podstaw do strzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

w konsekwencji art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy PZP, poprzez ich nie zastosowanie lub błędne zastosowanie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Impel, która podlega odrzuceniu, względnie który to wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a tym samym wybór taki jest niezgodny z przepisami ustawy PZP,

oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania.

Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił również naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez nie dokonanie badania oferty lub błędną ocenę treści oferty złożonej przez konsorcjum Impel i zaniechanie odrzucenia tej oferty z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia,

art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Impel w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia jest świadczeniem niemożliwym do wykonania przez konsorcjum Impel,

art. 26 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Impel do złożenia uzupełnień oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy dokumenty i oświadczenia złożone w ofercie nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu,

art. 26 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy dokumenty i oświadczenia złożone w ofercie nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania,
- b) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- c) nakazanie odrzucenia ofert konsorcjum Impel,
- d) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca/wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, SMT Software sp. z o.o. sp.k.a. z siedzibą we Wrocławiu, EBS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITM Poland sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo, iż były ku temu faktyczne podstawy, bowiem w oparciu o przyznaną przez zamawiającego punktację była ofertą drugą w kolejności. Oferta odwołującego jest zgodna z s.i.w.z., spełnia wszystkie wymagania zamawiającego i nie zawiera rażąco niskiej ceny, w przeciwieństwie do oferty konsorcjum Impel. Zamawiający jednocześnie zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum Impel, pomimo iż oferta ta podlega w ocenie odwołującego odrzuceniu. Tym samym w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego to oferta odwołującego, jako sklasyfikowana na drugim miejscu, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia zamawiającego prowadzi do możliwości powstania szkody po stronie odwołującego.

KIO 507/14

Dnia 14 marca 2014 roku wykonawca Ekotrade sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa (dalej „odwołujący” lub „Ekotrade”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: „*uznk*”, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę:

a) oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, SMT Software sp. z o.o. sp.k.a. z siedzibą we Wrocławiu, EBS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITM Poland sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, dalej „*konsorcjum Impel*”,

b) oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Nordisk sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsalnet Secure Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „*konsorcjum Nordisk*”,

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Impel oraz oferty konsorcjum Nordisk, mimo iż ich treść jest niezgodna z s.i.w.z., gdyż nie jest możliwe zaoferowanie rozwiązań zgodnych z s.i.w.z. po cenie zaoferowanej przez konsorcjum Impel i konsorcjum Nordisk,

2) art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 *uznk*, poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, mimo iż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu *uznk*,

3) art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez uznanie, że wyjaśnienia przedłożone przez Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Nordisk są wystarczające i potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców,

4) art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Nordisk, mimo iż wykonawcy ci nie wykazali, że spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2 ppkt 2.1 s.i.w.z.,

ewentualnie:

5) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących dowodu załączonego na potwierdzenie należytego wykonania usługi w tym zakresie i ewentualnego uzupełnienia dokumentów,

6) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk do uzupełnienia dokumentów w postaci wykazu wykonanych głównych usług, mimo iż ww. wykonawcy nie załączyli przedmiotowego dokumentu zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 s.i.w.z.,

- 7) art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 5 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231) poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk do udzielenia wyjaśnień odnośnie wykazu usług i dowodów wskazanych na potwierdzenie ich należytego wykonania w zakresie warunku, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2 ppkt 2.2 s.i.w.z.,
- 8) art. 17 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 Pzp, poprzez naruszenie przez zamawiającego zasady bezstronności z uwagi na fakt, że czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonywała osoba podlegająca wyłączeniu, a czynności wykonywane z udziałem tejże osoby nie zostały powtórzone,
- 9) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy),
- 10) naruszenie innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, że:

- a) ceny zaoferowane w ofertach Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk nie obejmują wszystkich elementów niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia w zakresie opisanym w dokumentacji przetargowej,
- b) nie jest możliwe przy tak zaoferowanym poziomie cen wykonanie zamówienia w sposób należyty i zgodny z przepisami prawa,
- c) ceny zaoferowane przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk nie zawierają wszystkich kosztów, które mogą pojawić się w trakcie realizacji zamówienia, a które wykonawca powinien uwzględnić przy sporządzaniu oferty i ująć w kosztach realizacji zamówienia,
- d) wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk nie obejmują obiektywnych czynników pozwalających na tak znaczne obniżenie cen za realizację przedmiotu zamówienia,
- e) ceny zaoferowane przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk nie pozwalają na osiągnięcie zysku.

Ponadto odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2) powtórzenia czynności, w których brał udział odwołany członek komisji przetargowej
- p. R..... J.....,

- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- 4) odtajnienia dokumentów zawierających wyjaśnienia Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp,
- 5) wezwania Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk do uzupełnienia wykazu głównych usług,
- 6) wezwania Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk do udzielenia wyjaśnień w zakresie usług wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2 ppkt 2.2 s.i.w.z.,
- 7) wykluczenia wykonawców Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Nordisk jako niespełniających warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 1 pkt 2 ppkt 2.1 s.i.w.z.,
ewentualnie:
- 8) wezwania Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Nordisk do udzielenia wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia dokumentu,
- 9) odrzucenia oferty Konsorcjum Impel i oferty Konsorcjum Nordisk,
- 10) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca/wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, SMT Software sp. z o.o. sp.k.a. z siedzibą we Wrocławiu, EBS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITM Poland sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferty złożone przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk powinny zostać odrzucone, a oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą. Ponadto, objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu uzyskania zamówienia. Nie można więc, odmówić odwołującemu interesu we wniesieniu odwołania w celu możliwości ochrony swoich interesów związanych z uzyskaniem zamówienia.

Dnia 14 marca 2014 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Elproma sp. z o.o., ul. Warszawska 37/15, 05-500 Piaseczno (dalej „*odwołujący*” lub „*Elproma*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia:

oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, SMT Software sp. z o.o. sp.k.a. z siedzibą we Wrocławiu, EBS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITM Poland sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, dalej „*Konsorcjum Impel*”,

oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Nordisk sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsalnet Secure Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „*Konsorcjum Nordisk*”,

art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „*Ekotrade*”, mimo iż zawiera ona cenę rażąco niską w rozumieniu ustawy,

mimo iż ww. oferty zawierają ceny rażąco niskie w rozumieniu ustawy;

art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ekotrade do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska,

art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, Konsorcjum Nordisk i Ekotrade, mimo iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. art. 96 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp, mimo iż w ocenie odwołującego informacje tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,

art. 7 ust. 1 i 3 Pzp (w zw. z ww. przepisami prawa) poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,

odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

wezwania Ekotrade do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, oferty Konsorcjum Nordisk i oferty Ekotrade, dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy pozbawił odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, odrzucone zostałyby oferty wykonawców Konsorcjum Impel, Konsorcjum Nordisk i Ekotrade, a za najkorzystniejszą zostałaaby uznana oferta Elproma. Odwołujący poniósł szkodę w postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Elproma ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ dąży do ochrony swoich interesów związanych z uzyskaniem zamówienia.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie:

- a) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, SMT Software sp. z o.o. sp.k.a. z siedzibą we Wrocławiu, EBS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ITM Poland sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,
- b) Ekotrade sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa.

Zamawiający, pismem z dnia 27 marca 2014 roku, złożył odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie wszystkich trzech odwołań.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

KIO 495/14

Odwołujący podniósł, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego” nie ma, jeśli chodzi o skalę i zakres, porównywalnego odpowiednika na rynku zamówień publicznych w Polsce. Już sama wartość postępowania, w kwocie ponad 400.000.000,00 (słownie czterystu milionów) złotych, przeznaczonych przez zamawiającego na realizację zadań w zakresie dozoru

elektronicznego więźniów wskazuje, jak ważne oraz istotne dla polskiego wymiaru sprawiedliwości jest to postępowanie. Dlatego analizując oferty w tym postępowaniu zamawiający, mając świadomość istoty przedmiotowego zamówienia, powinien dochować najwyższej staranności oraz zachować najdalej posuniętą ostrożność, dokonując oceny ofert. W szczególności, działając w ramach przepisów PZP, zamawiający zobowiązany był dokonać szczególnie dociekliwej weryfikacji możliwości realizacji zamówienia przez wykonawców oraz ustalić, czy za zaoferowaną kwotę można to zamówienie zrealizować. W ocenie odwołującego zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów PZP, poprzez zaniechanie tej weryfikacji, zignorowanie informacji przekazywanych przez wykonawców na etapie oceny ofert oraz błędną ocenę wyjaśnień, które otrzymał od wykonawcy Konsorcjum Impel.

Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza musi dawać rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, zwłaszcza mając na uwadze okoliczność, iż jakość świadczonych usług będzie miała istotny wpływ na poczucie bezpieczeństwa w społeczeństwie, i która to gwarantuje sprawne i prawidłowe realizowanie dozoru elektronicznego. To także bezpieczeństwo systemu, jego pracowników i samych skazanych. W kontekście niniejszego odwołania należy również mieć na uwadze aktualny stan rynku sprzętu dozoru elektronicznego a w szczególności urządzeń dozoru, wymaganych w SIWZ przez Zamawiającego, urządzeń zakładanych osobom skazanym oraz stacjonarnych urządzeń monitorujących, jest to szczególnie istotne, ponieważ kalkulując cenę jednym z jej ważniejszych elementów i składników kosztowych jest właśnie koszt tego sprzętu. Według wiedzy i doświadczenia odwołującego na rynku międzynarodowym, podobnie jak i w Polsce, funkcjonują obecnie 2 duże podmioty produkujące w/w sprzęt, które konkurując ze sobą, zdobywają poszczególne rynki europejskie. Są to G4S PLC z Anglii oraz 3M z Izraela. Ci producenci konkurując ze sobą wyznaczyli pewien poziom cenowy, który jest odnośnikiem do poziomu kosztów w przedmiotowym postępowaniu. Oferty obu tych producentów są porównywalne cenowo z wahaniami do 10% w zakresie niektórych elementów. Różnią się natomiast co do jakości oraz zakresu obsługi gwarancyjnej i pogwarancyjnej. Istotne jest to, że obaj producenci gwarantują realizację zamówienia w terminach, które określił w przedmiotowym postępowaniu zamawiający.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że na rynku producentów w/w sprzętu istnieją 2-3 mniejsze podmioty, których urządzenia mogłyby teoretycznie znaleźć zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu, jednak ci producenci w ocenie odwołującego nie gwarantują odpowiedniego poziomu jakościowego oraz nie są w stanie zabezpieczyć realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami s.i.w.z.

Zawarcie umowy z ceną nierealną i niepozwalającą na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a za taką należy uznać cenę oferty Konsorcjum Impel o wartości

214.020.000,00 zł, grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Zamawiający, uznając, że jest to cena niewiarygodna, wezwał Konsorcjum Impel, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jednak Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się z tymi wyjaśnieniami, gdyż stanowiły one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zatem w tym miejscu wskazać, że naczelną zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art 8 ust. 1 ustawy PZP. Wprawdzie w myśl art. 8 ust. 3 ustawy PZP wykonawca może zastrzec w odniesieniu do niektórych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione, to jednak informacje te muszą wypełniać znamiona definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem 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. Za nieskuteczne należy więc uznać zastrzeżenia wobec informacji, które tajemnica przedsiębiorstwa nie są. Odwołujący kwestionuje decyzję zamawiającego, który odmówił mu udostępnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej przez Konsorcjum Impel tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zastaniając się zastrzeżeniem tego wykonawcy, iż dokumenty te stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawnione.

Odwołujący podniósł, że informacje dotyczące kalkulacji ceny nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie zostało wykazane przez Konsorcjum Impel spełnienie łącznie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności brak jest wyjaśnień ze strony tego wykonawcy, które potwierdziłyby spełnienie tych przesłanek. Zamawiający nie podjął też czynności zmierzających do weryfikacji stanowiska Konsorcjum Impel w zakresie zastrzeżenia tych informacji co oznacza, że podjęta decyzja w zakresie odmowy udostępnienia dokumentów nie ma podstaw prawnych i faktycznych. Powyższe wskazuje na naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Impel do wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, ewentualnie dokonanie błędnej oceny złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Impel i zasadność formułowanego w tym zakresie zarzutu.

Pomimo braku możliwości wglądu w treść złożonych wyjaśnień z ostrożności procesowej odwołujący wskazuje, iż zamawiający dokonał niewłaściwej oceny złożonych wyjaśnień, bowiem w ocenie odwołującego oferta wybranego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, czyli cenę skalkulowaną poniżej cen rynkowych. Cena przedstawiona przez wykonawcę jest ceną niewiarygodną i nierealistyczną w odniesieniu do cen rynkowych oraz do ceny oszacowanej przez zamawiającego. Konieczność uwzględnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności zakresu przedmiotu zamówienia, przy szacowaniu wynagrodzenia powoduje, że w świetle dyrektyw zawartych w art. 90 ust. 2 ustawy PZP nie jest możliwe wykazanie, że cena ta nie jest rażąco niska.

Wprawdzie czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 PZP mają charakter jedynie przykładowy, a co za tym idzie wykonawca udzielający wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może odwoływać się do innych czynników niż wymienione w przepisie, które wpłynęły na sposób skalkulowania przez niego ceny ofertowej, to jednak Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje

w sposób konsekwentny, iż czynniki powoływane przez wykonawcę jako uzasadnienie dla skalkulowania przez niego ceny ofertowej na poziomie w istotny sposób odbiegającym od poziomu cen ofertowych innych wykonawców muszą mieć charakter obiektywny, a nadto muszą one odnosić się, być właściwe dla tego właśnie wykonawcy.

Dodatkowo, biorąc pod uwagę również fakt, że racjonalny podmiot gospodarczy zazwyczaj oczekuje zysku realizując zamówienia publiczne oraz sfinansowania części kosztów ogólnych przedsiębiorstwa, jak choćby koszty ubezpieczenia, koszty działalności zaplecza finansowo-księgowego etc., także te elementy muszą się znaleźć, obok wszystkich wymagań związanych i właściwych dla realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z s.i.w.z. oraz wynikających z tego ryzyk muszą być uwzględnione w dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny oferty i muszą być dla oceny racjonalności i obiektywności przekazane w ramach wyjaśnień zamawiającemu. Skoro już zamawiający powziął wątpliwości, co do wysokości ceny oferty, i uznał ją za niewiarygodną żądając wyjaśnień, to nie może poprzestać na fakcie ich złożenia bez ich merytorycznej oceny. Zdaniem zaś odwołującego dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień przedstawionych przez Konsorcjum Impel w sposób nieuzasadniony uznaje, że jest to cena adekwatna do przedmiotu zamówienia i przez to narusza przepisy Prawa zamówień publicznych, w tym art. 90 ust. 2 ustawy PZP.

Takie działanie niewątpliwie stanowi o próbie przejęcia zamówienia za wszelką cenę, nawet poniżej kosztów realizacji, co w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP powinno skutkować odrzuceniem jego oferty i stanowiąc jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji sankcjonowany odrzuceniem oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP.

Dla potwierdzenia zasadności formułowanych zarzutów odwołujący wskazuje, że realizacja przedmiotowego zamówienia, z należytą starannością wymaga środków, przekraczających kwoty określone przez Konsorcjum Impel. Poprawne zrealizowanie przedmiotu zamówienia wymaga bowiem uwzględnienia tak kosztów ludzkich, jak też rzeczowych w tym, min. sfinalizowania następujących jego elementów: urządzenia monitorujące systemu SDE, materiały eksploatacyjne dla urządzeń monitorujących systemu SDE, takie jak opaski, narzędzia instalacyjne, oraz urządzenia kontrolne, osprzęt IT (komputery, serwery oraz urządzenia peryferyjne), prace budowlane, przystosowujące pomieszczenia Centrum Monitorowania do realizacji zamówienia, oprogramowanie systemowe do nadzoru pracy systemu SDE, usługi telekomunikacyjne, związane z przekazywaniem informacji o statusie wyniesionych elementów systemu SDE, usługi dozoru nad więźniami odbywającymi karę w systemie SDE, związane z aktywacją i dezaktywacją systemu oraz bieżącym monitoringiem, całodobowa, pełna obsługa Centrum Monitorowania systemu SDE, szkolenia na potrzeby rozwoju systemu SDE, inne.

Weryfikacja wyjaśnień Konsorcjum Impel, której odwołujący jest pozbawiony, może wskazywać na pominięcie poszczególnych elementów lub zaniżenie ich ceny, co już prowadziłoby do wniosku o rażąco niskim i nierealistycznym poziomie ceny tej oferty, lub też ewentualnie - co znajduje swój wyraz w podnoszonym z ostrożności zarzucie - mogłoby wskazywać na niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., skoro prowadziłoby do wniosku o przedstawieniu w ten sposób informacji o zaplanowanym sposobie spełniania świadczenia w oderwaniu od wymagań zamawiającego ujawnionym w s.i.w.z., a tym samym naruszeniu wyborem oferty Konsorcjum Impel przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP.

Odwołujący, po złożeniu ofert, powziął wiedzę o tym, iż w składzie Konsorcjum Impel znajduje się firma EBS Sp. z o.o. Według informacji pozyskanych ze strony internetowej tej firmy, jest ona producentem zaawansowanych systemów zabezpieczeń, wykorzystujących technologię GSM oraz RFID. Jest to niezmiernie istotne z punktu widzenia oceny zdolności Konsorcjum Impel do realizacji przedmiotowego zamówienia. Według wiedzy odwołującego, na dzień dzisiejszy Konsorcjum Impel nie posiada własnego sprzętu, który mogłoby zastosować do realizacji przedmiotowego zamówienia. Określenie własny sprzęt odnosi się w tym przypadku do modułów monitorujących RFID, montowanych osobom skazanym oraz stacjonarnych modułów monitorujących, zasilanych z sieci 230V. Przygotowanie takiego sprzętu, nawet z doświadczeniem takim, jakie deklaruje EBS Sp. z o.o. jest procesem długotrwałym, który w ocenie odwołującego może potrwać nawet rok. Wynika to nie tylko z samego procesu projektowania oraz testowania rozwiązania tego typu, ale przede wszystkim z procesu certyfikacji, tak aby produkt spełniał odpowiednie normy prawne

i posiadał dopuszczenie do stosowania na rynku. Tymczasem zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymaga znacznie krótszego czasu realizacji. Analiza oferty Konsorcjum Impel oraz złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień ceny rażąco niskiej może natomiast potwierdzić, zasadność zarzutu oferowania urządzeń nieistniejących lub urządzeń do których wykonawca ten nie ma dostępu, przez co potwierdzona została by zasadność zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel w sytuacji gdy oferowane przedmiot zamówienia jest świadczeniem niemożliwym do wykonania przez Konsorcjum Impel, ewentualnie art 24 ust 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez złożenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący, jako profesjonalny podmiot funkcjonujący w ramach konsorcjum na rynku teleinformatycznym oraz na rynku usług ochrony dokonał analizy możliwych scenariuszy, których rezultatem mogłoby być obniżenie ceny i wynik tej analizy pragnie przybliżyć w odwołaniu. Jeśli Konsorcjum Impel w wyjaśnieniach uwzględniło takie elementy jak zewnętrzne źródła finansowania, kredyty bankowe, możliwość obniżenia kosztów pracy czy metody optymalizacji kosztowej, takiej jak leasing niektórych elementów (ewentualnie w ogóle tego nie wskazało), to każdorazowo zamawiający zobowiązany był ocenić wpływ tych czynników na cenę oferty, w tym dostępność danych narzędzi wykonawcy który się na nie powołuje. Zdaniem odwołującego taka analiza nie została dokonana przez zamawiającego, a przynajmniej odwołujący nie znalazł śladów tej analizy w udostępnionej dokumentacji postępowania. Analiza ta, w przypadku tak kluczowego postępowania, musi być przeprowadzona w sposób, który pozwoli wykluczyć jakiegokolwiek wątpliwości, co do zdolności podmiotu do realizacji zamówienia a w razie powzięcia wątpliwości zamawiający ma obowiązek, zgodnie z przepisami PZP, wystąpić o wyjaśnienia i na ich podstawie zdecydować o wykluczeniu bądź utrzymaniu Wykonawcy w postępowaniu.

Zgodnie z prezentacją udostępnioną na stronie <http://www.impd.pl/upload/categorv/117d346fd2d515e01ed8f1fe656a36fb.pdf> („strona Impel”) Impel Security Sp. z o.o. oraz cała grupa kapitałowa Impel to oprócz usług ochrony „niekwestionowany lider w zakresie usług porządkowo- czystościowych oraz firma zajmująca się innymi usługami”. Powyższe prowadzi zaś do wniosku o zaoferowaniu realizacji przedmiotu zamówienia poniżej kosztów jego wytworzenia tj. z ceną rażąco niską, ewentualnie w sposób wskazujący na niezgodności oferowanego świadczenia (oferty) z s.i.w.z. i/lub też oferowania świadczenia niemożliwego oraz złożenie w zakresie przedmiotu zamówienia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z wymaganiami zdefiniowanymi w rozdziale V s.i.w.z. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, ust. 1 wykonawcy zobowiązani byli spełnić następujące warunki: 2.1. wykonali (zrealizowali, zakończyli), w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na zaprojektowaniu, oprogramowaniu i wdrożeniu informatycznego systemu rozproszonego, działającego w co najmniej 100 lokalizacjach, w architekturze centralnej, gdzie platforma serwerowa i oprogramowanie aplikacyjne zostało zainstalowane w jednej lokalizacji, a funkcjonalność aplikacji dostępna jest przez przeglądarki internetowe w pozostałych lokalizacjach, o wartości usługi (bez wartości dostaw sprzętu i usług wsparcia) nie mniejszej niż 1,5 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów), przy czym zamawiający dopuszcza realizację usługi poprzez jedną lub wiele umów. Zamawiający jednocześnie określił, że uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy Wykonawca wykaże spełnienie warunku opisanego w pkt 2.1. oraz jednego z trzech warunków opisanych w pkt. 2.2.

Zgodnie zaś z ust. 2 rozdział V s.i.w.z. 2.1.1. Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy Wykonawca wykaże, iż wykonał (zrealizował, zakończył), w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali (zrealizowali, zakończyli), w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na zaprojektowaniu, oprogramowaniu i wdrożeniu informatycznego systemu rozproszonego, działającego w co najmniej 100 lokalizacjach, w architekturze centralnej, gdzie platforma serwerowa i oprogramowanie aplikacyjne zostało zainstalowane w jednej lokalizacji, a funkcjonalność aplikacji dostępna jest przez przeglądarki internetowe w pozostałych lokalizacjach, o wartości usługi (bez wartości dostaw sprzętu i usług wsparcia) nie mniejszej niż 1,5 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów), przy czym Zamawiający dopuszcza realizację usługi poprzez jedną lub wiele umów, Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy Wykonawca wykaże spełnienie warunku opisanego w pkt 2.1.1 oraz jednego z trzech warunków opisanych w pkt 2.1.2.

Zdaniem odwołującego, spełnienia wskazanych warunków Konsorcjum Impel nie wykazało, a co więcej składając oświadczenie o spełnianiu warunków, które nie koreluje z załączoną referencją, dopuściło się złożenia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynik postępowania. Z ostrożności odwołujący podniósł, że w przypadku niepodzielania poglądu przez KIO o złożeniu informacji nieprawdziwych, wobec niepotwierdzenia spełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum Impel winno być wezwane do uzupełnień i wyjaśnień w trybie odpowiednio art. 26 ust. 3 ustawy PZP lub art. 26 ust 4 ustawy PZP, czego zamawiający zaniechał.

Zważyć bowiem należy, że w celu spełnienia warunku o którym mowa powyżej, wykonawca Konsorcjum Impel przedłożył w ofercie wykaz usług, w którym potwierdził

wykonanie usługi dla CProjekt GmbH Germany, załączając stosowną referencję od CProjekt GmbH. Analiza referencji prowadzi do wniosku, że pozostaje ona sprzeczna wobec oświadczenia zawartego w wykazie, a tym samym zaprzecza spełnieniu tą realizacją stawianego systemowi warunku opisanego w s.i.w.z. Z treści referencji wynika, bowiem, że SMT Software Sp. z o.o. SKA zaprojektowała, wdrożyła i uruchomiła dostarczony system w ramach scentralizowanej architektury. Platforma serwerowa oraz oprogramowanie systemu wykorzystują udostępniane przez CProjekt GmbH centrum obsługi serwerów mieszczące się w Gutersloh w Niemczech. Zaś klienci CProjekt GmbH mogą korzystać z funkcji systemowych przy pomocy przeglądarki sieciowej. Powyższe prowadzi do wniosku, iż system został dostarczony do jednego klienta, który następnie odsprzedał system kolejnym użytkownikom. Firma CProjekt GmbH oświadcza, iż system jest wykorzystywany przez klientów, z którymi ma ona zawarte umowy współpracy w ramach świadczonych usług co jest niezgodne z oczekiwaniami zamawiającego określonymi w rozdz. V ust. 1 pkt 2.1. Co więcej, referencja ta podważa spełnienie wymogu centralnej architektury dla wskazanych lokalizacji. System informatyczny rozproszony w architekturze centralnej oznacza bowiem rozwiązanie, w którym funkcjonalność, zaprogramowana na serwerze, udostępniana jest wielu niezależnym komputerom (lub innym urządzeniom) w ramach jednego spójnego rozwiązania. Zamawiający dopuszczał realizację powyższej usługi poprzez jedną lub wiele umów, ale nie poprzez wiele produktów. W przedmiotowym przypadku mamy sytuację, w której rozwiązanie opisane w referencji, zostało dostarczone niemieckiej firmie, zainstalowane i wdrożone. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, warunek to *co najmniej 1 (jedną) usługą polegającą na zaprojektowaniu, oprogramowaniu i wdrożeniu informatycznego systemu rozproszonego w architekturze centralnej.*

Tymczasem w przedmiotowej referencji, nie ma informacji o „oprogramowaniu” czy programowaniu. W związku z tym nie można z tak przedstawionego dowodu domniemywać, że firma SMT Software w rzeczywistości wykonała to oprogramowanie poprzez dokonanie czynności programowania. Referencje mówią tylko i wyłącznie o zaprojektowaniu, dostarczeniu, wdrożeniu i uruchomieniu. Gdyby przyjąć, że treść referencji odpowiada stanowi faktycznemu w tym zakresie, to jest - z informatycznego punktu widzenia możliwe - że firma SMT Software faktycznie zaprojektowała to oprogramowanie, ale samo wykonanie oprogramowania mogło być zrealizowane bez problemu przed podwykonawcą. Jednak aktualne zapisy referencji bez wątpliwości wskazują na fakt, że w ramach czynności dokonanych dla firmy CProjekt system został dostarczony, nie potwierdzają jednak faktu realizacji czynności wykonania tego systemu.

KIO 507/14

Odwołujący podniósł, iż w ramach etapu pierwszego, wykonawca będzie zobowiązany do wykonania SDE w zakresie umożliwiającym objęcie systemem do 7.500 osób (skazanych). Jest to przedsięwzięcie o dużej skali i stopniu skomplikowania, wymagające uwzględnienia szeregu uwarunkowań, leżących także po stronie zamawiającego. Po wdrożeniu SDE nastąpi 48 - miesięczny okres świadczenia usług, w ramach których wybrany wykonawca będzie zobowiązany do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu umożliwiającego kontrolę nad odbywaniem kary przez 7.500 skazanych. Konsekwencje niewykonania zobowiązań przez wykonawcę wykraczają dalece poza czysto finansowe skutki problemów z funkcjonowaniem systemu informatycznego. Wykonawca będzie bowiem *de facto* gwarantem należytego wykonania obowiązków państwa zarówno wobec skazanych, jak i wobec pozostałej części społeczeństwa, bowiem jego zaniedbania mogą doprowadzić do utraty kontroli nad skazanymi. Zamawiający winien ze szczególną uwagą dokonać wyboru wykonawcy, który będzie realizował przedmiotowe zamówienie publiczne i powinien dołożyć najwyższej staranności dokonując oceny ich rzeczywistej zdolności do należytego wykonania zamówienia.

Różnice pomiędzy ceną zaoferowaną przez Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Nordisk (druga oferta w kolejności), a szacunkową wartością zamówienia oraz cenami oferowanymi przez pozostałych wykonawców wskazują, iż ceny zaoferowane przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk są cenami rażąco niskimi. Zdaniem odwołującego, niemożliwym jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami zamawiającego za cenę zaoferowaną przez tych wykonawców. Utajnienie przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stanowi nadużycie prawa mające na celu utrudnianie realizacji prawa do wniesienia odwołania. Z kolei po stronie zamawiającego zaniechanie odtajnienia tych informacji należy postrzegać jako naruszenie przepisów Pzp.

Szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego wyniosła 385 795 934,24 zł, natomiast wartość, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia to 431 390 000 zł. Cena łączna oferty Konsorcjum Impel wynosi 214 020 000, 00 zł brutto i jest o ok. 50 % niższa od budżetu zamawiającego, natomiast cena łączna oferty Konsorcjum Nordisk wynosi 241 426 810,81 zł i jest o ok. 45 % niższa od budżetu zamawiającego. Porównanie cen ofert pozostałych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu również nie pozostawia wątpliwości, co do występowania istotnych dysproporcji. Średnia cena zaoferowana przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli swoje oferty to 281 659 686,05 zł. Ceny ofert Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk znacznie odbiegają od tego poziomu. Na ten fakt zwrócił uwagę zamawiający w opinii z dnia 13 lutego 2014 r., w której zalecono wezwanie Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk do złożenia wyjaśnień. Ceny oferty Konsorcjum Impel, jak

i oferty Konsorcjum Nordisk znacznie odbiegają zarówno od ceny oferty odwołującego (będącego na trzecim miejscu w klasyfikacji ofert) - i są niższe odpowiednio o 84 362 678 zł i 56 955 868 zł. Ceny tych ofert są niższe od średniej cen ofert złożonych przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu - o odpowiednio 67 639 686,05 zł i 40 232 876,05 zł. Tak ogromna dysproporcja między cenami zaoferowanymi przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk, a cenami pozostałych wykonawców wskazuje wyraźnie na nierynkowość i nierzeczywistość zaoferowanych cen. Taki poziom cen wymagałaby zaistnienia szczególnych okoliczności pozwalających tym wykonawcom nie tylko na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia usługi, ale również zapewnienie pewnego poziomu zysku - okoliczności takie nie istnieją. Odwołujący wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu ceny ofert Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk są cenami rażąco niskimi. Odwołujący zaznacza, iż nie może być wystarczające ogólnikowe powoływanie się na posiadane doświadczenie i dotychczas dokonane inwestycje, gdyż w ramach niniejszego zamówienia, konieczne jest uwzględnienie pewnego znacznego poziomu nakładów wspólnego wszystkim wykonawcom. Z drugiej strony żadna z firm tworzących konsorcja nie realizuje takiego systemu i nie może oprzeć się o wiedzę i doświadczenie własne. Należy podkreślić, że przedsięwzięcie będące przedmiotem postępowania jest projektem ambitnym i unikalnym - ze względu na specyfikę zamówienia projekty dozoru elektronicznego są odmienne w każdym kraju, w którym system taki jest wprowadzony. Trudno jest zatem porównać przedmiotowe to postępowanie do jakiegokolwiek innego toczącego się aktualnie lub zakończonego postępowania. Zamawiający mając to na uwadze oraz fakt, że projekt ten dotyczy sfery bezpieczeństwa publicznego zastrzegł bardzo krótkie i przez to bardzo trudne do spełnienia terminy realizacji. Należy wskazać, że wykonawca ma obowiązek dostarczenia, zainstalowania i skonfigurowania systemu informatycznego SDE oraz przekazania kodów źródłowych w terminie 80 dni od wejścia w życie umowy (Załącznik nr 2 do Umowy pkt 2.5 i 2.5.1.). Dodatkowo z § 7 Umowy wynika, że na odbiór jakościowy etapu technicznego wraz z uwzględnieniem czasu na usunięcie ewentualnych poprawek zamawiający przeznaczył maksymalnie 40 dni roboczych, wskazując jednocześnie w harmonogramie (załącznik nr 2 do umowy pkt 5.1.-5.6), że nieprzekraczalny termin zakończenia testów odbiorczych oraz szkoleń ma nastąpić nie później niż 137 dni od daty podpisania umowy. Formalne testy odbiorcze systemu informatycznego SDE należy rozpocząć jeszcze przed zakończeniem trzeciego miesiąca realizacji umowy, a w rzeczywistości jeszcze wcześniej - aby pozostał czas na przeprowadzenie szkoleń użytkowników w 45 lokalizacjach na terenie całego kraju (szkolenia można przeprowadzić dopiero po formalnym potwierdzeniu, że dostarczone rozwiązanie spełnia wszystkie postawione przez zamawiającego wymagania). Przyjmując, że przedmiotowy system ma być zbudowany i sprawny technicznie w niespełna trzy miesiące od podpisania umowy, należy

zastosować rozwiązanie sprawdzone. Wdrożenie rozwiązania w tak krótkim okresie jest realne, jednakże wymaga zaangażowania znacznych sił i środków. Zachodzi prawdopodobieństwo, że Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk nie są w stanie dotrzymać terminów, a w szczególności nie będą w stanie przekazać w wymaganych harmonogramem terminach kodów źródłowych systemu informatycznego SDE. Ocena dwóch najtańszych ofert jednoznacznie wskazuje, że tak istotnych nakładów finansowych konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk nie przewidziały. Zamawiający wzywając wykonawców do udzielenia wyjaśnień wskazał czynniki, które Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Nordisk powinny wziąć pod uwagę w wyjaśnieniach. Złożoność i specyfika przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wskazuje na szereg znacznych i obiektywnych czynników kosztowych, koniecznych dla poniesienia przez wszystkich wykonawców, a które związane są m.in. z organizacją Ekspozytury Nadzorczej - w tym dobór i zatrudnienie odpowiedniego personelu w ilości gwarantującej terminowe wykonywanie zadań określonych w s.i.w.z., OPZ oraz właściwych przepisach prawa (m.in. ustawy z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego tj. Dz. U. nr 142, poz. 960 wraz z rozporządzeniami wykonawczymi) oraz z finansowaniem działania tejże Ekspozytury do końca trwania umowy z zamawiającym, organizacją Zespołów Terenowych - dobór i zatrudnienie odpowiedniego personelu w ilości gwarantującej terminowe wykonywanie zadań określonych w s.i.w.z., OPZ oraz właściwych przepisach prawa wraz z finansowaniem działania patroli terenowych do końca trwania umowy z zamawiającym. Koszty organizacji i utrzymania w tym zakresie obejmują: koszty osobowe (pracownicze), a w tym m.in.: wynagrodzenie pracowników, opłacenie składek ZUS, zakupu mundurów, jak również tzw. mundurówki; koszty zapewnienia zaplecza logistycznego, a w tym m.in. koszty utrzymania pojazdów (przeglądu - filtry, olej, klocki; ubezpieczenia auta; zużycia opon), benzyny, utrzymania magazynu. Koszty powinny uwzględniać ilość zdarzeń generowanych przez osoby objęte systemem, czas realizacji procedur zatwierdzonych przez zamawiającego, odpowiadających poszczególnym czynnościom materialno - technicznym, czasy i koszty przejazdów zespołów pomiędzy poszczególnymi zdarzeniami, jak również powinny uwzględniać fakt, że niemal wszystkie czynności materialno - techniczne należy wykonywać w godzinach 6-22, jednocześnie utrzymując zdolność do ich wykonywania w porze nocnej, stworzeniem i dostarczeniem Systemu Informatycznego SDE wraz z przekazaniem kodów źródłowych oraz majątkowych praw autorskich, jego wdrożeniem w trzech środowiskach (produkcyjnym, testowym i szkoleniowym), dostosowaniem istniejących na świecie gotowych rozwiązań technologicznych do wymogów niniejszego postępowania i realizacji umowy, dostarczeniem Infrastruktury Techniczno - Systemowej (sprzęt teleinformatyczny do Centralnej części systemu SDE, oraz aplikacje oprogramowania standardowego i narzędziowego), Organizacją Sieci Łączności Mobilnej i finansowaniem jej

działania do końca trwania umowy z zamawiającym, dostarczaniem (dzierżawa na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości) specjalistycznych urządzeń technicznych służących do sprawowania nadzoru nad wykonywaniem kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, tzw. środków technicznych, które nie mogły zostać wyprodukowane wcześniej niż we wrześniu 2013 r. oraz koniecznością uwzględnienia wykonania niezbędnych modyfikacji tych środków standardowo wytwarzanych przez światowych dostawców technologii SDE, celem ich dostosowania do wymagań dokumentacji przetargowej oraz przepisów prawa obowiązującego w Polsce, zapewnieniem bezawaryjnego działania Systemu Informatycznego SDE, Infrastruktury Techniczno - Systemowej oraz Sieci Łączności Mobilnej (tj. zagwarantowaniem odpowiedniego poziomu usług serwisowych, tzw. SLA dla wszystkich ww. obszarów) wraz z finansowaniem tych usług do końca trwania umowy z zamawiającym, realizacją szeregu usług i czynności określonych w s.i.w.z. i OPZ które wymagają zaangażowania ludzi oraz zasobów technicznych, do których należą między innymi: udział w testach odbiorczych, organizacja i przeprowadzenie szkoleń (sędziów, kuratorów oraz zespołu obsługi Centrali Monitorowania) w 45 ośrodkach na terenie kraju, stworzenie wielu procedur i polityk działania, opracowanie polityk bezpieczeństwa zgodnych z normami określonymi w OPZ, przeprowadzenie migracji danych, itp., organizacją całego projektu, jego zarządzaniem, zapewnieniem należytego nadzoru, kosztami ogólnymi firmy, uwzględnieniem amortyzacji majątku ruchomego, itp. (w odpowiedniej proporcji do skali przedsięwzięcia), kosztami wprowadzenia, bez dodatkowego wynagrodzenia, modyfikacji Systemu Informatycznego SDE, o pracochłonności do 4 800 roboczogodzin (zgodnie z §5 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy) oraz poprawek wynikających z upgrade'ów lub wadliwego działania systemu, kosztami materiałów biurowych niezbędnych do funkcjonowania Ekspozytury Nadrzędnej i Ekspozytur Terenowych, jak również koszt wydawania informatorów dla osób objętych systemem, kosztami finansowymi, m.in.: wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ubezpieczenia, itp.

Wykonawca szacując cenę swojej oferty powinien wziąć pod uwagę wszelkie ryzyka mogące wystąpić w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni przyjąć założenie maksymalnej ilości osób skazanych w poszczególnych okresach czasu. Suma wszystkich kosztów, jakie należy ponieść w związku z realizacją przedmiotu zamówienia wynosi zatem ok. 262 mln zł brutto (i to przy pominięciu kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy). Oferty, których wartość odbiega od ww. kwoty są ofertami skalkulowanymi poniżej ich rzeczywistych kosztów lub nie uwzględniającymi wszystkich niezbędnych do wykonania prac i dostaw lub nie spełniającymi wymagań postawionych w dokumentacji przetargowej przez zamawiającego.

Charakter przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje, iż nie jest możliwe zaoferowanie rozwiązań odpowiadających potrzebom zamówienia po tak niskiej cenie. Powyższe implikuje zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk z treścią s.i.w.z. Poziom cen charakteryzujący oferty tych wykonawców wskazuje, że realizacja przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający wymaganiom z dokumentacji przetargowej nie może zostać osiągnięta nawet poprzez daleko idące oszczędności. W ocenie odwołującego zachodzi ryzyko, że wskazane oferty nie obejmują wyceny całego przedmiotu zamówienia. Weryfikacja tej zgodności nie jest w pełni możliwa wobec utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk. Jednakże w związku z wyżej wskazanymi okolicznościami, z ostrożności procesowej, odwołujący podnosi zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Impel i oferty Konsorcjum Nordisk pomimo ich niezgodności z treścią s.i.w.z.

W świetle przedstawionych powyżej argumentów dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk stanowczego podkreślenia wymaga, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż zaoferowanie przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk rażąco niskich cen za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Złożenie przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk ofert, w których zaoferowano ceny dumpingowe stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający powinien dokonać odrzucenia wskazanych ofert także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający wezwał Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym zastrzeżenie całości powyższych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi niedopuszczalne ograniczenie jawności postępowania.

Zamawiający uznał przy tym zasadność zastrzeżenia całości złożonych wyjaśnień Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk, co z dużym prawdopodobieństwem wskazuje, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał zasadność zastrzeżenia również w zakresie, w którym nie obejmują one informacji mogących zostać uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk. Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny

charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z nieujawnieniem przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk, odwołujący z ostrożności procesowej podnosi, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające, nie zawierają dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Tak znacząca rozbieżność między cenami zaoferowanymi przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk, a rynkową wartością przedmiotu zamówienia budzi poważne wątpliwości, co do rzetelności przeprowadzonych kalkulacji. W celu ich wyjaśnienia zamawiający zażądał od wykonawcy przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień, w szczególności odpowiedzi na konkretne pytania zawarte w wezwaniu. Ponieważ wykonawcy ci nie zakwestionowali treści wezwania mieli obowiązek zastosować się do niego i przedstawić żądane informacje i dowody, czy udzielone przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk wyjaśnienia zawierają wszystkie żądane przez zamawiającego informacje i dowody oraz czy przedstawione informacje potwierdzają, że oferty te nie zawierają rażąco niskiej ceny. Samo zapewnienie wykonawcy, iż uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty oraz zysk nie jest wystarczające, ale konieczne jest przedstawienie okoliczności, które umożliwiły wykonawcy zaoferowanie ceny na znacząco niższym poziomie niż ceny rynkowe. Wykonawcy w wyjaśnieniach powinni wskazać nie tylko uwzględnione przez nich koszty związane ze świadczeniem usługi i poziom zysku, ale również czynniki, które umożliwiły im obniżenie kosztów, szczególnie jeśli oszczędności dotyczą tych kosztów, które w związku z wymaganiami, które zamawiający postawił w obecnym postępowaniu, ponoszone muszą być na porównywalnym poziomie przez wszystkich przedsiębiorców działających na danym rynku. Przez brak złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny rozumie się nie tylko brak fizycznego złożenia wyjaśnień (co w praktyce ma miejsce rzadko), lecz również złożenie wyjaśnień ogólnikowych, które nie wskazują w sposób rzetelny rzeczywistego wpływu poszczególnych elementów oferty na wysokość ceny, lecz zostają złożone *pro forma* pomimo, iż nie posiadają wartości merytorycznej.

Jeżeli wykonawcy: Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk udzielili wyjaśnień w zakresie w zakresie mniejszym niż wymagany przez zamawiającego, należy uznać, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 3 Pzp, a zatem ich oferty podlegają odrzuceniu. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsce, jeżeli przedstawione informacje i dowody potwierdzają, że oferty Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk zawierają rażąco niskie ceny. Odnośnie wyjaśnień Konsorcjum Impel, które wprawdzie nie zostały udostępnione, odwołujący zakłada, że wykonawca ten jako okoliczność obniżającą koszty wskazał fakt, że Impel Security Polska sp. z o.o. jest zakładem pracy chronionej, zatrudnia niepełnosprawnych, a więc otrzymuje dofinansowanie do ich wynagrodzeń. Analogiczny

zarzut należy postawić Konsorcjum Nordisk, które w swoich wyjaśnieniach również może powoływać się na pomoc publiczną. W przypadku, gdy ten fakt się potwierdzi, odwołujący wskazuje, iż nie może to być okoliczność obniżająca koszty postępowania, z uwagi na poniższą argumentację.

Aby obniżyć koszty świadczenia usług materialno - technicznych wykonawcy musieliby zatrudniać w zespołach terenowych osoby niepełnosprawne. Zgodnie z art. 26a ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz o zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz.U. Nr 127, poz. 721) pracodawcy przysługuje ze środków Funduszu miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, o ile pracownik ten został ujęty w ewidencji zatrudnionych osób niepełnosprawnych. Osoby niepełnosprawne, w stosunku do których pracodawca uzyskuje dopłaty do wynagrodzenia muszą być zatem zatrudnione na umowę o pracę (a nie np. umowę zlecenie), muszą mieć orzeczenie o niepełnosprawności oraz muszą być ujęci w ewidencji zatrudnionych osób niepełnosprawnych. Pracodawca, który otrzymuje dopłaty musi ponieść dodatkowe koszty w związku z dostosowaniem stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej, zapewnienia dodatkowej opieki medycznej, dodatkowych 10 dni urlopu udzielanego takiej osobie, skróconego wymiaru czasu pracy z 8 do 7 godzin dziennie etc. Wynika z tego, że wprawdzie pracodawca otrzymuje dofinansowanie, jednakże jest zobowiązany ponieść w związku z tym inne koszty, które powinny być w takim przypadku ujęte również w kalkulacji cenowej. Zależnie od orzeczonego stopnia niepełnosprawności osoby takie, do których pracodawcy otrzymują dopłaty mają (def.) naruszoną sprawność organizmu powodującą w istotny sposób obniżenie zdolności do wykonywania pracy, albo niezdolność do wykonywania pracy, albo zdolność do wykonywania pracy jedynie w warunkach pracy chronionej - więc albo w ogóle nie mogą wykonywać czynności materialno- technicznych, albo będą te czynności wykonywać w sposób znacznie mniej wydajny/efektywny w porównaniu do osoby bez takiego orzeczenia (na co również należy zwrócić uwagę przy ocenie wyjaśnień). Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej (Dz.U. z 2013 r. poz. 1645) od 1 kwietnia 2014 r. zmniejszają się dopłaty do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych - w równym stopniu będą one dotyczyły zakładów pracy chronionej jak i wszystkich innych zakładów pracy które będą zatrudniały osoby niepełnosprawne. Wskazując w wyjaśnieniach okoliczność, iż wykonawcy korzystają z pomocy publicznej jako czynnik obniżający koszty, należy zweryfikować, czy wykonawca wskazał w jaki sposób czynnik ten wpływa na cenę oferty oraz zbadać czy wykonawca m.in.: określił jaki procent osób wykonujących czynności materialno- techniczne to osoby z orzeczoną niepełnosprawnością, opisał szczegółowo w jaki sposób zamierza optymalizować czas wykonywania procedur określonych dla poszczególnych czynności materialno-technicznych (maksymalny czas wykonania niektórych

czynności precyzuje SIWZ/OPZ), aby osoby niepełnosprawne mogły je wykonywać w narzuconych reżimach czasowych, podczas kiedy z pięcioletnich doświadczeń wynika, że osoby w pełni sprawne mają często problemy z dotrzymaniem tych czasów realizacji, brał pod uwagę zróżnicowane stawki dopłat dla osób z różnym stopniem niepełnosprawności, wyliczył o ile więcej zespołów terenowych będzie musiał powołać w związku z faktem powierzenia tych czynności osobom o wykazanych stopniach niepełnosprawności.

Podsumowując, status zakładu pracy chronionej i otrzymana w tym zakresie pomocy państwa nie ma wpływu na koszty realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z ostrożności odwołujący wskazał również, iż Konsorcjum Impel, jak i Konsorcjum Nordisk w swoich wyjaśnieniach mogą powoływać jako czynnik obniżający koszty fakt, iż wydzierżawili środki techniczne od dostawcy zagranicznego, a w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia zamierzają wytworzyć własne rozwiązanie. Wynikać to może z faktu, iż według wiedzy odwołującego żaden z członków Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Nordisk nie jest producentem środków technicznych, natomiast naturalnym dążeniem wykonawcy może być uruchomienie takiej produkcji (jest to rozwiązanie tańsze, niż zakup urządzeń), co jednak wymaga co najmniej kilkunastu miesięcy przygotowań. Tak więc możliwa jest sytuacja, w której wykonawca zdecyduje się na rozpoczęcie przygotowań do uruchomienia produkcji, lecz do czasu jej uruchomienia będzie musiał zapewnić urządzenia istniejących producentów. Jeżeli jednak taka okoliczność była wskazana, to świadczy to o niezgodności zaoferowanego rozwiązania z s.i.w.z. W części II pkt 2.7 OPZ zostało jednoznacznie zastrzeżone, że *„wykluczona jest zmiana architektury systemu i oprogramowania Systemu Informatycznego SDE.”* Z tego względu okoliczność ta nie może być uznana jako czynnik obniżający koszty, a jedynie jako podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią dokumentacji przetargowej.

Należy podkreślić, że oferty składane przez Impel Security Polska sp. z o.o. oraz Konsalnet Secure Solutions sp. z o.o. w toku innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zostawały uznawane za zawierające rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp były niewystarczające, co potwierdzały orzeczenia KIO. Art. 90 ust. 3 Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy. Oznacza to, że w sytuacji, w której wykonawca nie złożył wyjaśnień lub też złożył je jedynie w sposób ogólnikowy, Zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę bez badania czy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. To na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodu i w jego interesie leży przedstawienie jak najbardziej rzetelnych i rzeczowych wyjaśnień. Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, w której wykonawca nie wykaże, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, spowoduje to konieczność odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 pkt 2) ppkt 2.1 s.i.w.z. zamawiający wskazał, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie, tj. którzy „wykonali (zrealizowali, zakończyli), w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na zaprojektowaniu, oprogramowaniu i wdrożeniu informatycznego systemu rozproszonego w architekturze centralnej w co najmniej 100 lokalizacjach, gdzie platforma serwerowa i oprogramowanie aplikacyjne zostało zainstalowane w jednej lokalizacji, a funkcjonalność aplikacji dostępna jest przez przeglądarki internetowe w pozostałych lokalizacjach o wartości usługi (bez wartości dostaw sprzętu i usług wsparcia) nie mniejszej niż 1,5 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów).” Nie ulega zatem wątpliwości, że do wykazania spełniania warunku należało wskazać jedną usługę, dotyczącą wdrożenia jednego systemu informatycznego, którego platforma serwerowa i oprogramowanie aplikacyjne zostały w całości zainstalowane w jednej lokalizacji.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Konsorcjum Impel wskazało w wykazie wykonanych usług głównych projekt wykonany na rzecz CProjekt GmbH. Załączona na potwierdzenie należytego wykonania tej pozycji referencja wskazuje jednak, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu postawionego przez zamawiającego. Istotą dokumentu określanego mianem referencji jest potwierdzanie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie. Jednakże w przypadku, gdy treść referencji w sposób dostateczny określa zakres oraz charakter zrealizowanych prac, a wymienione pozycje nie odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu, to wykonawca w konsekwencji nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się bezpośrednio do dokumentu wystawionego przez CProjekt GmbH wskazana usługa nie jest jednym systemem działającym w stu lokalizacjach, a jest to wiele odrębnych systemów. Treść przedłożonej referencji stwierdza jedynie, że system jest wykorzystywany w wielu lokalizacjach, co może oznaczać tyle, że produkt, który wystawca referencji - CProjekt GmbH - nabył od SMT Software sp. z o. o. (członka Konsorcjum Impel), został wdrożony odrębnie w poszczególnych krajach i lokalizacjach, lecz z pewnością nie wynika z tej referencji, kto dokonał wdrożenia i czy chodzi o „ten sam” system, czy o „taki sam system”. Przykładowo system Windows może być wdrożony w stu lokalizacjach, co wcale nie oznacza, że jest to ten sam system informatyczny obejmujący sto lokalizacji. Nawet jeśli rozwiązanie zainstalowane w niemieckiej firmie CProjekt GmbH zakwalifikować można jako jeden system, to nie działa on w wielu lokalizacjach, jak wymaga tego postawiony warunek udziału w postępowaniu. Firma CProjekt GmbH sprzedaje wiele odrębnych, indywidualnych usług w oparciu o zainstalowany centralnie system (nie jest to zatem system rozproszony, tylko usługa centralna do której mają dostęp klienci rozproszeni po świecie).

Referencja wskazuje, że „całkowity koszt projektu wraz z wdrożeniem i uruchomieniem systemu wyniósł ponad 600.000 euro”. Nie wiadomo więc, jakie konkretnie świadczenia i produkty składają się na „projekt” w rozumieniu wystawcy referencji, w szczególności może powstać wątpliwość, czy wartością „projektu” są usługi realizowane na rzecz CProjekt GmbH przez SMT Software, czy także usługi realizowane przez CProjekt GmbH na rzecz jej klientów. Zamówienie wskazane przez Konsorcjum Impel nie spełnia omawianego warunku także dlatego, że całość systemu nie jest posadowiona w jednej lokalizacji, lecz poszczególne jego elementy są instalowane także w innych miejscach. Wg. informacji powszechnie dostępnych (np. komunikatów zamieszczonych na stronie SMT Software sp. z o.o. s.k.a.) część instalacji wskazywanych w niniejszej referencji jako jeden system centralny, było przez SMT Software prezentowanych wcześniej publicznie jako „osobne instalacje”, wykonane i zakończone w okresie wcześniejszym niż 3 lata przed datą składania ofert. W związku z tym, że są to odrębne systemy informatyczne, jak również, że ich wdrożenie zostało zakończone znacznie wcześniej niż w okresie 3 lat przed datą złożenia ofert, nie mogą być podstawą do wykazania spełniania warunku przez Konsorcjum Impel.

Odwołujący zwraca także uwagę na fakt, iż zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Impel o wyjaśnienie, czy omawiana usługa była realizowana na podstawie jednej umowy, czy też wielu umów. W odpowiedzi Konsorcjum Impel oświadczyło, że „usługa wskazana na stronie 6 oferty - w wykazie wykonanych głównych usług w pozycji Lp 1 - realizowana była poprzez jedną umowę zawartą z CProjekt GmbH”. W takiej sytuacji, niezrozumiałym jest fakt, iż według treści oświadczenia zawartego w „wykazie wykonanych głównych usług” oraz według treści referencji CProjekt GmbH, system został wdrożony w wielu krajach i dla różnych odbiorców (np. dla policji federalnej Senegal). Jeżeli wdrożenie systemu zostało dokonane przez Konsorcjum Impel na rzecz CProjekt GmbH, to oznacza, że usługa, o którą chodzi zamawiającemu w omawianym warunku, świadczona była dla tej spółki. Ta właśnie usługa musiała spełniać wymagania postawione przez zamawiającego w omawianym warunku.

Teoretycznie można sobie wyobrazić, że SMT Software zawarła umowy także z innymi podmiotami, o świadczenie usług dotyczących wdrożenia tego samego systemu, dla innych podmiotów w różnych państwach. Konsorcjum Impel wyraźnie oświadczyło jednak, że tak nie było, stwierdzając, że usługa wskazana w poz. 1 wykazu była realizowana poprzez jedną umowę zawartą z jednym podmiotem. Podobnie nie jest możliwe ewentualne twierdzenie, iż SMT Software dostarczyła omawiany system wielu podmiotom w różnych krajach „w oparciu o umowę z CProjekt GmbH”, czyli wykorzystując konstrukcję umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, zapewne znaną także w obcych porządkach prawnych. Wystawca referencji wprost stwierdził bowiem w jej treści, że SMT Software dostarczył system jemu, a nie innym podmiotom („...dostarczyła naszej firmie kompleksowy system monitoringu pojazdów”).

Biorąc pod uwagę powyższe, pomiędzy treścią wykazu, treścią referencji i treścią wyjaśnień Konsorcjum Impel zachodzą niedające się rozstrzygnąć sprzeczności, wskazujące wyraźnie na niespełnienie omawianego warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ kwestia ta była, co do części wątpliwości przedmiotem wyjaśnień, a równocześnie niespełnienie warunku wydaje się w oczywisty sposób wynikać z treści referencji, odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Impel winno zostać wykluczone z postępowania (gdyż wyjaśnienia nie mogą zmieniać treści dokumentu). Z ostrożności odwołujący stwierdził także, że w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż wskazane wątpliwości powinny stanowić podstawę kolejnego wezwania, zamawiający powinien zostać zobowiązany do wezwania Konsorcjum Impel bądź do złożenia dalszych wyjaśnień, bądź do uzupełnienia dokumentów wykazu wykonanych głównych usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

W zakresie pozostałych usług wskazanych przez Konsorcjum Impel na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 2) ppkt 2.2. lit. a, b, c s.i.w.z. (wykonanych na rzecz Komendy Portu Wojennego Gdynia) odwołujący podniósł, iż odnośnie postępowań o udzielenie zamówienia, w wyniku których zawarto umowy na wskazane przez Konsorcjum Impel w wykazie projekty, pracownikom spółki Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz funkcjonariuszom instytucji, która te „referencje” wystawiła zostały postawione zarzuty korupcyjne. Głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia nie jest uzyskanie tylko i wyłącznie formalnego potwierdzenia, że określony podmiot spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale zbadanie różnych aspektów działalności wykonawcy, jak również tego czy wykonawca, któremu zamawiający planuje powierzyć realizację zamówienia jest wiarygodny i solidny. Biorąc pod uwagę powyższe fakty, specyfikę przedmiotu zamówienia oraz fakt, że dotyczy on bezpieczeństwa publicznego, w ocenie odwołującego można mieć wątpliwości, czy wykonawca Konsorcjum Impel daje rękojmię prawidłowego wykonania niniejszego przedsięwzięcia i czy w istocie usługi, które zostały powierzone spółce w okolicznościach będących przedmiotem śledztwa, zostały wykonane należyście. W związku z tym, że wskazane usługi i dowody budzą wątpliwości zamawiający powinien był na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia zwrócić się do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi te były wykonywane o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Nordisk, podobnie, jak Konsorcjum Impel, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale V ust. 1 pkt 2.1. s.i.w.z. Omawiany warunek wyraźnie przewiduje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym wykonali (zrealizowali, zakończyli) co najmniej jedną usługę polegającą na wdrożeniu konkretnego systemu informatycznego, spełniającego wymagania zamawiającego. Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2014 r. zwrócił się do Konsorcjum Nordisk

z wnioskiem o wyjaśnienie, czy usługa wskazana w poz. 1 wykazu głównych usług, „była/jest realizowana poprzez jedną czy wiele umów”. W odpowiedzi z dnia 26 lutego 2014 r. Konsorcjum Nordisk stwierdziło, że usługa ta „była i jest” realizowana przez jedną umowę, która jest umową ramową, która określa kompletny zakres realizacji systemu, zawierając wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego i wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. Dalej Konsorcjum Nordisk wyjaśniło, że „rozliczanie umowy jest realizowane w ramach bieżących zleceń pomiędzy stronami umowy”.

Z powyższych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że Konsorcjum Nordisk nie spełnia warunku udziału w postępowaniu polegającego na „wykonaniu (zrealizowaniu, zakończeniu)” co najmniej jednej usługi polegającej na wdrożeniu konkretnego systemu informatycznego o cechach wymaganych przez zamawiającego. Wyjaśnienia przesądzają bowiem, że system ten jest dopiero realizowany w oparciu o umowę ramową. Skoro umowa ramowa określa „kompletny zakres realizacji systemu” i równocześnie na bieżąco udzielane są zamówienia dotyczące realizacji systemu, to usługa wdrożenia systemu objęta tak skonstruowaną umową będzie wykonana dopiero wówczas, gdy udzielone zostanie ostatnie zamówienie, wyczerpujące przewidziany umową ramową zakres. Na obecnym etapie zamawiający nie ma więc żadnych możliwości stwierdzenia, czy usługa będzie wykonana w całości zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. (czy np. system będzie spełniał wymagania co do architektury), a także nie może ustalić, czy usługa ta zostanie zrealizowana należycie. Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Nordisk z postępowania, ponieważ dostarczone przez tego wykonawcę informacje wskazują jednoznacznie na niespełnianie omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Z ostrożności odwołujący stwierdził, że w razie nie uznania omawianej kwestii za podstawę wykluczenia Konsorcjum Nordisk, zamawiający winien być zobowiązany do dokonania czynności weryfikacyjnych opisanych w art. 26 ust. 3 pzp, w dwóch obszarach: (a) co do uzupełnienia wymaganych dokumentów oraz (b) wyjaśnienia wątpliwości dotyczących innych usług wskazanych w wykazie głównych usług na potwierdzenie omawianego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że w dokumentacji postępowania znajdują się opinie członków komisji przetargowej, które wskazują na szereg wątpliwości i niespójności w złożonych Konsorcjum Nordisk dokumentach dotyczących omawianego warunku. Opiniujący wielokrotnie stwierdzają, iż w dokumentach występują uchybienia wymagające wdrożenia procedury wyjaśnień lub uzupełnień, jednak nie rekomenduje wszczynania tej procedury, ponieważ usługa wskazana w poz. 1 wykazu spełnia warunki. Biorąc pod uwagę, iż w niniejszym odwołaniu wykazane zostało, iż usługa ta jednak nie odpowiada wymaganiom, aktualna jest konieczność dalszego prowadzenia procedury zmierzającej do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty Konsorcjum Nordisk, a w braku skutecznego

przeprowadzenia takiej procedury konieczne będzie wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Należy wskazać także, że członka Konsorcjum Nordisk - Konsalnet Secure Solutions sp. z o.o. (członek Konsorcjum Nordisk) również może dotyczyć śledztwo prokuratorskie dotyczące korupcji przy postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej w Wejherowie. W przypadku, gdy wykonawca ten posłużył się referencjami od tego podmiotu, należy zastosować procedurę tożsamą, jak opisana w pkt VII 5 odwołania.

Jak wynika z zapisów rozdziału 6 ust. 2 s.i.w.z., wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, zobowiązani byli do złożenia „wykazów wykonanych głównych usług”, przy czym przez usługę główną zamawiający rozumiał „usługę (umowę) o zakresie podmiotowym, czasowym i wartościowym nie mniejszym, niż usługa (umowa) odpowiednio opisana (określona, wskazana) w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 SIWZ”. Oznacza to niewątpliwie, że wykonawcy powinni byli w wykazach wskazać wszelkie świadczone przez siebie usługi spełniających powyższe warunki, w tym także takie, które nie zostały wykonane należycie. Jak wynika z informacji powszechnie dostępnych, wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Nordisk realizowali zamówienia o zakresie odpowiadającym powyższej definicji „głównych usług”, które nie zostały należycie wykonane. Zważywszy na fakt, iż celem zamawiającego powinien być wybór wiarygodnego wykonawcy zdolnego rzeczywiście wykonać zamówienie, zamawiający powinien uzyskać pełen zakres informacji dotyczących zamówień realizowanych przez wykonawców. Podkreślenia wymaga fakt, iż wykaz taki był wprost wymagany w s.i.w.z., więc jeżeli dany wykonawca nie ujął w nim wszystkich usług stanowiących „usługi główne”, to powinien zostać wezwany do uzupełnienia wykazu.

Przepis art. 17 ust. 1 Pzp ma zagwarantować bezstronność osób uczestniczących w postępowaniu w imieniu zamawiającego. Regulacja ta jest więc jednym ze środków prawnych gwarantujących zachowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, przewidzianej w art. 7 ust. 1 Pzp. Dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przepis ten ma zapewnić jednakowe traktowanie i przejrzystość w podejmowaniu przez zamawiającego wszystkich czynności związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może być mowy o zachowaniu bezstronności oraz przejrzystości procedur postępowania, w sytuacji gdy jeden z członków komisji przetargowej - p. R..... J..... podlegał wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 3 Pzp, a mimo to był członkiem tejże komisji przez prawie 4,5 miesiąca. Z udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, że komisja przetargowa została powołana w dniu 23 sierpnia 2013 r. na podstawie zarządzenia Ministra Sprawiedliwości nr 263/13/BOF. Od momentu powołania członkiem komisji przetargowej był m.in. p. R.....

J..... . Osoba ta złożyła oświadczenie w dniu 4 lutego 2014 r. o istnieniu podstaw do wyłączenia go ze składu komisji, jako osoby podlegającej bezwzględnemu wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 3 Pzp., tj. z uwagi na okoliczność, że przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z jednym z wykonawców którzy złożyli ofertę lub był członkiem organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W decyzji członka komisji z jej składu o odwołaniu nie ma informacji, z którym z wykonawców członek komisji był związany. Mimo, iż p. R..... J..... został powołany jako zastępca p. P..... G..... jako członek komisji przetargowej miał wgląd do wszelkiej dokumentacji postępowania, tj. np. do ustalania treści s.i.w.z., w tym opisu przedmiotu zamówienia. Wyłączenie z postępowania po prawie 4,5 miesiąca pracy rodzi istotne wątpliwości, co do zasadności procedowania komisji przetargowej w niniejszym postępowaniu. W tym czasie wykonawcy złożyli swoje oferty w postępowaniu, zadawali pytania oraz wnosili odwołania. W przypadku, gdy dotyczy to tych podmiotów, możliwa była identyfikacja wykonawców, którzy mają zamiar ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji przesłanka wyłączenia p. R..... J..... zaktualizowała się dużo wcześniej niż 4 lutego 2014 r., tj. w dniu otwarcia ofert. Czynności, w których brał udział p. R..... J..... stosownie do treści art. 17 ust. 3 Pzp powinny zostać (obligatoryjnie) powtórzone. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, zakładając nawet, że p. R..... J..... dowiedział się, o okoliczności stanowiącej podstawę do włączenia jego osoby ze składu komisji przetargowej dopiero w dniu 4 lutego 2014 r., odwołujący wskazuje, iż mając na uwadze rozmiar wagę prowadzonego postępowania zamawiający powinien zbadać, czy czynności te zostały przeprowadzone bezstronnie i w sposób zgodny z przepisami prawa (podobnie w tym zakresie wypowiedział się J. Pieróg, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. 12, Warszawa 2013, Legalis). Z dokumentacji przetargowej nie wynika, że zamawiający te okoliczności zbadał.

KIO 508/14

Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia podstawowego 350 723 577,24 zł netto tj. 431 390 000 zł brutto oraz bezpośrednio przed otwarciem ofert wskazał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć taką właśnie kwotę, tj. 431 390 000 zł brutto. Tak oszacowane wartości wskazują na wysokość wydatków jakie zdaniem zamawiającego wiążą się z realizacją przedmiot zamówienia. Należy podkreślić, że zgodnie z przepisami Pzp zamawiający jest

zobowiązany określić szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością. Mając na uwadze tę okoliczność ceny zaoferowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny w sposób rażąco odbiegać od tak określonego poziomu kwoty.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

1. oferta Konsorcjum Impel na kwotę 214 020 000, 00 zł brutto;
2. oferta Elproma na kwotę 307 145 666, 23 zł brutto;
3. oferta Ekotrade na kwotę 298 382 678,00 zł brutto;
4. oferta Comarch Polska S.A. na kwotę 347 232 276, 08 zł brutto;
5. oferta Konsorcjum Nordisk na kwotę 241426 810, 81 zł brutto.

Biorąc pod uwagę wartość szacunkową przedmiotu zamówienia określoną przez zamawiającego oraz ceny pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, należy stwierdzić, że ceny ofert Konsorcjum Impel, Konsorcjum Nordisk i Ekotrade w sposób znacząco odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia. Cena oferty:

- a) Konsorcjum Impel - stanowi ok. 51 % budżetu zamawiającego;
- b) Konsorcjum Nordisk - stanowi ok. 55 % budżetu zamawiającego;
- c) Ekotrade - stanowi ok. 69 % budżetu zamawiającego

Złożoność i specyfika przedmiotu zamówienia wskazuje, że wykonawcy będą ponosić szereg obiektywnych kosztów. Kosztami takimi są m.in. koszty związane z funkcjonowaniem zespołów terenowych; koszty zapewnienia odpowiednich środków technicznych; koszty stworzenia systemu informatycznego, a w tym koszty przeniesienia autorskich praw majątkowych i przekazania kodów źródłowych; koszty stworzenia aplikacji internetowej, a w tym przeniesienia autorskich praw majątkowych i kodów źródłowych; koszty świadczenia usług serwisowych; instalacja i uruchomienie oprogramowania; testy oprogramowania; koszty wprowadzenia modyfikacji systemu; koszty szkoleń. Biorąc pod uwagę ww. koszty oraz wartość szacunkową zamówienia należy stwierdzić, że nie będą oni w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia (a tym bardziej nie będą w stanie odnieść zysku). Powyższe implikuje fakt, że ceny te są zaniżone, oraz że są cenami rażąco niskimi w rozumieniu przepisów ustawy. W tym stanie rzeczy, zarzut zaniechania odrzucenia ww. ofert jako zawierających ceny rażąco niskie jest uzasadniony.

W zakresie zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 3 Pzp wykonawcy Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk byli wzywani do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Pomimo braku dostępu do złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień dotyczących cen, odwołujący ma podstawy zakładać, że zachodzi w odniesieniu do ofert wskazanych wykonawców także podstawa odrzucenia ofert wskazana w art. 90 ust. 3 Pzp, tzn. złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferowane ceny nie są rażąco niskie. Odwołujący stwierdził, że żadna z zaoferowanych cen nie pokrywa całości kosztów,

które każdy wykonawca zobowiązany jest ponieść w celu należytego wykonania zamówienia. W związku z tym, odwołujący z ostrożności procesowej podnosi, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania, iż ceny zaoferowane przez tych wykonawców nie są cenami rażąco niskimi oraz wnosi o zbadanie ich treści przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W przypadku skierowania wezwania przez zamawiającego, to wykonawca jest zobowiązany wykazać, że cena którą zaoferował za wykonanie zamówienia nie jest ceną rażąco niską, oraz że umożliwi osiągnięcie zysku. Należy wskazać, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5.1.2007 r., V Ca 2214/06). Złożone wyjaśnienia muszą być szczegółowe i wskazywać obiektywne czynniki, które pozwoliły na obniżenie kosztów. Zamawiający w wezwaniu Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk wskazał konkretne zakresy, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego, a co do których Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk powinni byli się odnieść. Badając wyjaśnienia należy więc szczególną uwagę zwrócić na okoliczność, czy wykonawcy w sposób szczegółowy odnieśli się do wskazanych przez zamawiającego pytań. W przypadku, gdy brak jest jakiegokolwiek z wymaganych elementów, ofertę takiego wykonawcy należy bezwzględnie odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Jak było podnoszone, odwołujący nie jest w stanie bezpośrednio odnieść się do przedłożonych przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk wyjaśnień, ponieważ ich treść nie została odwołującemu udostępniona. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż w tym przypadku zmienia się rozkład ciężaru dowodu.

Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania wezwania Ekotrade do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Stwierdził, iż zaniechanie przez zamawiającego wezwania Ekotrade do wyjaśnień zaoferowanej ceny stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp. Zaniechanie przez zamawiającego obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które powinny budzić jego wątpliwość, co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty i kalkulacji ceny stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp, zobowiązującego zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 Pzp, zamawiający musi zrealizować trzy obowiązki: wezwania do złożenia wyjaśnień, oceny złożonych wyjaśnień, odrzucenia oferty 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. Zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ustawy - czy

oferta Ekotrade zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonanie przedmiotu zamówienia przy tym poziomie zaoferowanej ceny nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tego wykonawcę. Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania Ekotrade do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył zatem art. 90 ust. 1 ustawy, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zamawiający bezzasadnie utajnił wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk w zakresie rażąco niskiej ceny. Podstawą do odmowy udostępnienia odwołującemu przedmiotowych dokumentów było przekonanie zamawiającego, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego przekonanie to jest nieprawidłowe, a działanie zamawiającego w tym zakresie narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp. Zasadą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a wyjątki określone przepisami ustawy należy interpretować ściśle. Zamawiający utajnił całą część wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, co rodzi podejrzenie, że utajnione zostały również informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane zbyt szeroko oraz bez należytego uzasadnienia. W związku z powyższym, odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do odtajnienia wskazanych dokumentów.

Biorąc pod uwagę, że ceny ofert Konsorcjum Impel, Konsorcjum Nordisk i Ekotrade są znacznie zaniżone, konieczne jest wskazanie, że ich złożenie wyczerpuje przesłanki do uznania, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stosownie natomiast do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy podmiot podejmuje działania, które są sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i nie znajdują usprawiedliwienia w mechanizmach wolnej konkurencji. W takiej sytuacji, swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów/usług ulega nieuprawnionemu ograniczeniu.

Analiza cen rynkowych, kosztów koniecznych do poniesienia w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia wskazuje, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum Impel,

Konsorcjum Nordisk i Ekotrade są skalkulowane poniżej kosztów, a w konsekwencji stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przewidział, że złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, zamawiający w toku niniejszego postępowania dopuścił się naruszenia powołanego przepisu, ponieważ zaniechał odrzucenia również z tego powodu ofert Konsorcjum Impel, Konsorcjum Nordisk i Ekotrade.

Zamawiający wniósł o oddalenie wszystkich trzech odwołań.

Zamawiający wskazał, iż zarzuty odwołującego Ekotrade są niezasadne, zaś odwołanie winno podlegać oddaleniu. W ocenie zamawiającego nie znajduje podstaw zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk z uwagi na złożenie przez ww. wykonawców ofert zawierających rażąco niską cenę. Na potwierdzenie tej okoliczności, odwołujący wskazał, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk odbiegają od szacunkowej wartości zamówienia (385 795 934, 24 zł) i kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (431 390 000,00 zł) oraz od cen ofert wykonawców konkurencyjnych. Powyższe nie może w sposób samodzielny i jednoznaczny być przesądzające dla uznania, że zaoferowane ceny są cenami rażąco niskimi w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Co więcej, ewentualne powzięcie wątpliwości przez zamawiającego na podstawie tak dokonanej komparatystyki danych, może co najwyżej być podstawą do skierowania do wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaś dopiero ocena złożonych w tym trybie wyjaśnień pozwala na stwierdzenie, czy materializują się przesłanki wskazane w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Nie sposób zatem zgodzić się z zarzutem naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tylko na podstawie samego wskazania przez odwołującego, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Impel jest niższa o 84 362 678 zł od ceny oferty odwołującego i o 67 639 686,05 zł od średniej ceny oferty złożonych w postępowaniu, zaś cena zaoferowana przez Konsorcjum Nordisk niższa o 56 955 868 zł od ceny oferty odwołującego i o 40 232 876,05 od średniej ceny pozostałych ofert, gdyż - jak wskazano - nie może to samoistnie prowadzić do twierdzenia, że jest ona ceną rażąco niską. Na powyższe wskazywano wielokrotnie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, jak choćby w wyroku z dnia 17 sierpnia 2011 roku (KIO 1665/11), w którym skład orzekający skonstatował, że: *„nie jest wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena może bardzo znacząco różnić się od wartości zamówienia, a nawet od cen pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu. Musi to być cena, nie tyle obiektywnie niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. Również w uzasadnieniu wyroku z dnia z dnia 13 marca 2012 roku (KIO 406/12) wyrażono

pogląd, że: „sam fakt, że cena oferty jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską”.

W przedmiotowym postępowaniu obaj wezwani wykonawcy złożyli stosowne, tj. rzeczowe wyjaśnienia w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w których przedstawili właściwe im okoliczności umożliwiające prawidłową realizację zamówienia za zaoferowaną cenę, w terminach i jakości oczekiwanej przez zamawiającego, dodatkowo ze wskazaniem na oczekiwany zysk. Ocena tych wyjaśnień przez zamawiającego, przy uwzględnieniu znajomości przedmiotu zamówienia i szczegółów jego realizacji, której zamawiającemu nie można odmówić, doprowadziła do uznania, że przedstawione wyjaśnienia wykazują realność dokonanych przez wykonawców kalkulacji, stąd też zamawiający nie uznał zaoferowanych cen za rażąco niskie.

W ocenie zamawiającego na uwagę zasługuje również fakt, że odwołujący nie wykazał okoliczności, które, świadczą o niemożliwości realizacji przedmiotowego zamówienia za ceny zaoferowane przez wykonawców w sposób, który kwestionowałby indywidualne możliwości w tym zakresie każdego z wykonawców. Tymczasem, nie ulega wątpliwości, że wszelkie rozważania prowadzone przez odwołującego opierają się na jego własnych analizach i kalkulacjach, jak również dostępnych jemu możliwościach w zakresie konkurencyjnego prezentowania pewnych elementów cenowych, czemu dał wyraz na stronie 9 odwołania, twierdząc, że: „suma wszystkich kosztów jakie należy ponieść w związku z realizacją przedmiotu zamówienia wynosi zatem ok 262 mln zł brutto (i to przy pominięciu kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy).”.

Powyższe w sposób niepozostawiający wątpliwości obrazuje fakt, że punktem odniesienia dla formułowanych zastrzeżeń odnośnie rażącego zaniżenia cen przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk są własne wyobrażenia odwołującego o faktycznych możliwościach skalkulowania ceny oferty, które jednakże nie mogą być wyznacznikiem dla zamawiającego, który złożone wyjaśnienia ma obowiązek ocenić w sposób obiektywny i z uwzględnieniem sprzyjających warunków realizacji zamówienia właściwych dla każdego z wykonawców, z jednej strony przy zindywidualizowanych uwarunkowaniach, a z drugiej całego spektrum warunków rynkowych. W kontekście powyższego wskazać należy przede wszystkim na cel w jakim prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, a mianowicie wybór oferty najkorzystniejszej. Biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu jako jedyne kryterium wskazano kryterium ceny - 100%, bezsprzecznym jest, że zamiarem zamawiającego było wyłonienie wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z s.i.w.z. i jednocześnie najatrakcyjniejszą cenowo. Konsekwencją takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert jest dążenie wykonawców do złożenia oferty konkurencyjnej właśnie pod względem zaoferowanej ceny, co nie może być poczytywane jako działanie sprzeczne

z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Zwrócił na to uwagę skład orzekający KIO w wyroku z dnia 22 grudnia 2010 roku (KIO/UZP 2687/10), w którym wyraził pogląd, że: *„nie można więc z faktu zaoferowania ceny niższej niż inni wykonawcy wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych, doprowadziłoby to bowiem do niezrozumiałego i niczym nieuzasadnionego "karania" wykonawców za to, że ubiegając się o zamówienie w dobrej wierze złożyli ofertę z najniższą ceną”*. Za nietrafne należy uznać również spostrzeżenia wykonawcy Ekotrade wiążące prezentowane przez tego odwołującego przypuszczenia o występowaniu rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk z faktem, iż złożenie przez nich ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim zwrócić należy uwagę na sposób argumentacji przedstawiany w tej kwestii przez odwołującego, który pozostaje w sprzeczności z ugruntowanym stanowiskiem prezentowanym w tej materii przez Krajową Izbę Odwoławczą. Otóż, nie sposób - jak czyni to odwołujący - z hipotezy o złożeniu przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk oferty z rażąco niską ceną wysnuwać wniosków o jednoczesnym dopuszczeniu się przez tych wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji wypełniającym znamiona czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Argumentacja odwołującego sprowadza się do nieuprawnionego twierdzenia, że fakt zaoferowania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską przesądzą o konieczności skorzystania z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Twierdzenie takie jest jednak sprzeczne z ugruntowaną linią orzecniczą w tej kwestii, w której dominuje pogląd, wyrażony chociażby w wyroku KIO z dnia 29 lutego 2012 roku (KIO 342/12), w którym stwierdzono, że: *„zaoferowanie przez wykonawcę urzędzeń za niższą cenę nie może zostać uznane za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Konkurencja cenowa przy zachowaniu procedur postępowania jest przejawem działania wolnego rynku, a nie ograniczaniem dostępu do zamówienia.”*. Nie ulega wątpliwości, że w postępowaniach, w których jedynym kryterium oceny ofert jest kryterium ceny, na tej płaszczyźnie rozegra się rywalizacja między konkurującymi wykonawcami, a zatem z samego faktu, iż oferty Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk są ofertami najkorzystniejszymi cenowo, nie można czynić zarzutu naruszenia konkurencji, bowiem w każdym postępowaniu jedna z ofert - jak w tym przypadku Konsorcjum Impel - zawsze będzie ofertą najkorzystniejszą cenowo. Stanowisko w tym zakresie zajął skład orzekający w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2012 roku (KIO 1167/12) twierdząc, że: *„samo zaproponowanie ceny najniższej w postępowaniu nie może zostać uznane za wystarczający dowód na "utrudnienie konkurencji", bowiem każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu, w którym jedynym kryterium jest cena, dąży do zaoferowania ceny na możliwie niskim poziomie”*. Powyższe potwierdza także wyrok KIO z dnia z dnia 13 marca 2012 roku (KIO 406/12) stanowiąc wprost, że: *„samo oferowanie cen nawet znacząco*

niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji". A zatem zakładając hipotetycznie, że nawet w przypadku ewentualnego potwierdzenia się zarzutu o rażąco niskiej cenie, nie może to stanowić podstawy do automatycznego uznania zasadności również przedmiotowego zarzutu. A jak już wskazano, odwołujący w żadnym razie nie udowodnił zarzutu odnoszącego się do złożenia przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk ofert z rażąco niską ceną - nie uprawdopodobnił nawet zaistnienia jakichkolwiek realnych przesłanek do takiej kwalifikacji ceny.

Wobec powyższego nie sposób mówić o możliwości przypisania działaniu Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk cech wypełniających hipotezę normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiuje czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku, bowiem po pierwsze - okoliczność ta nie została udowodniona, po drugie fakt, że odwołujący skalkulował swoją ofertę w sposób odmienny i skutkujący wyższą ceną ostateczną nie może oznaczać, że wykonawcy dokonujący kalkulacji z uwzględnieniem innych właściwych im czynników naruszają konkurencję, prowadząc do ograniczenia dostępu do rynku konkurentom. Jak bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 23 lutego 2011 roku (KIO 281/11): *„zamiar wyeliminowania innych przedsiębiorców (będący elementem koniecznym czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) nie może być postrzegane działanie ukierunkowane na wygranie przetargu, poprzez złożenie możliwie najtańszej oferty (...). Konkurowanie wykonawców na runku i składanie przez nich ofert w celu wygrania postępowania i otrzymania zamówienia jest bowiem istotą postępowań o zamówienia publiczne.”*

Zdaniem zamawiającego, odwołujący nie jest w stanie wykazać, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk są cenami rażąco niskimi, bowiem argumentacja w tej materii sprowadza się jedynie do porównania tych wartości z własnymi kalkulacjami odwołującego, z całkowitym pominięciem faktu, że czynniki cenotwórcze - choć obiektywnie narzucone charakterem przedmiotu zamówienia - mogą zostać w sposób różny zaadaptowane przez wykonawców, z uwzględnieniem dostępnych im metod i środków mających wpływ na obniżenie kosztów. Za powyższym przemawia również fakt, że dopiero na okoliczność wykazania zasadności twierdzeń i udowodnienia sugerowanych ryzyk - odwołujący wnioskuje o powołanie dowodu z opinii biegłego. W tym stanie rzeczy jednak, zamawiający wnosi o oddalenie ww. wniosku, jako bezzasadnego i niedopuszczalnego, bowiem zgodnie z zakreśloną tezą dowodową opinia biegłego służyć miałyby *de facto* wyręczeniu odwołującego w dowodzeniu podnoszonych zarzutów i prezentowaniu okoliczności, które miałyby poprzeć formułowaną argumentację. W ocenie zamawiającego nie jest zadaniem biegłego poszukiwanie okoliczności za pomocą, których odwołujący miałby udowodnić podnoszone zarzuty, bowiem to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu w tym

zakresie i do wykazania omawianych okoliczności nie są w realiach niniejszej sprawy niezbędne wiadomości specjalne. Powyższe znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie KIO, jak choćby w wyroku z dnia 7 listopada 2011 roku (KIO 2262/11), w którym skład orzekający wskazał, że: *„To wykonawcy, powołując się na określone okoliczności powinni przedstawiać dowody na ich poparcie. Izba jedynie ocenia treść składanych oświadczeń. Izba może powołać biegłego celem zbadania określonej okoliczności, nie powołuje jednak biegłego w celu badania wiarygodności oświadczenia pod kątem jego zgodności z SIWZ.”*. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 29 lipca 2011 roku (KIO 1511/11): *„Zgodnie z treścią art. 190 ust. 4 p.z.p., biegłego można powołać w sytuacji, gdy wiadomości specjalnych wymaga ustalenie stanu faktycznego sprawy. Wniosek o powołanie biegłego jest bezzasadny, skoro byłby on zobowiązany do wydania opinii dotyczących przywołanych zarzutów i podniesionych w nich kwestii technicznych.”*. Tymczasem treść odwołania wykonawcy Ekotrade, jak również wniosek o powołanie dowodu z opinii biegłego z tak zakreślonymi tezami dowodowymi, wskazuje niezbicie, że odwołujący nie jest w stanie samodzielnie wykazać podnoszonych okoliczności, zaś formułowane przez niego zarzuty są pozbawione waloru merytorycznej treści, zaś sam odwołujący dopiero w opinii biegłego upatruje źródła, na podstawie którego mógłby zarzuty sformułować. Tym samym zamawiający wnosi o oddalenie wniosku dowodowego, jak również oddalenie opisanych powyżej zarzutów jako niezasadnych i nieudowodnionych.

Podobnie sytuacja przedstawia się w zakresie formułowanego zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk z treścią s.i.w.z., w którym odwołujący wprost wskazuje, że o rzeczony niezgodności wywodzi wprost z własnych twierdzeń o złożeniu przez ww. wykonawców ofert z rażąco niską ceną, bez wskazania jednak w jakim zakresie oferty są niezgodne z treścią s.i.w.z. Jak podnosi sam wykonawca Ekotrade: *„W ocenie Odwołującego zachodzi ryzyko, że wskazane oferty nie obejmują wyceny całego przedmiotu zamówienia.”*, a zarzut formułowany jest w tym zakresie wyłącznie z ostrożności procesowej.

Tymczasem stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”*. W toku oceny i badania ofert zamawiający dokonuje porównania treści oferty z treścią s.i.w.z. i weryfikuje, czy zakres świadczenia wykonawcy jest identyczny z zakresem wymaganym przez zamawiającego, przy czym owe porównanie może odbyć się tylko i wyłącznie w zakresie treści wprost wyrażonych w specyfikacji i tylko negatywny wynik takiego porównania uprawnia zamawiającego do skorzystania z dyspozycji normy prawnej wyrażonej we wskazanym powyżej przepisie, zaś każda próba dokonania interpretacji rozszerzającej treści zawartych w specyfikacji uznania winna być za nieuprawnioną. Wskazuje na to wyrok KIO z dnia 16 lipca 2012 roku (KIO 1383/12), w którym skład orzekający stwierdził, że: *„niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji*

istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy treść oferty (oświadczenia złożonego przez wykonawcę, zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań zamawiającego), jest odmienna od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jednoznacznie wynikać musi z porównania zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji". Podobnie w wyroku KIO z dnia 22 marca 2012 roku (KIO 473/12), w którym skład orzekający stwierdził, że: „Zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji, a tym samym zaoferowane świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi w szczególności wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a ponadto stwierdzone niezgodności dotyczą istotnych jego elementów”.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wskazał niezgodności treści oferty Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk z treścią specyfikacji, ani nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie stawianych tez. Poprzez wykazanie niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. należy przyjąć, za argumentacją Izby przedstawioną w wyroku KIO z dnia z dnia 16 sierpnia 2012 roku (KIO 1665/12), że jest to „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". W związku z tym argumentację odwołującego należy zakwalifikować jako wnioski pozostające bez relacji, ani z treścią ofert wykonawców, ani z treścią s.i.w.z. w kontekście rzekomej niezgodności treści ofert z treścią s.i.w.z. Reasumując, odwołujący nie udowodnił zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia przez zamawiającego treści wyjaśnień złożonych na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wskazuje, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazana w przepisie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest zasadą bezwyjątkową, zaś dopuszczalne ograniczenia w jej zakresie odnoszą się do możliwości zastrzeżenia przez wykonawców pewnych danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedłożonych wyjaśnieniach wykonawcy wskazali wszelkie okoliczności, które uzasadniają zastrzeżenie prezentowanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z uwzględnieniem ich technologicznego charakteru, procedur funkcjonujących u wykonawców, jednocześnie wskazując na podjęte środki mające na celu zachowanie tych informacji przed ich ujawnieniem. Niemniej jednak, zamawiający wskazuje, że w dniu 21 marca 2013 roku odtajnił fragmenty kwestionowanych wyjaśnień, w zakresie respektującym uczynione przez wykonawców Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk zastrzeżenie, zaś

informację o tej czynności przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Mając zatem na względzie, że odwołujący kwestionował zastrzeżenie całej treści dokumentu, odtajnienie ww. fragmentów czyni zadość jego żądaniom w tym zakresie. Tym samym zarzut powyższy uznać należy za bezprzedmiotowy, w związku z czym zamawiający wnosi o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu rzekomego zaniechania odrzucenia przez zamawiającego wykonawców Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie sposób uznać jego zasadności. Należy wskazać, iż rolą wyjaśnień składanych w trybie przepisu art. 90 ustawy Pzp jest rozwianie wątpliwości zamawiającego co do rzetelnego skalkulowania ceny przez wykonawcę, stąd wyjaśnienia winny posiadać charakter konkretnych i precyzyjnych oraz pozwalających na dokonanie oceny elementów kosztotwórczych mających wpływ na ostateczną wysokość zaproponowanej ceny. Na powyższe wskazuje wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2011 roku (KIO 2624/11): *„Zaistnienie przestanki zastosowania powołanego przepisu (por. art. 90 ust. 1 p.z.p.) oznacza, że w odniesieniu do oferty, której to dotyczy, powstaje domniemanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a obalenie tego domniemanie jest czynnością leżącą po stronie wykonawcy, którego obciąża w tym zakresie przedstawienie wyjaśnień popartych dowodami (por. art. 90 ust. 3 p.z.p.).”* Podobnie również w wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2013 roku (KIO 120/13), w którym Izba potwierdziła rozkład ciężaru dowodu w przypadku skierowania wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny wskazując, że: *„Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. stwarza wzruszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. Na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że okoliczność taka nie zachodzi.”*

Nie ulega wątpliwości, że powyższe domniemanie obalone zostać musi w toku udzielanych wyjaśnień, a sposób oceny tych wyjaśnień odbywa się z uwzględnieniem właściwych każdemu wykonawcy okoliczności, zawartych przykładowo w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, nie zaś - jak twierdzi odwołujący - poprzez ustanowienie porównywalnego poziomu kosztów dla wszystkich wykonawców. Zwróciła na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lipca 2013 roku (KIO 1567/13), w uzasadnieniu którego podano, że: *„Każdy z wykonawców, kalkulując cenę oferty, dokonuje stosownych wyliczeń w oparciu o własne założenia i własne zmienne. Nie istnieje jeden uniwersalny wzorzec, do którego można przypisać koszty ponoszone przez wszystkich wykonawców w danym postępowaniu.”*

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zwrócił się do wykonawców: Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień, uwzględniających odpowiedzi na skonkretyzowane pytania. Dokonując oceny przedstawionych wyjaśnień stwierdził zaś, że odnoszą się one do wszelkich aspektów, o których wyjaśnienie prosił, poparte są kalkulacjami i zaprezentowane z uwzględnieniem okoliczności, specyficznych dla danych wykonawców, umożliwiającą dokonanie kalkulacji na zaoferowanym poziomie.

W kontekście powyższego należy mieć na względzie, że nawet konieczne koszty, wynikające z charakteru przedmiotu zamówienia, różnić się mogą w zależności od możliwości każdego z wykonawców ze względu na odmienne warunki umów zawartych z dostawcami, specyficzne metody organizacji pracy, czy nawet wykorzystanie efekt skali i efektu synergii, co ma miejsce w szczególności w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że złożone przez wykonawców wyjaśnienia powinny się w okolicznościach niniejszej sprawy rozpatrywać z uwzględnieniem przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem ich merytoryczna wartość wyklucza uznanie ich braku albo potwierdzenie występowania rażąco niskiej ceny. Na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, uznając jedynie, że z uwagi na - popierany zarzut o występowaniu rażąco niskiej ceny - jakiegokolwiek wyjaśnienia nie mogły obalić tego domniemania.

Na zakończenie zamawiający wskazuje, że powoływanie się przez odwołującego na inne postępowania prowadzone przez innych zamawiających, w których cena zaoferowana przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk została uznana za rażąco niską, zaś wobec zamawiających potwierdziły się zarzuty o zaniechaniu zastosowania instytucji odrzucenia oferty, pozostaje bez znaczenia dla oceny okoliczności niniejszej sprawy. Przede wszystkim dlatego, że oceny wysokości ceny zaoferowanej w postępowaniu w kategoriach jej ewentualnego rażącego zaniżenia dokonywana jest w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, który jest jedynym wyznacznikiem dla stwierdzenia czy zaoferowana cena pozwala na jego realizację w sposób prawidłowy i zgodnie z wymogami s.i.w.z. Na powyższe wskazano chociażby w wyroku KIO z dnia 14 października 2013 roku (KIO 2329/13): „Choć wszczęcie procedury wyjaśniającej może zostać zapoczątkowane przez porównanie cen ofert wykonawców, cen ofert a wartości kosztorysu inwestorskiego i ewentualnie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, to samo ustalanie, czy cena ofertą jest, czy nie jest rażąco niska, odnosi się wyłącznie do tej oferty, a wyznacznik poprawności ceny stanowi, czy wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, m.in. czy jest w stanie uzyskać deklarowane ceny materiałów, robocizny, pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników itd.”. W tym zakresie odmiennosc każdego postępowania i różny jego zakres powoduje, że niemożliwym jest wywodzenie o wystąpieniu rażąco niskiej ceny, czy też potwierdzeniu jej zaoferowania w ramach składanych wyjaśnień, tylko na podstawie ocen dokonywanych w tym zakresie w innych postępowaniach.

Po wtóre, każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jest postępowaniem indywidualnym, zaś w przypadku niniejszego - o niepowtarzalnym i nieporównywalnym do innych przedmiocie zamówienia, z tego też względu rozstrzygnięcia KIO w odniesieniu tych postępowań nie mają charakteru precedensowego i nie mogą być brane pod uwagę przy

rozpatrywaniu okoliczności niniejszej sprawy, tym bardziej - jak próbuje to przedstawić odwołujący - w charakterze ugruntowanej i powtarzalnej praktyki danych wykonawców. Z tego też względu, zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego zarzutu jako bezzasadnego i nieudowodnionego.

Kolejnym z zarzutów, jest zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk z udziału w postępowaniu z uwagi na rzekome niespełnienie przez ww. wykonawców warunku udziału w postępowaniu opisanego w postanowieniu rozdziału V ust. 1 pkt 2 ppkt 2.1 s.i.w.z., stosownie do którego wykonawcy mieli wykazać, że: *„wykonali (zrealizowali, zakończyli), w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na zaprojektowaniu, oprogramowaniu i wdrożeniu informatycznego systemu rozproszonego, działającego w co najmniej 100 lokalizacjach, w architekturze centralnej, gdzie platforma serwerowa i oprogramowanie aplikacyjne zostało zainstalowane w jednej lokalizacji, a funkcjonalność aplikacji dostępna jest przez przeglądarki internetowe w pozostałych lokalizacjach, o wartości usługi (bez wartości dostaw sprzętu i usług wsparcia) nie mniejszej niż 1,5 mln złotych netto (bez VAT) łącznie (sumaryczna wartość netto wszystkich umów)”*.

W ocenie zamawiającego, zarzut ten jest niezasadny. Wskazać bowiem należy, że odwołujący o braku spełnienia tegoż warunku w jego aspekcie merytorycznym w odniesieniu do Konsorcjum Impel wywodzi z treści referencji załączonych na potwierdzenie należytego wykonania usługi, która ze swej natury nie musi zawierać wszelkich danych odpowiadających wprost treści warunku sformułowanego przez konkretnego zamawiającego w konkretnym postępowaniu, ale jest dokumentem uniwersalnym. Wynika to wprost ze strony 21 odwołania, gdzie odwołujący twierdzi: *„niespełnienie warunku wydaje się w oczywisty sposób wynikać z referencji.”*

Jak wskazuje odwołujący: *„Treść przedłożonej referencji stwierdza jedynie, że produkt, który wystawca referencji - Cprojekt GmbH - nabył od SMT Software sp. z o.o. (członka Konsorcjum Impel), został wdrożony odrębnie w poszczególnych krajach i lokalizacjach, lecz z pewnością nie wynika z tej referencji kto dokonał wdrożenia i czy chodzi o „ten sam” system, czy o „taki sam system”*”.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że dokonana przez odwołującego parafraza odbiega znacząco od treści wyrażonych w przedmiotowej referencji, wypaczając zakres i charakter użytych tam sformułowań w sposób - wyłącznie na potrzeby wnoszonego odwołania - który wykazać ma nieadekwatność wykazanej usługi. Abstrahując w tym miejscu od bezpodstawności formułowania przez odwołującego oczekiwań co do specyficznych danych, które winny być w dokumencie referencji zawarte i co więcej, formułowaniu wniosków o braku tożsamości usług wskazanych w wykazie i opisanych w referencji, tylko ze względu na brak szczegółowo wyspecyfikowanych w niej

treści, wskazać należy, że - odmiennie niż próbuje to prezentować odwołujący - analizowany dokument nie mówi o odrębnym wdrożeniu w poszczególnych krajach dostarczonego systemu, ale wprost stanowi, że: „SMT Software sp. z o.o. SKA z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marszałka Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław, Polska (dawniej: SMT Software SA), dostarczyła naszej firmie kompleksowy system monitoringu pojazdów. SMT Software sp. z o.o. SKA (dawniej: SMT Software SA) zaprojektowała, wdrożyła i uruchomiła dostarczoną system w ramach scentralizowanej architektury. Platforma serwerowa oraz oprogramowanie systemu wykorzystują udostępniane przez nas centrum obsługi serwerów mieszczące się w Gütersloh w Niemczech. Nasi klienci mogą korzystać z funkcji systemowych przy pomocy przeglądarki sieciowej.”.

W związku z powyższym, argumentacja zawarta w treści odwołania uznana może być co najwyżej za wyraz odmiennej i dowolnie przeprowadzonej interpretacji dokumentu referencji, której skutkiem jest wysnuć szeregu hipotez, nie mających jednak wsparcia w wynikach poprawnie dokonanej wykładni literalnej omawianego tekstu. Całkowicie chybione wnioski płynące z przeprowadzonej przez odwołującego wykładni nie mają oparcia w okolicznościach faktycznych i prawnych, co uwidacznia się najpełniej wobec braku przedstawienia przez odwołującego w ramach tak sformułowanego zarzutu jakichkolwiek dowodów. Tym samym subiektywne przekonanie odwołującego o spełnieniu przez Konsorcjum Impel warunku udziału w postępowaniu, wykreowane wyłącznie na skutek dowolnej analizy dokumentu referencji nie może być samodzielną podstawą do uznania zasadności zarzutu, tym bardziej, gdy wyprowadzone wnioski wynikają po części z faktu braku jasnego wyartykułowania w treści referencji oczekiwanych sformułowań, co do których jednak taki obowiązek nie istnieje, a z braku których nie sposób wywodzić o nieprawidłowości, czy nieadekwatności innych zawartych w niej danych. Niekwestionowanym jest, że o wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu przesądza treść oświadczenia złożonego przez wykonawcę w wykazie wykonanych usług, dostaw, czy robót budowlanych, zaś dokument referencji służyć ma wyłącznie ocenie należytości zrealizowanego zamówienia. Jednym z wielu orzeczeń prezentujących taki pogląd jest wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 roku (KIO 1193/13), w którym wskazano, że: *„Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz sporządzony przez wykonawcę, natomiast referencje służą jedynie potwierdzeniu należytego ich wykonania.”*

Z tego też względu dokument referencji ma pozwalać wyłącznie na identyfikację zrealizowanego zamówienia i ocenę prawidłowości jego wykonania, a sama treść nie może być przesądzająca dla wyczerpującego scharakteryzowania przedmiotu takiego zamówienia, co odwołujący zdaje się całkowicie lekceważyć i pod takim właśnie kątem interpretować zawarte tam oświadczenie. Tymczasem w wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia

23 października 2012 roku (sygn. akt VIII Ga 137/12) wskazano, że: „*Dokument potwierdzający, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście musi zawierać treść, która w danym postępowaniu, mając na uwadze całą specyfikę zamówień publicznych pozwoli na dokonanie tej oceny. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego, zindywidualizowanego warunku, bądź też, że dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należyście, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostaw lub prac.*”.

Mając na uwadze powyższe, model oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jaki odwołujący stara się narzucić zamawiającemu, odbiega od norm i zasad wynikających z przepisów ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego oświadczenie zawarte w wykazie głównych usług Konsorcjum Impel pozwala na pozytywną ocenę spełnienia warunku przez tego wykonawcę w omawianym zakresie. Dołączony do oferty dokumenty referencji uzasadnia zaś twierdzenie, że usługa została wykonana należyście - z tego też względu brak podstaw przyjęcia wniosków odmiennych, ze skutkami w postaci konieczności wystosowania do Konsorcjum Impel wezwania w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Decyzja zamawiającego o uznaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Impel znajduje również potwierdzenie w sporządzonej przez biegłego z zakresu informatyki opinii, zleconej w związku z zarzutami wybrzmiewającymi z treści wniesionych odwołań. Z tego też względu uznać należy, że zamawiający dołożył należytej staranności w celu potwierdzenia zasadności oceny spełnienia analizowanego warunku przez wykonawcę Konsorcjum Impel w związku ze zgłoszonymi przez odwołujących wątpliwościami w tej materii, które na wcześniejszych etapach postępowania nie wystąpiły po stronie zamawiającego, wobec - w jego ocenie - jasnej i klarownej treści uzyskanych informacji.

Odnosząc się natomiast do oferty Konsorcjum Nordisk, zamawiający wskazuje, że twierdzenia odwołującego dotyczące braku posiadania przez usługi wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku 2.1. wszelkich niezbędnych walorów świadczących o ich adekwatności, pozostawić można jedynie w kategorii hipotez i przypuszczeń, biorąc pod uwagę treść dokumentów referencyjnych, z których jednoznacznie wynika, iż usługa została już zrealizowana.

Na zakończenie Zamawiający wskazuje, że zarzuty formułowane względem członka Konsorcjum Nordisk - Konsalnet Secura Solutions sp. z o.o. z oczywistych względów nie zostaną opatrzone komentarzem, jako nie mające związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego zarzutu.

Dalsze zarzuty zawarte w odwołaniu wykonawcy Ekotrade w punktach 5 (po słowie ewentualnie), 6 i 7 wymagają - w ocenie zamawiającego - wstępnego i wspólnego im wszystkim komentarza.

Otóż, co najmniej świadczącym o niekonsekwencji odwołującego, a poniekąd o trafności prezentowanej już powyżej przez zamawiającego tezy o braku podstaw do podnoszenia zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk, jest fakt jednoczesnego zarzucania zamawiającemu zaniechania skierowania do tych podmiotów wezwań określonych w przepisach art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Nie można bowiem mówić o naruszeniu przez zamawiającego ww. przepisów, w sytuacji, gdy oferty wykonawców Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk podlegają odrzuceniu, bowiem taka okoliczność znosi wskazany w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek, a tym samym nie można mówić o zaniechaniu zamawiającego w tym zakresie. W odwrotnej natomiast sytuacji, przy popieraniu przez odwołującego zarzutu naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, w wątpliwość poddać należy celowość podnoszenia zarzutów zaniechania odrzucenia ofert, nie sposób bowiem mówić o dokonaniu przez zamawiającego obu tych zaniechań łącznie z uwagi na przedstawione wyżej okoliczności.

Zamawiający wnosi zatem o oddalenie ww. zarzutów. Niemniej jednak, poniżej przedstawiona zostanie argumentacja wskazująca na niezasadność podnoszonych zarzutów, niezależnie od uwag poczynionych powyżej.

Stosownie do postanowienia rozdziału VI ust. 2 s.i.w.z. mając na względzie, że wystarczającym jest, aby w wykazie znalazły się usługi w liczbie wymaganej dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie sposób zidentyfikować jakiegokolwiek normy prawnej, która nakazywałaby zamawiającemu dokonywanie wezwania do uzupełnienia ww. wykazu, w sytuacjach innych niż: 1) nie został on złożony, 2) zawiera pozycje, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zawierają błędy), na które to okoliczności wprost wskazuje przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Abstrahując jednak od tej okoliczności, nie sposób nie wskazać na inną logiczną przeszkodę w uznaniu podnoszonego przez odwołującego zarzutu za słuszny. Nie ulga wątpliwości, że nie sposób wymagać od zamawiającego, aby miał świadomość wszystkich zrealizowanych przez danego wykonawcę usług, w wymiarze, który pozwalałby mu na stwierdzenie, że niektóre spośród wykonanych lub wykonywanych zamówień nie zostały na przedmiotowym wykazie zamieszczone, a co za tym idzie zamawiający nie mając punktu odniesienia dla zakresu usług prezentowanego przez wykonawcę, nie jest w stanie zidentyfikować jakichkolwiek niedostatków, co do wskazywanej tamże ilości usług. Z tego - wydawać by się mogło oczywistego względu - brak w przepisach ustawy Pzp jakichkolwiek sankcji za złożenie wykazu nieobejmującego wszystkich zrealizowanych przez wykonawcę usług, a brak prowadzenia przez

zamawiającego szeroko zakrojonych poszukiwań w tym zakresie - nie jest uznawany za naruszenie.

Niezależnie od powyższego, zwrócić należy uwagę, że niezrozumiałym, w realiach niniejszej sprawy, jest oczekiwanie przez odwołującego dodatkowego wskazania usług, które zostały przez wykonawców ewentualnie nienależycie wykonane. Przede wszystkim zamawiający nie precyzuje żadnych warunków w zakresie progowej ilości prawidłowo wykonanych usług, poniżej której warunek zostałby uznany za niespełniony. Brak jest sankcji dla ewentualnego nienależytego wykonania którejs z prezentowanych usług w przypadku, gdy pozostałe usługi pozwalają na poprawne zweryfikowanie spełnienia warunku przez wykonawcę, co w szczególności oznacza, że zamawiający nie miałby podstawy do wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu, tylko na tej podstawie, że któraś z usług nie została należycie wykonana, przy założeniu - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - że mimo tego wykonawca i tak spełnia warunek udziału w postępowaniu. W tym zakresie zamawiający wskazuje, iż w treści uzasadnienia brak argumentów, które mogłyby świadczyć o ewentualnym niespełnieniu ww. warunku przez Konsorcjum Impel, ani też powodować konieczność wystosowania przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień w tym zakresie. Zawarte natomiast twierdzenia odwołującego, wobec niebudzących wątpliwości treści referencji, pozostają bez wpływu na prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny i uznane winny być co najwyżej za niestosowne, tym bardziej, że formułowane przez podmiot uznawany za profesjonalistę.

Celem weryfikacji podmiotowej wykonawców jest wyłącznie dokonanie oceny w zakresie wymaganym przez zamawiającego i wyartykułowanym w s.i.w.z., nie zaś - jak sugeruje odwołujący: „badanie różnych aspektów działalności wykonawcy”, w szczególności, gdy prezentowane informacje odnoszące się do tychże aspektów stanowią nieudowodnione pogłoski, na których - bez formalnego zakończenia postępowania w danej sprawie i wydania prawomocnego wyroku - nie godzi się bazować, w szczególności Ministrowi Sprawiedliwości.

W odniesieniu do wykonawcy Konsorcjum Nordisk, nie zostały zaprezentowane w treści odwołania żadne argumenty natury faktycznej, nie sposób zatem odnieść się do tak sformułowanego zarzutu, którego prawidłowość z punktu widzenia przepisu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp jest kwestionowana przez zamawiającego.

Mając na względzie powyższe Zamawiający wnosi o nierozpatrywanie przedmiotowych zarzutów, jako sformułowanych niezgodnie z wymaganiami zawartymi w przepisie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, względnie o ich oddalenie z uwagi na ich bezpodstawność i niezasadność.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 17 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wskazuje, że w toku prowadzonego postępowania nie

zostały podjęte jakiegokolwiek czynności mogące naruszać zasadę bezstronności komisji przetargowej, a tym bardziej takie, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Stosownie do przywoływanego przez odwołującego zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 sierpnia 2013 roku nr 263/13/BOF o powołaniu komisji przetargowej w przedmiotowym postępowaniu, Pan R..... J..... został powołany jako osoba zastępująca sekretarza komisji - Panią P..... G....., a zatem mógł on podejmować jakiegokolwiek czynności w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie w przypadku nieobecności, czy też niemożności działania przez sekretarza komisji. Oznacza to, że nie brał i nie mógł on brać udziału w działaniach komisji podejmowanych w stałym, zasadniczym składzie. Z protokołu postępowania wraz z załącznikami wynika wprost, że wszelkie dokumenty wewnętrzne zamawiającego, tj. opinie itp. nigdy nie zostały podpisane przez Pana R..... J....., a zatem w toku całego postępowania nie zmaterializowała się sytuacja, w której musiałby on pełnić funkcję sekretarza komisji. Nie można zatem twierdzić, iż nie będąc zaangażowanym w prace komisji przetargowej miał on jakiegokolwiek wpływ na decyzje, czy też czynności wykonywane przez komisję przetargową. Z tego też względu, ewentualne zaniechanie zamawiającego w tym zakresie, o ile w ogóle można ocenić taką hipotetyczną sytuację, jako zaniechanie - brak bowiem obowiązku, który statuowałby nakaz konkretnego powinnego działania, pozostaje i tak w realiach niniejszej sprawy bez wpływu na wynik postępowania w rozumieniu przepisu art. 192 ust 2 ustawy Pzp. Z tego też względu zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego zarzutu.

Ustosunkowując się do wskazywanego przez odwołującego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wskazuje, że nie zasługują one na uwzględnienie. Odwołujący w żadnej części swojego odwołania nie udowodnił zasadność podniesienia i uwzględnienia przez Izbę tego zarzutu. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący nie wskazał dokładnie w jakim zakresie doszło do naruszenia powyższego przepisu, a mianowicie nie sprecyzował jakie działanie zamawiającego mogłoby świadczyć o naruszeniu konkretnego obowiązku nałożonego na niego przepisami ustawy Pzp, które to naruszenie skutkowałoby możliwością powołania się w związku z nim na złamanie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się natomiast do ostatniego z zarzutów wskazanych w odwołaniu wniesionym przez wykonawcę Ekotrade, wskazać należy, że nie spełnia on wymogów wskazanych w przepisie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Wydawać by się mogło, że odwołujący pominął całkowicie okoliczność, że postępowanie przez Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a precyzyjne sformułowanie zarzutów i prawidłowe ich udowodnienie spoczywa na odwołującym stosownie do zasady wyrażonej w przepisie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzucanie zamawiającemu naruszenia „*innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia*” nie może być w żadnej mierze, z uwzględnieniem wcześniejszych rozważań

dotyczących zasad konstruowania zarzutów, poczytane jako skuteczne postanowienie zarzutu. Do kwestii tej odniosła się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 lipca 2011 roku (KIO 1512/11, KIO 1515/11), w którym skład orzekający stwierdził, iż: *„zarzut naruszenia przez zamawiającego "wszystkich innych przepisów, jakie wynikają z treści uzasadnienia odwołania" nie może być rozpoznawany przez Izbę, gdyż nie spełnia wymogów z art. 180 ust. 3 p.z.p. Taki sformułowany zarzut nie nadaje się do rozpoznania przez Izbę, gdyż nie tylko nie wskazuje naruszonych czynności, a ponadto Izba przy orzekaniu nie może domyślać się czy przywołany w uzasadnieniu odwołania przepis, jest przywołany dla wskazania nowego zarzutu czy stanowi wskazanie podstawy prawnej dla zarzutu wcześniej sprecyzowanego w odwołaniu”.*

Podsumowując, zamawiający wnosi o oddalenie odwołania Ekotrade oraz analogicznych zarzutów w odwołaniach wykonawców Nordisk i Elproma.

Przechodząc do zarzutów zawartych w odwołaniu PHU Elproma sp. z o.o., zamawiający wskazuje, że przedstawiona powyżej argumentacja dotycząca zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk na podstawie przepisów art. 89 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp jak również dotycząca innych zarzutów wspólnych dla ww. wykonawców, jak i wykonawcy Ekotrade - znajduje zastosowanie również w odniesieniu do odwołania wykonawcy Elproma.

Stosownej odpowiedzi wymaga natomiast zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszący się do - zarzucanego zamawiającemu - zaniechania wezwania Ekotrade do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W tym zakresie, zamawiający wskazuje na niezasadność tego zarzutu. Przede wszystkim należy zauważyć, że ustawa Pzp nie zawiera żadnych wskazówek, ani wytycznych, co do tego, w jakich sytuacjach aktualizuje się opisany powyżej obowiązek wezwania wykonawców do wyjaśnień. Ocena w przedmiocie zasadności jest zatem uzależniona od okoliczności danego przypadku, a pewne wskazówki interpretacyjne mogą być wywodzone z bogatego - w odniesieniu do tego zagadnienia - orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Istotnym jest jednak, aby to zamawiający powziął wątpliwości odnośnie zaoferowanych cen, stąd też subiektywne odczucie zamawiającego, który posiada najszerszą i najpełniejszą wiedzę o przedmiocie zamówienia i warunkach, w jakich będzie ono realizowane, będzie przesądzające dla konieczności skierowania omawianego wezwania, którego celem jest wszakże wyjaśnienie tychże wątpliwości. Bez wątpienia punktem wyjścia dla rozważań i oceny zamawiającego są ceny innych złożonych w postępowaniu ofert oraz szacunkowa wartość zamówienia, które to wartości służą zamawiającemu do dokonania pewnego rodzaju komparatystyki, celem stwierdzenia, jakie są średnie ceny przedmiotowego zamówienia na rynku właściwym. Przystępując zatem do analizy ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, na wstępie wskazać należy, że kwota, jaką zamawiający ma zamiar

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 431 390 000,00 zł. W samym postępowaniu zaś wpłynęło 5 ofert podlegających ocenie. Wychodząc od wartości ofert, można - po pobieżnej tylko analizie - zauważyć, że zaoferowane ceny plasują się w dwóch grupach oscylujących w granicach 1) 200 milionów i 2) 300 milionów. Natomiast średnia cena za wykonanie przedmiotu zamówienia spośród cen złożonych ofert wynosi 281 659 686,05 zł. Co do zasady zatem, zaoferowanie przez wykonawcę ceny poniżej średniej cen ofert złożonych w postępowaniu, mogło wzbudzić wątpliwości zamawiającego, czy cena taka nie jest ceną rażąco niską. Z tego też względu prawidłowym działaniem zamawiającego było wezwanie wykonawców: Konsorcjum Impel i Konsorcjum Nordisk do przedstawienia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jako wykonawców wobec ofert, których zamawiający powziął wątpliwości. Co prawda wszystkie ceny zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu są niższe niż szacunki zamawiającego w tym zakresie, jednakże takie zjawisko jest dość powszechne w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i nie powinno generować pochopnych konkluzji, jakoby każda taka cena wymagała weryfikacji we wskazywanym powyżej trybie. Wskazać bowiem należy, że zamawiający - dokonując szacowania wartości zamówienia - związany jest cenami rynkowymi zamawianych dostaw i usług, tymczasem każdy z wykonawców ma sposobność uwzględnienia przy dokonywaniu wyceny swojej oferty np. odpowiednich rabatów i zniżek wynikających z zawartych umów o kooperacji i partnerstwie, jak również dostosować odpowiednio koszty tych elementów świadczenia, które może wytworzyć we własnym zakresie, jako np. producent. Dlatego też - w ocenie zamawiającego - w niniejszej sytuacji najbardziej wiarygodnym punktem odniesienia była właśnie średnia cena zaoferowanego świadczenia, gdyż wartość ta stanowi rzeczywiste odzwierciedlenie możliwości rynku w tym zakresie. Podnieść przy tym należy, że - jak słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 27 września 2013 roku (KIO 2181/13): *„Brak jest podstaw do nałożenia na zamawiającego obowiązku przeprowadzania procedury wyjaśnień na okoliczność wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do każdej oferty z najniższą ceną. Ponadto, w świetle obowiązujących przepisów, obowiązek taki nie zachodzi każdorazowo w przypadku z góry określonej relacji arytmetycznej między ceną oferty a wartością zamówienia czy cenami innych ofert, ale uwarunkowany jest wystąpieniem - w konkretnych okolicznościach - podejrzenia, że oferta zawiera rażąco niską cenę. (...) Składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny.”*. Dlatego też, mimo zaproponowania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego postępowania cen, które odbiegają od ustalonej przez zamawiającego

wartości zamówienia nie było podstaw, by kierować wezwania do wszystkich z nich, w tym również do wykonawcy Ekotrade.

Z tego też względu Zamawiający wnosi o oddalenie przedmiotowego zarzutu, jak również oddalenie całego odwołania PHU Elproma ze względu na jego niezasadność.

Odnosząc się natomiast do odwołania wniesionego przez Konsorcjum Nordisk, zamawiający również w tym wypadku wskazuje, że przedstawiona powyżej argumentacja dotycząca zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel na podstawie przepisów art. 89 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, jak również dotycząca innych zarzutów dotyczących tego wykonawcy, które zostały omówione przy okazji formułowania odpowiedzi na zarzuty zawarte w odwołaniu wykonawcy Ekotrade i Elproma - znajduje zastosowanie również w odniesieniu do odwołania wykonawcy Konsorcjum Nordisk.

Mając na względzie powyższe, koniecznym jest ustosunkowanie się przez zamawiającego do zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez złożenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania oraz przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia jest świadczeniem niemożliwym dla wykonania przez Konsorcjum Impel. Oba zarzuty należy omówić łącznie, jako że odwołujący Nordisk upatruje źródła zaniechań zamawiającego w tym zakresie w zaoferowaniu przez Konsorcjum Impel: *urządzeń nieistniejących lub urządzeń do których Wykonawca ten nie ma dostępu*, przez co potwierdzona została by zasadność zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel w sytuacji gdy oferowane przedmiot zamówienia jest świadczeniem niemożliwym do wykonania przez Konsorcjum Impel, ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez złożenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania, co wybrzmienia wprost z treści odwołania (strona 11).

Odnosząc się do podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Impel z uwagi na jej nieważność (na podstawie odrębnych przepisów), zwrócić należy uwagę na dwie zasadnicze kwestie, które stanowią po pierwsze o nieprawidłowości tak sformułowanego zarzutu, po wtóre natomiast o jego bezzasadności. Przede wszystkim - jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - samo powołanie się na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy zarzutu, chociażby ze względu na sposób zredagowania tego przepisu, który odsyła wprost do przepisów odrębnych, tj. przepisów innych ustaw, które przewidują dla danej czynności skutek nieważności. W tym zatem względzie zarzut ten został nieprawidłowo sformułowany. Z uwagi na powyższe zamawiający wnosi o nierozpatrywanie ww. zarzutu jako nieodpowiadającego wymaganiom określonym w przepisie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, względnie o jego oddalenie z uwagi na podane niżej okoliczności.

W ocenie zamawiającego, domniemywać jedynie należy, że ewentualnej nieważności oferty wykonawcy Konsorcjum Impel, odwołujący Nordisk poszukuje w przepisie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, traktującym o pierwotnej niemożliwości świadczenia. Zauważyć jednak należy, że gdyby faktycznie do tej podstawy nieważności referował odwołujący, nie znajduje ona zastosowania w niniejszej sprawie, co zostało wprost przyznane przez odwołującego. Wskazać bowiem należy, że możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę można odnieść jedynie do zdarzeń o charakterze obiektywnym, na co wskazuje jednolite i utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych w zakresie normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, jak choćby w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2011 roku (sygn. akt III CSK 217/10) „*Świadczenie niemożliwe zgodnie z art. 387 § 1 k.c., to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę*”. Tymczasem odwołujący odnosi ewentualną niemożność jedynie do świadczenia, które może być realizowane przez wykonawcę Konsorcjum Impel i tylko ze względu na okoliczności dotyczącego tego jednego podmiotu. Z tej przyczyny odwołujący w treści uzasadnienia odwołania, nie wskazał, gdyż wobec tak sformułowanego zarzutu - wskazać nie mógł, iż brak jest możliwości realizacji zobowiązania na warunkach określonych przez zamawiającego, który wypełniałby przesłanki trwałości, obiektywności i powszechności, tj. obejmujące wszystkich bez wyjątku wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu i jakikolwiek inny podmiot.

Abstrahując już od braku wyartykułowania przez odwołującego zarzutu w tym zakresie, należy jednak podkreślić, że ewentualny ciężar dowodu w tej materii spoczywałby na odwołującym, tj. winien on wykazać, iż: „*niemożliwość świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 k.c. nieważność umowy, musi zachodzić w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna), musi to być niemożliwość istniejąca obiektywnie i mieć charakter trwały. Obojętne jest, czy ma ona charakter faktyczny czy prawny*”. Powyższa teza została wyrażona w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 2009 roku o sygn. akt IV CSK 81/09. Jak wynika z uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2009 roku o sygn. akt II CSK 611/08: „*artykuł 387 § 1 k.c. reguluje tzw. niemożliwość pierwotną świadczenia, a więc niemożliwość istniejącą w chwili zawarcia umowy. Jest to niemożliwość obiektywna, która polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia*”. Jak wynika z uzasadnienia Sądu Apelacyjnego w Poznaniu do wyroku z dnia 27 maja 1992 roku o sygn. akt I ACr 162/92 „*skutku tego nie wywoła zatem niemożliwość subiektywna, istniejąca tylko po stronie dłużnika*”. Biorąc pod uwagę powyższe taka też okoliczność, tj. brak możliwości spełnienia świadczenia przez jakiegokolwiek wykonawcę winna być wykazana przez odwołującego. W tym wypadku świadczenie takie należy uznać za całkowicie niewykonalne, co do zasady i co do

zobowiązania głównego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2002 roku o sygn. akt III CKN 1015/99).

Mając jednak na względzie, że okoliczności świadczące o niemożliwości świadczenia, odwołujący odnosi wyłącznie do wykonawcy Konsorcjum Impel, uznać należy, że zarzut ten jest chybiony, z tego też względu zamawiający wnosi o jego oddalenie.

Przechodząc natomiast do zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający zauważa, że jako podstawę faktyczną tego zarzutu odwołujący wskazał „złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania”, tj. okoliczność dotyczącą jedynie wykonawcy. Prawidłowo sformułowany zarzut powinien odnosić się - zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp - do czynności lub zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym zaś przypadku do ewentualnego zaniechania wykluczenia wykonawcy z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji, na którą to okoliczność odwołujący nie wskazuje. Kolejną niezgodnością w tak sformułowanym zarzucie jest fakt, że podstawy wykluczenia odnoszą się właściwości podmiotowych wykonawcy, zaś w treści odwołania wykonawca Nordisk nawiązuje w tym zakresie do zgodności przedmiotu zaoferowanego świadczenia z treścią s.i.w.z., czyli elementów mogących stanowić podstawę zarzutu w zakresie ewentualnego odrzucenia oferty. Wobec powyższego zamawiający wskazuje, że - jak trafnie wskazał skład orzekający w wyroku KIO z dnia 3 lutego 2012 roku (KIO 120/12; KIO 143/12) - *„Zarówno treść siwz, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio - zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego - oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej”*. Z powyższego wynika, że oferta wykonawcy jest jego oświadczeniem woli, co do realizacji zamówienia w kształcie określonym przez zamawiającego. Tymczasem odwołujący zarzuca zamawiającemu domniemane zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Impel z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu złożenia przez nich nieprawdziwych informacji co do zgodności oferowanego przez niego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, czyli nieprawdziwość ich oświadczeń woli, której to konstrukcji przepisy ustawy Pzp nie znają. Wskazać bowiem należy, że nieprawdziwość informacji odnosić można wyłącznie do faktów, czyli rzeczywistości, nie zaś do woli podmiotów, czy też sposobu dokonanej przez nich wykładni oświadczeń woli.

Powyższe zostało szeroko i trafnie wyrażone w cytowanym już orzeczeniu KIO z dnia 1 grudnia 2011 roku (KIO 2479/11, KIO 2489/11), w którym Izba stwierdziła następująco: *„Wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce wówczas jeżeli złożone w*

toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż odwołujący powyższy zarzut wiąże z kwestią złożenia przez wykonawcę (...) oświadczeń odnoszących się do zgodności zaoferowanego sprzętu z treścią SIWZ Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie ma miejsce wówczas, gdy mamy do czynienia z informacjami i ich odniesienie do określonych faktów przemawia za uznaniem że są one niezgodne z tymi faktami. Odwołujący zaś fakt naruszenia powyższego przepisu wiąże z oświadczeniami własnymi wykonawcy, którego nie sposób odnieść do jakichkolwiek istniejących obiektywnie okoliczności. Wola wykonawcy odnosząca się do przyszłego zamiaru realizacji świadczenia zgodnie z wymaganiami zamawiającego nie podlega weryfikacji pod kątem jego prawdziwości. Złożenie oświadczenia woli nie jest nośnikiem jakichkolwiek informacji podlegających weryfikacji, lecz nośnikiem woli wykonawcy. Takiej weryfikacji podlegają jedynie takie oświadczenia, które są nośnikiem informacji odnoszących się do istniejących w chwili ich składania lub w przeszłości okoliczności. Dlatego też hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. odnosi się do informacji a nie wszelkiego rodzaju oświadczeń. Tylko wówczas oświadczenie wypełnia hipotezę powyższej normy prawnej gdy jest ono oświadczeniem wiedzy, a więc jest nośnikiem informacji możliwych do sprawdzenia". W kontekście powyższego uznać należy, że wola wykonawców nie może zostać sklasyfikowana jako informacja nieprawdziwa, gdyż nie jest nośnikiem informacji obiektywnych, a wyłącznie zamiaru wykonawcy co do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, stanowi więc odpowiedź, potwierdzenie oświadczenie woli Zamawiającego.

Przystępujący konsorcjum Impel, popierając stanowisko zamawiającego, podtrzymując wnioski oraz twierdzenia złożonych przystąpień do postępowań odwoławczych wskazuje, iż cena oferty Konsorcjum Impel obejmuje wszystkie wymagane przez zamawiającego w s.i.w.z. składowe elementy ceny, obejmuje swoim zakresem realizację całości przedmiotu zamówienia określoną w OPZ, a także w wyjaśnieniach do SIWZ. Szacując cenę oferty Konsorcjum Impel uwzględniło także wszystkie koszty oraz ryzyka, a także godziwy zysk dla każdego z członków Konsorcjum. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie Konsorcjum Impel złożyło w dniu 20 lutego 2014 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 lutego 2014 roku.

Ponadto przystępujący podnosi, że cała argumentacja odwołujących opiera się na założeniu, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Impel w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy PZP są ogólnikowe, niewystarczające, niedostateczne, itp. Wyjaśnienia Impel z całą pewnością nie są ani ogólnikowe, ani niedostateczne. Konsorcjum Impel bardzo

szczegółowo omówiło okoliczności, które pozwoliły zaoferować zamawiającemu rzeczywistą cenę realizacji przedmiotu zamówienia, z założeniem godziwego zysku dla wykonawcy, szczegółowo wskazując na poszczególne składniki ceny oferty, w bardzo dokładnym rozbięciu i ich omówieniu. Stąd też cała argumentacja wszystkich odwołań w tym zakresie jest całkowicie bezpodstawna. Wobec faktu, że wyjaśnienia Impel są szczegółowe i wystarczające oraz wskazują wszystkie elementy ceny oferty - ocena wyjaśnień Impel przez zamawiającego została wykonana należycie, zgodnie z przepisami Ustawy PZP. Także ten zarzut jest bezprzedmiotowy.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazują, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W pierwszej kolejności Konsorcjum Impel wskazuje, że żadna oferowana w jego ofercie usługa ani towar nie jest oferowana poniżej kosztów wytworzenia/świadczenia/zakupu. Wynika to wprost z wyjaśnień Impel. Po drugie zaś - złożenie oferty przez Konsorcjum Impel nie było dokonane w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Konsorcjum Impel złożyło ofertę wyłącznie w celu wygrania przedmiotowego postępowania, przy jednoczesnym zachowaniu zasad rynkowych przy kalkulowaniu ceny oferty. Oczywistym jest, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tylko jedna oferta może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, to jest bowiem istota tych postępowań. Ale z samego faktu, że tylko jedna oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza wcale nie wynika - że oferty składane są w celu eliminacji innych wykonawców z rynku. Co więcej - należy podkreślić, że fakt, że oferty innych wykonawców nie zostaną wybrane w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsze w żaden sposób nie wpłynie na eliminację tych wykonawców z rynku, nie zagrazi to ich biznesowemu trwaniu i funkcjonowaniu. Stąd też nie zachodzi czyn nieuczciwej konkurencji - gdyż ani cel działania Konsorcjum Impel nie spełnia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, ani też żaden element oferty nie jest oferowany poniżej kosztów wytworzenia/świadczenia/ zakupu. Zarzut powinien zostać oddalony jako bezpodstawny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP. Konsorcjum Nordisk przedmiotowy zarzut podniosło w pkt 10 odwołania (strona 2), wskazując, że oferowany przedmiot zamówienia jest świadczeniem niemożliwym do wykonania przez Konsorcjum Impel. W uzasadnieniu odwołania na stronie 11 Konsorcjum Nordisk wskazuje, że analiza oferty „może potwierdzić natomiast zasadność zarzutu oferowania urządzeń nieistniejących lub urządzeń, do których Wykonawca ten nie ma dostępu”. W pierwszej kolejności Konsorcjum

Impel wskazuje, że twierdzenia w tym zakresie są całkowicie gołosłowne, zupełnie nie poparte żadnymi dowodami czy choćby twierdzeniami. Sam odwołujący nie ma pewności, co do zasadności tego zarzutu - wskazuje on jedynie, że analiza oferty „może potwierdzić” - czyli ogranicza się wyłącznie do przypuszczeń („może”). W żadnym przypadku przypuszczenia odwołującego nie mogą być podstawą uwzględnienia zarzutu. Co więcej - odwołujący nie wskazuje nawet, które właściwie postanowienie oferty jest podstawą do wysnucia tak daleko idących (i bezpodstawnych) przypuszczeń. Konsorcjum Impel stanowczo oświadczyło, że oferuje urządzenia istniejące, do których ma dostęp. Wskazał, że urządzenia te zostały wycenione w wyjaśnieniach Impel. Dodatkowo wskazujemy, że żadne postanowienie s.i.w.z. nie stawiało wymogu podania nazwy, modelu, producenta, itp. oferowanego rozwiązania, w tym urządzeń. Warto w tym miejscu wskazać, że to członek Konsorcjum Impel - SMT Software Sp. z o.o. SKA w ramach postępowań odwoławczych na treść s.i.w.z. podnosiło przedmiotową kwestię, żądając dodania do s.i.w.z. wymogu wskazania w ofercie oferowanego sprzętu i oprogramowania. Zarzut ten nie został uwzględniony przez KIO (wyrok z 7 października 2013 roku, KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 i KIO 2161/13). Stąd też Konsorcjum Impel, jak i wszyscy pozostali wykonawcy, nie wskazało w ofercie rodzaju oferowanego urządzenia.

Konsorcjum Nordisk - jako niezgodność z Ustawą PZP wskazało „brak podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” - Konsorcjum Impel wskazało podstawy objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień. Ponadto wskazujemy, że Konsorcjum Nordisk samo objęło tajemnicą przedsiębiorstwa złożone przez siebie wyjaśnienia - stąd też nie posiada interesu w podnoszeniu zarzutu.

Zarzut niezgodności treści oferty Konsorcjum Impel z treścią s.i.w.z. Zarzut taki został przez Konsorcjum Nordisk wskazany w odwołaniu na stronie 2, w punkcie 9. Jednakże nie został w żaden sposób skonkretyzowany - w uzasadnieniu odwołania Konsorcjum Nordisk nie wskazało ani zapisu oferty (należy podkreślić, że oferta jest jawna, stąd nie istnieją w tym zakresie żadne utrudnienia dla odwołujących), który miałby być sprzeczny z s.i.w.z., ani też żadnego zapisu s.i.w.z. - z którym treść oferty miałaby być sprzeczna. Wywody w tym zakresie na stronie 7 odwołania nie zawierają informacji, które mogłyby być uznane za spełnienie minimum w zakresie treści zarzutu. Przepisy art. 180 ust. 3 Ustawy PZP oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) w § 4 ust. 1 pkt 6 i 8 wymagają, aby odwołanie zawierało przedstawienie zarzutów, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Zarzuty winny obejmować przynajmniej wszystkie twierdzenia związane z daną sprawą. W zakresie przedmiotowego zarzutu odwołujący nie zrealizowali wymagań ustawowych. Stąd też zarzut ten powinien zostać oddalony, gdyż nie został on

właściwie podniesiony w odwołaniu, zaś zgodnie z art. 192 ust. 7 Ustawy PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu. Wskazywała na tę kwestię wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyroku KIO 881/13 z dnia 29 kwietnia 2013 roku. Powyższe potwierdził też Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 12 kwietnia 2012 roku, sygn. akt: I Ca 117/12: „Żadna argumentacja, która nie znalazła odzwierciedlenia w złożonym w terminie odwołaniu, lecz została podniesiona później, nie może podlegać rozpatrzeniu. Późniejsze zarzuty należy uznać za przedawnione - złożone po dziesięciodniowym terminie zawitym.”.

Zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy PZP przez Konsorcjum Impel.

Konsorcjum Impel w pierwszej kolejności podkreśliło, że także Konsorcjum Nordisk objęło tajemnicą przedsiębiorstwa złożone przez siebie wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy PZP. Stąd też - Konsorcjum Nordisk nie ma legitymacji do podnoszenia przedmiotowego zarzutu odnośnie Konsorcjum Impel. Skoro bowiem Konsorcjum Nordisk objęło tajemnicą przedsiębiorstwa swoje własne wyjaśnienia, to tym samym pozbawiło się możliwości skutecznego zarzucania zamawiającemu naruszenia prawa w zakresie braku dostępu do takich samych wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Impel.

Konsorcjum Impel wskazuje, że kwestia skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych w trakcie postępowania wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Ustawy PZP była badana przez zamawiającego - co wynika z dokumentacji postępowania. Konsorcjum Impel wskazało przyczyny objęcia tajemnicą złożonych wyjaśnień. Wyjaśnienia Impel zawierają informacje zarówno techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa jak i inne informacje posiadające wartość gospodarczą, w szczególności ceny oferowanych elementów oferty, ceny uzyskane od poddostawców niektórych usług czy towarów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślamy też, że informacje te nie zostały nigdzie uprzednio ujawnione do informacji publicznej, zaś osoby sporządzające zarówno ofertę, jak i składane wyjaśnienia zostały zobowiązane do zachowania poufności tych informacji. Ponadto wszyscy członkowie Konsorcjum Impel stosują u siebie w przedsiębiorstwach odpowiednie procedury, zapewniające zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa czy to własną, czy też partnerów, kontrahentów i klientów.

Zarzut niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Impel (Usługa na rzecz C-Projekt).

Konsorcjum Impel stanowczo podkreśla, że projekt zrealizowany na rzecz C-Projekt potwierdza spełnianie warunku podmiotowego postawionego przez zamawiającego - tj. projekt ten obejmował zaprojektowanie, oprogramowanie i wdrożenie informatycznego systemu rozproszonego w architekturze centralnej w co najmniej 100 lokalizacjach, gdzie platforma serwerowa i oprogramowanie aplikacyjne zostało zainstalowane w jednej

lokalizacji, a funkcjonalność aplikacji dostępna jest przez przeglądarki internetowe w pozostałych lokalizacjach.

Odwołujący nie przedstawili żadnych dowodów przeciwnych, a swoje twierdzenia oparli jedynie na treści referencji wystawionej przez CProjekt, która rzekomo nie potwierdza spełnienia w/w warunku. W pierwszej kolejności Konsorcjum Impel podkreśla, że zgodnie z przepisami Ustawy PZP i aktów wykonawczych (rozporządzenia o dokumentach), to Wykaz usług jest oświadczeniem, które potwierdza spełnianie warunku podmiotowego. Zaś dokumenty dołączane do wykazu usług mają jedynie potwierdzić należyte wykonanie danej usługi. I tak też jest w przypadku oferty Konsorcjum Impel - treść Wykazu usług, stanowiąca oświadczenie Konsorcjum Impel, wystarczająco potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zaś dołączona referencja wystawiona przez CProjekt - potwierdza należyte wykonanie usługi. Stąd też zarzuty odwołujących w tym zakresie są bezpodstawne. Żaden przepis prawa nie nakłada obowiązku, aby dołączane potwierdzenie należytego wykonania usługi potwierdzało także zakres usługi. Co więcej - wbrew twierdzeniom odwołujących - treść załączonej referencji wystawionej przez CProjekt w żadnym stopniu nie pozostaje w sprzeczności z treścią Wykazu usług.

System sprzedany i wdrożony w C-Projekt został wykonany w całości przez SMT Software Sp. z o.o. SKA (dalej „SMT”), na bazie systemu SATIS - autorskiego rozwiązania SMT. System ten jest systemem rozproszonym w architekturze centralnej: platforma serwerowa, baza danych oraz oprogramowanie aplikacyjne jest zainstalowane w jednym miejscu - a mianowicie w Guterlsoh w Niemczech. W firmie C-Projekt działa jedna instancja systemu i jedna baza danych. Dane gromadzone w systemie są dostępne dla uprawnionych użytkowników systemu, z ich lokalizacji, poprzez przeglądarki internetowe. System obsługuje wszystkich klientów C-Projekt. Wśród klientów C-Projekt jest kilkunastu klientów, którzy korzystają z systemu z ponad 100 lokalizacji (każdy z nich oddzielnie). Jednocześnie firma C-Projekt wykorzystuje system na własne potrzeby do monitorowania własnej floty samochodowej. Być może z punktu widzenia biznesowego może się wydawać, że jest to kilka systemów przeznaczonych dla poszczególnych klientów, jednak z punktu widzenia technicznego (a tylko ta kwestia jest badana przy spełnianiu tego warunku podmiotowego) jest to jeden system rozproszony w architekturze centralnej działający w wielu (ponad 100) lokalizacjach.

Odnośnie zaś zarzutów podnoszonych przez Konsorcjum Nordisk i Ekotrade łącznie, wskazujemy, że w C-Projekt istnieje jedna instancja systemu (w Guterlsoh w Niemczech). Firma C-Projekt obsługuje wszystkich swoich klientów bezpośrednio, nie odsprzedaje im systemu do samodzielnego wykorzystania (nie ma zresztą takich uprawnień w zakresie praw autorskich). Nie istnieje instalacja systemu w innych krajach czy też w innych miastach. C-Projekt zakupił licencję systemu, która nie pozwala na jego instalację w innych lokalizacjach,

a zezwala jedynie na jedną instalację w siedzibie firmy. Co więcej - przestrzeganie przedmiotowego warunku licencji jest zabezpieczone technicznie wewnątrz systemu, dzięki czemu system pozwala tylko na instalację jednej instancji w jednej lokalizacji i dostęp do niej z różnych lokalizacji poprzez sieć Internet. Wszyscy klienci C-Projekt łączą się poprzez przeglądarki internetowe do tej jednej instancji systemu w Guterlsoh, system został w całości zbudowany, czyli zaprojektowany i oprogramowany, przez SMT Software na bazie systemu SATIS. System SATIS jest autorskim rozwiązaniem SMT, oferowanym przez SMT od wielu lat. Wystawiona referencja wyraźnie stanowi o kosztach usługi świadczonej w ramach jednej umowy z C-Projekt.

Ekotrade odwołuje się do informacji czysto marketingowych, dostępnych na stronach internetowych SMT. Publikacje te ze swojej natury przedstawiają informacje technologiczne w sposób uproszczony i ogólny, aby główny nacisk przekazu był w warstwie biznesowej: klient i jego profil, sektor gospodarki, skala projektu, itd. Wdrożenie systemu obejmowało poszczególnych klientów w pewnej sekwencji. Informacja marketingowa została opublikowana w momencie, kiedy klient rozpoczął wykorzystywanie systemu.

C-Projekt jest firmą, która świadczy tego rodzaju usługi dla swoich klientów. Projekt realizowany przez SMT dla C-Projekt polegał na zaprojektowaniu i oprogramowaniu systemu dla C-Projekt oraz wdrożeniu go dla wskazanych przez C-Projekt klientów. Przykładowi spośród tych klientów zostali wymienieni w treści referencji. W momencie zakończenia realizacji usługi dla C-Projekt system już obsługiwał wielu klientów, którzy byli wskazani przez C-Projekt. Wśród tych klientów byli tacy, którzy posiadali użytkowników w ponad 100 lokalizacjach. C-Projekt wykorzystuje również ten system do monitorowania własnej floty samochodowej.

Konsorcjum Impel wskazuje, że zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia 1 usługi spełniającej warunki określone w SIWZ, zaś Konsorcjum Impel wskazało aż 4 takie usługi. Tymczasem Odwołujący Ekotrade podniósł zarzuty tylko w stosunku do 1 z tych 4 usług. Zatem nawet gdyby uznać, że usługa świadczona na rzecz Komendy Portu Wojennego Gdynia nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu (czemu Konsorcjum Impel przeczy), to i tak pozostałe 3 usługi w pełni potwierdzają spełnianie przedmiotowego warunku podmiotowego przez Konsorcjum Impel. Zatem zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Niezależnie od powyższego Konsorcjum Impel wskazuje, że samo prowadzenie postępowania przez prokuraturę, wobec obowiązującej w Polsce zasadzie domniemania niewinności oraz faktu, że nawet nie wniesiono aktu oskarżenia (nie mówiąc już o choćby nieprawomocnym wyroku) w tej sprawie - w żadnym przypadku nie może potwierdzać nienależytego wykonania umowy przez Impel Security Polska Sp. z o.o. Impel Security Polska Sp. z o.o. realizuje przedmiotowy projekt należycie, co zostało potwierdzone odpowiednim dokumentem. Zaś odwołujący Konsorcjum

Nordisk nie przedstawił żadnego dokumentu na okoliczność przeciwną - tj. że przedmiotowa usługa nie jest realizowana należycie.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zarzut taki został przez Konsorcjum Nordisk wskazany w odwołaniu na stronie 2, w punkcie 5. Jednakże nie został w żaden sposób skonkretyzowany, w szczególności Konsorcjum Nordisk nie wskazało, o jakie informacje chodzi oraz na czym ma polegać ich „nieprawdziwość”. Stąd też zarzut ten powinien zostać pominięty, gdyż nie został on prawidłowo podniesiony. Jedyne miejsce w uzasadnieniu odwołania, w którym Konsorcjum Nordisk minimalnie rozwinęło ten zarzut, to strona 11 i 14. Przy czym z treści odwołania w żadnym stopniu nie można wywieść, które informacje miałyby być nieprawdziwe, na czym polega owa nieprawdziwość i w jakim stopniu złożenie tych informacji miałyby mieć wpływ na wynik postępowania. W szczególności nie zachodzi sprzeczność pomiędzy oświadczeniem o spełnianiu warunków a treścią załączonej referencji (jak wskazano powyżej). Stąd też zarzut powinien być oddalony, gdyż odwołanie w zakresie tego zarzutu nie zawiera informacji, które mogłyby być uznane za spełnienie minimum w zakresie treści odwołania. Wskazujemy ponownie na przepisy art. 180 ust. 3 Ustawy PZP oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) w § 4 ust. 1 pkt 6 i 8, które wymagają, aby odwołanie zawierało przedstawienie zarzutów, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Zarzuty winny obejmować przynajmniej wszystkie twierdzenia związane z daną sprawą. Tymczasem odwołujący nie wskazał nawet minimalnej treści zarzutu - tj. które informacje zawarte w ofercie miałyby być nieprawdziwe.

Konsorcjum Impel wskazuje, że wobec niewskazania, które informacje w ofercie miałyby być nieprawdziwe - także Konsorcjum Impel jako przystępujący, który pragnie aktywnie wskazywać na prawidłowość swojej oferty, nie może przedstawić żadnej argumentacji w tym zakresie, gdyż musiałoby domyślać się, które to informacje są rzekomo nieprawdziwe.

Z daleko idącej ostrożności procesowej Konsorcjum Impel wskazuje, że gdyby nawet uznać (czemu Konsorcjum Impel przeczy), że przedmiotowy zarzut został sformułowany prawidłowo, to i tak nie są spełnione ustawowe przesłanki zarzutu podania nieprawdziwych informacji. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 881/13: *„Jak wynika z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych*

informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością. W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle powoływanych wyżej przepisów, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić. Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie.”

Także sądy okręgowe w ramach kontroli wyroków KIO wskazywały, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że informacja jest nieprawdziwa i że ma wpływ na wynik postępowania oraz że konieczne jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji ze świadomymi intencjami (zamiar bezpośredni) wykonawców w tym zakresie i przyczynami powyższego - por. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt IV Ca 683/12 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 420/09.

Zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum Impel do uzupełnienia wykazu głównych usług.

Konsorcjum Nordisk, powołując się na treść rozdziału 6 ust. 2 s.i.w.z., zapomina o treści przepisu § 1 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), zgodnie z którym zamawiający może określić między innymi usługi, których dotyczy obowiązek wskazania w wykazie lub złożenie poświadczeń. Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania dokonał takiego określenia, stąd też wykaz przedstawiony przez Konsorcjum Impel jest zgodny z s.i.w.z. Z kolei obowiązek podania usług niewykonanych lub niewykonanych istnieje o tyle, o ile zamawiający - zgodnie z w/w przepisem rozporządzenia - zażąda wskazania w wykazie informacji o takich usługach. Wobec faktu, że takiego wymagania zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie postawił - zarzut jest bezpodstawny i powinien zostać oddalony.

Zarzut zaniechania wyłączenia się członka komisji przetargowej oraz powtórzenia czynności. Jak sam wskazał w odwołaniu odwołujący - Pan R..... J..... w dniu 4 lutego 2014 roku złożył oświadczenie w trybie art. 17 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP. Odwołujący

pominał jednak zasadniczą kwestię - otóż w dniu 4 lutego 2014 roku miało miejsce złożenie ofert, stąd też dopiero od tego dnia członkowie komisji przetargowej zamawiającego mogli powziąć wiadomości o wykonawcach ubiegających się o udzielenie zamówienia. Konsorcjum Impel nie posiada wiedzy, z którym z wykonawców Pan R..... J..... pozostawał w związkach, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP, jednakże do dnia złożenia ofert (do dnia wyłączenia się) komisja przetargowa podejmowała czynności związane ze zmianą treścią s.i.w.z. czy odpowiedzi na pytania. Czynności tych w sposób oczywisty powtórzyć na obecnym etapie postępowania nie można - stąd też żądanie odwołania w tym zakresie jest całkowicie bezprzedmiotowe i nie może w ogóle zostać uwzględnione przez Izbę, a to właśnie wobec niewykonalności żądania. Stąd też zarzut, ten powinien zostać oddalony.

Konsorcjum Impel pragnie wskazać, że Konsorcjum Nordisk popełniło błąd w Tabelach na stronie 2 pisma. Tabela 1 zawiera bowiem ceny ofert, zaś Tabela 2 - zawiera wysokość stawki za jedną osobodobę w ofertach odwołującego i przystępującego. Dalsze wywody zawarte w tym punkcie nic nie wnoszą w kontekście zarzutów odwołania. Odwołujący ogranicza się do truizmów. Otóż każdemu wykonawcy, który zapoznał się z s.i.w.z., wiadomo było, że poza wynagrodzeniem za realizację Etapu I zamawiający nie gwarantuje wysokości miesięcznego wynagrodzenia, gdyż kwota ta będzie po prostu w każdym miesiącu iloczynem osób skazanych oraz stawki za osobodobę podanej w ofercie. Sytuacja ta jest jednakowa dla wszystkich wykonawców, w tym także dla Konsorcjum Nordisk. Niemniej jednak cena każdej ze złożonych ofert została obliczona zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. i ta cena podlegała następnie ocenie - w kontekście art. 90 ust 1 Ustawy PZP oraz kryteriów oceny ofert dla ofert podlegających ocenie (nie podlegających odrzuceniu). Szerokie wywody odwołującego odnośnie braku gwarancji co do ilości osób, które będą objęte SDE, nie przekładają się na żadne wnioski ani dowody, które miałyby uzasadniać zarzuty odwołania.

Odwołujący wskazuje, że rzekomo odnosi się do ofert rynkowych (jak wskazuje subtytuł), jednakże wskazuje na ofertę tylko jednej firmy - tj. Solid Security. Zaskakujące jest dowodzenie odwołującego, że na podstawie oferty tylko jednej z firm ochroniarskich należy uznać, że tylko kalkulacje przedstawione przez tę firmę są prawidłowe i optymalne cenowo. Aby można było mówić o cenie rynkowej czy cenie średniej - to należałoby przedstawić oferty od kilku firm funkcjonujących na tym samym rynku. Tym samym odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich wywodów. Należy też wskazać, że jeśli firma Solid Security byłaby przekonana, że jej oferta jest konkurencyjna i korzystniejsza od innych ofert na rynku, to Solid Security powinna sama wziąć udział w postępowaniu i złożyć ofertę czy to samodzielnie, czy też w konsorcjum. Tymczasem tak się nie stało, można zatem wnioskować, że Solid Security złożyła ofertę do Nordisk bez wiary w wygraną, a tylko dla spełnienia prośby Nordisk. Takie oferty zwykle są zawyżone, a dowodem na to

jest fakt, że Nordisk wcale nie zawarło umowy konsorcjum z Solid Security, ale z inną firmą ochroniarską, tj. Konsalnet Security Solutions.

Konsorcjum Nordisk wskazuje, jaką ilość skazanych przyjęło do obliczenia ceny oferty oraz wyjaśnia, że „zapewniło odpowiednią liczbę pojazdów” czy „zapotrzebowanie załóg”. Wywody w tym zakresie są niezrozumiałe, gdyż z punktu widzenia zarzutów odwołania nie ma najmniejszego znaczenia, jak Konsorcjum Nordisk szacowało swoją cenę ofertową.

Ponadto Konsorcjum Nordisk w zupełnie niezrozumiały sposób (niezgodny z s.i.w.z.) założyło jako „liczbę bazową 7.500”. Nie wiadomo, co te dane mają udowodniać i czego ta liczba dotyczy. Wskazać bowiem należy, że zamawiający w s.i.w.z. podał pełne inne wartości dla liczby skazanych w poszczególnych okresach obowiązywania umowy. Co najwyżej przystępujący może stwierdzić, że jeżeli w oparciu o tę liczbę Konsorcjum Nordisk przyjęło planowane ilości czynności (a nie w oparciu o ilości podane przez zamawiającego), to wątpliwe zatem są wyliczenia ceny całej oferty Konsorcjum Nordisk.

Odwołujący podaje tylko dwóch producentów urządzeń, tj.: G4S PLC Anglia i 3M Izrael, wskazując, że „tylko dwóch producentów posiada zasoby i doświadczenie”. Twierdzenia te nie zostały przez odwołującego poparte żadnymi dowodami. Przystępujący twierdzi, że odwołujący nie wskazał żadnych dowodów na swoje twierdzenia z tego powodu, że nie polegają one na prawdzie. Przystępującemu znane są co najmniej dwie inne firmy, które są w stanie zrealizować tę część zamówienia, a mianowicie Serco i Satellite Tracking of People LLC. Nie można też wykluczyć, że istnieją także kolejni producenci, jak chociażby na prężnie rozwijających się rynkach azjatyckich. Na słuszność powyższych twierdzeń Konsorcjum Impel wskazuje zresztą sama treść pisma Konsorcjum Nordisk - otóż stronie 21 pisma odwołujący podaje już trzech dostawców, dodając do w/w firmę Serco - wskazując: „Obecnie na rynku jest trzech dostawców, oferujących kompleksowe rozwiązania, umożliwiające prawidłowe funkcjonowanie systemu”. Powyższe świadczy o braku rzetelnej wiedzy Konsorcjum Nordisk oraz o próbach manipulowania stanem faktycznym.

Odwołujący określił, że firmy te prowadzą bardzo restrykcyjną politykę w zakresie ofert, przy czym ani nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie, ani też nie podał chociażby na czym ta „restrykcyjna polityka” polega oraz jaki jest jej ewentualny wpływ na ceny ofert, w tym na cenę oferty Konsorcjum Impel. Konsorcjum Impel oświadcza niniejszym, że nie spotkało się w trakcie rozmów z potencjalnymi dostawcami z żadnymi restrykcjami czy ograniczeniami. Następnie odwołujący przedstawia możliwe scenariusze zapewnienia urządzeń w przedmiotowym postępowaniu, dodając jednocześnie, że są możliwe jeszcze inne - tym samym także w tym przypadku wywody nie stanowią logicznej całości, Odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów, że Konsorcjum Impel w taki, a nie inny sposób musiałoby obliczać cenę oferty. Podane przykładowe scenariusze zatem nie zasługują na analizę, gdyż nie jest wskazany ten scenariusz, który wybrało Konsorcjum

Impel. Dodatkowo należy wskazać, że wszystkie scenariusze są zgodne z s.i.w.z., zatem wybór któregośkolwiek nie stanowi naruszenia s.i.w.z. ani też nie stanowi o tym, że cena oferty Konsorcjum Impel jest rażąco niska.

Przystępujący podkreślił, że z dużą satysfakcją przyjął twierdzenia pisma, że EBS „*jest to wiodący producent sprzętu elektronicznego, zdolny do wyprodukowania w krótkim czasie (...) w pełni funkcjonalnych*” urządzeń. Takie uznanie ze strony konkurenta może świadczyć tylko o wysokim poziomie i konkurencyjności oferty Konsorcjum Impel. Pozostałe twierdzenia odnośnie firmy EBS Sp. z o.o. niestety nie polegają już na prawdzie, a odwołujący ograniczył się do pomówień, bez podania jakichkolwiek dowodów.

Przykładowo odwołujący bezpodstawnie podaje, że firmy G4S lub 3M rzekomo nie podjęłyby żadnych rozmów z EBS Sp. z o.o. Tymczasem stan faktyczny przedstawia się wręcz przeciwnie - otóż to właśnie firma EBS Sp. z o.o., jako przedstawiciel Konsorcjum Impel, prowadziła rozmowy z potencjalnymi dostawcami urządzeń, w tym także właśnie z G4S oraz z 3M. Zupełnie rozmijają się z prawdą także kolejne twierdzenia pisma w tym punkcie: Wskazanie, że nie było możliwe uprzednie przygotowanie urządzeń, gdyż rozpoczęcie prac nie było możliwe bez znajomości informacji z wewnątrz organizacji Zamawiającego oraz niemożliwe z powodu braku określenia wymagań wobec urządzeń - gdyby twierdzenia te były prawdziwe, to żaden dostawca nie byłby w stanie zaoferować urządzeń spełniających wymagania s.i.w.z., a tymczasem takich dostawców jest kilku, sam odwołujący wskazuje co najmniej 3. Brak środków finansowych na uruchomienie produkcji - odwołujący nie ma żadnej wiedzy odnośnie sytuacji finansowej EBS Sp. z o.o., nie powinien zatem pozwolić sobie na takie twierdzenia. Potwierdza to zresztą ograniczenie się do gołosłownych twierdzeń i brak przedstawienia dowodów. Brak możliwości zakupu 7.500 urządzeń - odwołujący nie przedstawił także tutaj dowodów, że nie jest to możliwe. Co więcej - pozwolił sobie tutaj na pomówienie, że żaden dostawca nie zgodzi się na takie rozwiązanie, gdyż wiąże się z tym „*możliwość skopiowania rozwiązań przez taką firmę jak EBS Sp. z o.o.*” Są to całkiem bezpodstawne twierdzenia, firma EBS szanuje i przestrzega praw własności intelektualnej innych firm. Stąd też te twierdzenia pisma powinny zostać pominięte, jako nieuzasadnione. Wątpliwości w zakresie zmiany urządzeń w trakcie realizacji umowy - po pierwsze żaden zapis s.i.w.z. nie zabrania zastosowania takiego rozwiązania, po drugie zaś - kwestia ta została jednoznacznie rozstrzygnięta przedłożoną przez zamawiającego opinią dr inż. Andrzeja Zalewskiego.

Dodatkowo - Konsorcjum Impel oświadcza, że usługa wskazywana w Wykazie usług - była świadczona wyłącznie na rzecz wskazanego w Wykazie usług podmiotu, tj. firmy CProjekt i była to usługa realizowana na podstawie jednej umowy ramowej. Wszelkie inne twierdzenia odwołującego są całkowicie bezpodstawne, nie potwierdzone żadnymi dowodami. Nie ulega wątpliwości, że to SMT Software Sp. z o.o. SKA, jako strona umowy z CProjekt, posiada

najlepszą wiedzę w tym zakresie. Wobec braku dowodów na bezpodstawne twierdzenia Konsorcjum Nordisk - odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Konsorcjum Impel wyjaśniło także, że usługa na rzecz CProjekt obejmowała również implementację (stworzenie kodu źródłowego) systemu będącego przedmiotem referencji, o czym bezpośrednio świadczy użyte w oryginale (anglojęzycznym) listu referencyjnego słowo „implemented”. Z kolei przez pojęcie „wdrożenie” systemu dla klientów CProjekt rozumiane są czynności zmierzające do skonfigurowania i sparametryzowania systemu na potrzeby poszczególnych użytkowników systemu, tj. w szczególności: konfiguracja użytkowników i ich praw dostępu, konfiguracja parametrów urządzeń monitorujących używanych przez klientów CProjekt, konfiguracja pojazdów monitorowanych przez klientów CProjekt w systemie informatycznym. Wszyscy klienci CProjekt korzystają z tej samej instancji systemu hostowanej w serwerowni CProjekt w Niemczech. Faktem jest, że firma CProjekt nie ukrywa przed swoimi klientami, że to SMT Software jest bezpośrednim wykonawcą systemu, a klienci firmy CProjekt ten fakt akceptują. Nie zmienia to faktu, że wyłącznym odbiorcą wykonanych przez SMT Software prac jest CProjekt, gdyż tylko z CProjekt łączy SMT Software umowa i tylko CProjekt płaci wynagrodzenie z tytułu realizacji usług.

Odwołujący przyjął jako podstawę wyliczeń błędne założenia odnośnie średniej długości kary. Otóż średnia długość kary określona przez Ministerstwo Sprawiedliwości wynosi 3,8 miesiąca, a nie 3,5 miesiąca. Taka zmiana skutkuje zwiększeniem kosztów i ma znaczny wpływ na kolejne wyliczenia. Tym samym podane przez Konsorcjum Nordisk kwoty jako minimalne - nie są prawidłowe, gdyż zawierają błąd rachunkowy.

Załącznik nr 1 do pisma Konsorcjum Nordisk przedstawia ilość poszczególnych zdarzeń, a nie przedstawia ilości wymaganych rzeczywistych wyjazdów. Ponadto liczba wyjazdów podana w załączniku nr 2 do pisma Konsorcjum Nordisk wyliczona, jak odwołujący wskazuje w piśmie, na bazie statystyk aktywności patroli terenowych związanych z obsługą obecnego kontraktu, może zawiera błędne dane. Wadliwość urządzeń generuje niepotrzebne wyjazdy grup, które zaliczane są do statystyk wyjazdów. Przyjęcie błędnych założeń na wstępie powoduje, że pozostałe obliczenia są nieprawdziwe.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że cena oferty Konsorcjum Impel w zakresie urządzeń jest rażąco niska. Konsorcjum Nordisk powołuje się co prawda na bliżej nieokreśloną „tajemnicę przedsiębiorstwa”, ale nie wiadomo - czy to treść tabeli na dole strony 21 jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, czy też do pisma dołączono jakąś „ofertę najtańszego dostawcy”. Pismo w tym zakresie jest zupełnie niezrozumiałe. Co więcej - w ogóle nie wiadomo skąd odwołujący wysnuł wniosek, że podane ceny są cenami „najtańszego dostawcy”, w szczególności odwołujący nie przedstawił dowodów, że jest w posiadaniu kilku ofert (co najmniej 3, skoro wskazuje akurat w tym miejscu na 3 dostawców)

oraz że do wyliczeń w piśmie użył kwot z oferty najtańszej. Zatem wywody w tym zakresie należy pominąć jako gołosłowne i nie poparte żadnymi dowodami. Co więcej - nawet sposób obliczenia ceny za urządzenia monitorujące wskazany w tabeli na stronie 21, nie jest jedynym możliwym sposobem obliczenia ceny, przy założeniu spełniania wszystkich wymagań s.i.w.z. Przystępujący sądzi, że podane w tabelach informacje pokazują jedynie, w jaki sposób obliczenia tej części ceny oferty przeprowadziło Konsorcjum Nordisk. Ponadto podkreślić należy, że Konsorcjum Nordisk nie podaje cen poszczególnych urządzeń, a więc należy założyć, że w kwotach ogólnych poszczególnych urządzeń ukryte są również elementy takie, jak: Bufory, Maintenance, Gwarancja, Logistyka dostaw.

Tymczasem w w/w obszarach, stosując odpowiednie metody zarządzania łańcuchem dostaw np. stosując Teorię ograniczeń, można uzyskać bardzo istotne oszczędności w kosztach nawet do 73%. Teoria Ograniczeń (TOC) jest metodą zarządzania nastawioną na osiąganie długotrwałych zysków poprzez odpowiednie zarządzanie istniejącymi w firmie ograniczeniami, tj. „wąskimi gardłami”, które występują w systemach zarządzania, procesach wytwarzania lub procesach dystrybucji.

EBS jako podmiot z wieloletnim doświadczeniem produkcyjnym posiada wszelkie kompetencje niezbędne dla realizacji nowych projektów przy minimalnych nakładach zapewniających skuteczność działań i zadowolenie końcowego odbiorcy.

Konsorcjum Impel stwierdza ponadto, że można zauważyć kilka ewidentnych przykładów błędów w tabeli ze stron 21 i 22: Założenie zapasu w ilości 12% - żaden zapis s.i.w.z. nie wymaga posiadania tak dużego zapasu. Co więcej specyfika rynku polskiego w połączeniu ze sposobem realizacji usługi wcale nie wymaga konieczności stosowania tak dużego zapasu. Co więcej - Konsorcjum Nordisk w minimalnym nawet stopniu nie uzasadniło, dlaczego akurat takie dane przyjmuje, z czego to wynika. Błędny wskaźnik średniej długości kary (3,5 miesiąca zamiast 3,8 miesiąca) wpływa na ilość opasek mocujących. Opaski te są jednorazowe, podlegają wymianie przy każdej zmianie skazanego - jednakże ze względu na przyjęcie zbyt krótkiego okresu średniej kary - ich ilość jest zbyt duża. Ponadto niezrozumiałe jest podanie w obliczeniach zapasu 12% także dla opasek skazanych. Sam element nie podlega naprawie, a wskaźnik awaryjności jest pomijalnie mały. Opaska jest jednorazowa i jest instalowana jednokrotnie na nodze skazanego. Czas jej pracy jest relatywnie krótki (średnio 3,8 miesiąca). Błędne wyliczenie długości gwarancji: Urządzenia monitorujące styczeń 2015 powinno być 3,66 lat, Urządzenia monitorujące styczeń 2016 powinno być 2,66 lat, Urządzenia monitorujące styczeń 2017 powinno być 1,66 lat, co skutkuje dalszym niezasadnym zawyżeniem tego elementu ceny oferty, brak w zestawieniu nadajników z funkcją lokalizacji GPS, które w ilości 100 szt. muszą być dostępne dla zamawiającego. Z kolei w tym zakresie wyliczenie jest zaniżone - wskazuje to jednak, że całość wyliczenia nie jest sporządzona prawidłowo (zgodnie z s.i.w.z.), ani rzetelnie.

Podana przez odwołującego kwota, jako kwota minimalna - nie jest bynajmniej wykazaną i popartą dowodami minimalną kwotą, jaką należy przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia. Konsorcjum Nordisk nie przedstawiło żadnych dowodów, z których wynikałoby, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za kwotę mniejszą o 1.363.195,31 (różnica między kwotą podaną przez odwołującego, a ceną oferty przystępującego). Jedynym dowodem, jaki przedstawiło Konsorcjum Nordisk jest oferta od firmy Solid Security. Przystępujący nie przeczy, że taka oferta została złożona, jednakże fakt złożenia jednostkowej oferty wcale nie oznacza, że nie jest możliwe wykonanie tej części zamówienia w kwotach niższych. W każdym razie - odwołujący nie udowodnił, że jest to cena rynkowa, średnia, obowiązująca na rynku. Przystępujący podkreśla ponadto, że Konsorcjum Nordisk nie przedstawiło żadnych dowodów odnośnie pozostałych, wskazanych przez siebie cen poszczególnych elementów zamówienia. Tym samym - wobec ciężaru dowodu, który w tym przypadku ciąży na odwołującym - odwołanie powinno zostać oddalone.

Dodatkowo Konsorcjum Impel wskazuje, że nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, że Konsorcjum Impel oparło się jedynie na „*głosłownych zapewnieniach i deklaracjach*”, iż uwzględniło w swojej wycenie wszystkie koszty. W treści wyjaśnień Impel wskazano wszystkie elementy mające wpływ na wysokość ceny oferty - co wykazano zresztą uprzednio w Załączniku Nr 1 do pisma z dnia 28 lutego 2014 roku, w którym Konsorcjum Impel wprost wskazało, w której pozycji wyjaśnień Impel zawarto wszystkie wskazywane przez odwołującego elementy niezbędne do objęcia ceną oferty.

Konsorcjum Impel przeczy, że skalkulował cenę swojej oferty w sposób nierynkowy i nierzeczywisty. Jak wykazano w wyjaśnieniach Impel - cena obejmuje wszystkie niezbędne składniki wynikające z s.i.w.z., a składniki te zostały wycenione po cenach rynkowych, z poszanowaniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Konsorcjum Impel wskazało w wyjaśnieniach Impel na zasady wyceniania projektów, udział w takich wycenach zespołów eksperckich czy korzystanie z dotychczasowego doświadczenia w celu wskazania zamawiającemu, w jaki sposób została obliczona cena oferty i że zostało to dokonano rzetelnie, przez odpowiednio wykwalifikowany i doświadczony zespół specjalistów. Taki sens tej części wyjaśnień Impel wyraźnie wynika z ich treści.

Konsorcjum Impel przeczy, że przedstawił tylko „*zagadnienia*”. Odwołujący - nie znając treści Wyjaśnień Impel - nie może posiadać wiedzy odnośnie tego, jakie elementy przedmiotu zamówienia i jak szczegółowo zostały przedstawione w złożonych wyjaśnieniach Impel. Konsorcjum Impel wskazuje, że wszystkie elementy składowe ceny zostały ujęte w cenie oferty, na co wprost wskazuje treść wyjaśnień Impel.

Konsorcjum Impel wyjaśnia, że szacując cenę oferty oparł się na treści s.i.w.z. (wraz ze zmianami) oraz wyjaśnieniach zamawiającego do s.i.w.z., w szczególności zaś - na danych dotyczących dotychczasowego funkcjonowania systemu SDE u zamawiającego. Konsorcjum

Impel wskazuje, że właśnie takie informacje i dane powinny być podstawą wyliczeń, gdyż tylko wtedy można mówić o porównywalności cen złożonych ofert oraz równym i konkurencyjnym traktowaniu wykonawców. Stąd też całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia odwołującego, że Konsorcjum Impel „również nie podał danych na podstawie, których tą ilość patroli byłby w stanie obliczyć”. W tym zakresie Konsorcjum Impel opierało się na informacjach przekazanych przez zamawiającego, stąd też nie było konieczności wskazywania źródła tych danych. Co więcej - Konsorcjum Impel uważa, że wszyscy wykonawcy zobowiązani byli do opierania się na tych właśnie danych - co jest oczywiste. Jeśli odwołujący Ekotrade oparł się na innych danych, to znaczy, że szacując swoją cenę oferty nie oparł się na wiążącej dla wszystkich wykonawców treści s.i.w.z. To mogło przyczynić się do tego że Ekotrade złożył rażąco wysoką ofertę. Jeśli zaś Konsorcjum Ekotrade miało dostęp do jakiś innych danych dotyczących funkcjonowania systemu SDE, do których dostępu nie mieli pozostali wykonawcy - to należy rozważyć, czy nie naruszyło to zasad postępowania i czy czasem złożenie oferty przez odwołującego Ekotrade nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum Impel bynajmniej nie ogranicza zamawiającego w zakresie ilości użytkowników Aplikacji Internetowej. Nie jest to w ogóle możliwe z punktu widzenia prawa, gdyż zamawiający nabywa całość majątkowych praw autorskich do Aplikacji Internetowej, a tym samym to wyłącznie zamawiający będzie podmiotem uprawnionym do decydowania, jaka ilość użytkowników będzie uprawniona do korzystania z Aplikacji Internetowej. Jak sam odwołujący wskazuje w piśmie zamawiający w pkt 6.5.25 OPZ wskazał, że technologicznie, w zakresie parametrów wydajnościowych, wykonawcy mają zapewnić możliwość obsługi systemu przez 10.000 użytkowników, przy jednoczesnym dostępie 2.500 użytkowników. Niezależnie od powyższego Konsorcjum Impel wskazuje, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP - jest zarzutem spóźnionym, a tym samym powinien zostać pozostawiony bez rozpoznania. Odwołujący zobowiązany jest w odwołaniu wskazać wszelkie zarzuty, w szczególności zaś okoliczności faktyczne i prawne, uzasadniające wniesienie odwołania (art. 180 ust. 3 Ustawy PZP w związku z § 4ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu). Tymczasem zarzut taki nie został podniesiony w odwołaniu, zaś odwołujący Ekotrade próbuje sanować ten brak odwołania w/w twierdzeniami. Odwołanie Ekotrade w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP ogranicza się do wskazania, że rzekoma sprzeczność wynika z niemożności zaoferowania rozwiązań zgodnych z s.i.w.z. po cenie oferty Konsorcjum Impel. Co więcej - Ekotrade nie wskazał w odwołaniu pkt 6.5.25 s.i.w.z. jako zapisu s.i.w.z., z którym sprzeczna miałyby być oferta Konsorcjum Impel. Stąd też na podstawie art. 192 ust. 7 Ustawy PZP Izba nie jest uprawniona do orzekania w zakresie przedmiotowego zarzutu. Konsorcjum Impel podało w wyjaśnieniach, jakie ilości urządzeń do

dozoru skazanych uwzględniło w cenie oferty - są to ilości wynikające z treści s.i.w.z. oraz wyjaśnień do s.i.w.z. W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów (ani nawet argumentacji, wyliczenia czy logicznego wywodu), dlaczego koszty dzierżawy lub zakupu urządzeń to „wartość ok. 70-80 mln zł”. Przy braku dowodów - twierdzenia Ekotrade są całkowicie bezpodstawne i powinny zostać pominięte. Równie dobrze można przyjąć, że przedmiotowe urządzenia w ofercie powinny kosztować 100 mln zł lub 30 mln zł. To odwołujący powinien przedstawić dowody na uzasadnienie swoich twierdzeń. Jest to bowiem pierwsze miejsce pisma procesowego, w którym odwołujący powołuje się na jakiegokolwiek kwoty, a jednocześnie - twierdzenia w tym zakresie nie są zupełnie niczym poparte. Podobna sytuacja zachodzi z wielkością rezerwy urządzeń, która została przez Ekotrade wskazana na poziomie 20% większej niż ilość skazanych. Także w tym przypadku nie wskazano - dlaczego akurat 20%, a nie 5% czy 60%. Podanie jakichkolwiek liczb zawsze powinno być poparte wyliczeniami, opartymi na dowodach. Odwołujący w zakresie organizacji pracy Ośrodka Głównego oraz Ekspozytury Nadrzędnej wskazuje, że *„Z wiedzy Odwołującego wynika, że dla obsługi ok. 5.000 skazanych należy (...) zatrudnić ok. 19 osób”*. Konsorcjum Impel wskazuje, że nie jest mu wiadomo, skąd Ekotrade posiada taką wiedzę, gdyż z pewnością nie wynika ona z treści s.i.w.z. Zamawiający w s.i.w.z. nie określił minimalnej ilości osób, które mają być zatrudnione w w/w biurach. Stąd też twierdzenia Ekotrade - wobec niepoparcia także tych twierdzeń żadnymi dowodami. Jednocześnie Konsorcjum Impel wskazuje, że koszty zatrudnienia odpowiednich ilości osób zostały ujęte w cenie oferty, co wykazano wyjaśnieniach Impel.

Konsorcjum Impel wskazuje, że nie polegają na prawdziwym twierdzeniu w zakresie braku możliwości zmiany w zakresie dostarczonego i wdrożonego rozwiązania. W zakresie tym wypowiedział się już sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przedkładając dodatkowo opinię opracowaną przez dr inż. A..... Z..... Korzystanie w trakcie realizacji umowy z różnych urządzeń jest zarówno zgodna z s.i.w.z. (żadne postanowienie s.i.w.z. tego nie zakazuje), jak i jest możliwa technicznie. Konsorcjum Impel wskazuje, że posiadanie przez EBS Sp. z o.o. oprogramowania do monitoringu osób w czasie rzeczywistym pokazuje, że firma posiada także doświadczenie i zasoby do tworzenia oprogramowania docelowego wspólnie z innymi członkami Konsorcjum Impel. Potwierdza to, że skład Konsorcjum Impel stanowi bardzo doświadczony i silny zespół do realizacji umowy, znacznie przekraczający wiedzę i doświadczenie wykonawcy Ekotrade jako firmy świadczącej tylko usługi ochrony osób i mienia. Niepodważalnym jest fakt, że Konsorcjum Impel posiadające w swoim składzie trzy firmy, które są właścicielami trzech różnych kodów źródłowych do oprogramowań monitoringowych stanowi znacznie lepsze zaplecze do stworzenia oprogramowania wymaganego przez zamawiającego, niż konsorcjum Ekotrade świadczące wyłącznie usługi ochrony osób i mienia. Posiadane doświadczenie

konsorcjantów oraz posiadane przez nich oprogramowania monitoringu, daje Konsorcjum Impel naturalną przewagę cenową nad Ekotrade, które nie mając podobnego zaplecza musi wydać dodatkowe pieniądze dla zapewnienia pełnej obsługi projektu, co skutkuje wyższą ceną w przedstawionej ofercie.

Odwołujący twierdzi, że nie można wykorzystywać oprogramowania podmiotu X z urządzeniami podmiotu Y. Nowoczesne urządzenia i systemy służące do monitoringu posiadają narzędziowe oprogramowanie komunikacyjne, które poprzez otwarty protokół może komunikować się z aplikacjami nadrzędnymi. Tak samo konsorcjum Impel zamierza zrealizować projekt w tym przypadku. Aplikacja zostanie przygotowana przez jednego z konsorcjantów, a serwer komunikacyjny będzie wykorzystany przez producenta urządzeń. Jako dowód funkcjonowania takich zasad można wskazać urządzenia firmy EBS, które EBS produkuje do monitoringu osób lub obiektów, a które są obsługiwane przez wiele różnych aplikacji nadrzędnych - i odwrotnie: aplikacja nadrzędna jest w stanie obsługiwać protokoły urządzeń wielu różnych producentów.

Odnosnie zatrudniania osób niepełnosprawnych (pkt III.5b pisma) Konsorcjum Impel wskazuje, że z faktu, że jeden z członków konsorcjum jest zakładem pracy chronionej wcale nie wynika obowiązek czy konieczność zatrudnienia przy realizacji umowy osób niepełnosprawnych. Z kolei z samego faktu posiadania statusu zakładu pracy chronionej wynikają konkretne korzyści, które zresztą zostały wskazane przez samego odwołującego - jak wskazano w sporządzonej przez dr A..... Z..... „Opinii w sprawie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w ofertach złożonych przez ubiegających się o zamówienie publiczne w postępowaniu BOF-II-3710-45/13” na stronie 9 *„oszczędności z tytułu niepłacenia składek PFRON przez cały okres realizacji umowy wynieść mogą 1 342 800 zł”*. Tym samym sam Odwołujący potwierdził, że uzasadnione jest wskazywanie na status zakładu pracy chronionej, gdyż przynosi to korzyści i oszczędności.

Odnosnie odpowiedzi w wyjaśnieniach Impel na pytania zamawiającego numer 5, 6, 7, 9 i 10 Konsorcjum Impel zwraca uwagę, że akurat te w/w pytania zamawiającego dotyczyły kwestii, czy wykonawca uwzględnił dane koszty - stąd też w odpowiedzi Konsorcjum Impel potwierdziło, że koszty ujęło. Co więcej - wystarczającą odpowiedzią byłoby „Tak, wykonawca uwzględnił ...”, jednakże Konsorcjum Impel za każdym razem szczegółowo wskazało, co i jak zostało ujęte w ofercie. Z kolei szczegółowe wyliczenia i kwoty - zawarte zostały konsekwentnie w załącznikach do wyjaśnień. Konsorcjum Impel wskazuje, że w pkt III wyjaśnień Impel (s. 13 i następne) wskazało wiele obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący odnosi się wyłącznie do kilku z nich, podczas gdy należy zanalizować wszystkie czynniki jako całość. Wobec faktu, że odwołujący nie posiada wiedzy, jakie czynniki zostały przez Konsorcjum Impel wskazane - wywody dotyczące tylko niektórych z nich należy pominąć, gdyż nie stanowi to całości argumentacji Konsorcjum

Impel. Wskazane w Wyjaśnieniach Impel uzyskane przez EBS dofinansowania, jakie otrzymał w ramach projektów unijnych, pokazują, że EBS zrealizował projekty informatyczne i techniczne, przez co zdobył doświadczenie i wiedzę, jaką może wykorzystać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wymienia jeden z dofinansowanych projektów (ryglowanie drzwi), pomija natomiast dofinansowany projekt monitorowania osób i mienia. Należy zaznaczyć, że obydwie dofinansowane projekty dotyczą oprogramowania monitoringowego.

Oferty powinny zostać sporządzone przez wszystkich wykonawców na podstawie s.i.w.z., wyjaśnień do s.i.w.z. oraz innych informacji przekazywanych przez zamawiającego. Tym samym nie można uznać, że oferta sporządzona na podstawie danych statystycznych dostępnych na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości jest wadliwa z samej tylko przyczyny oparcia się na tych danych. Co więcej - wszyscy wykonawcy powinni mieć równy dostęp do tych samych danych, gdyż tylko w takiej sytuacji możliwe jest prowadzenie postępowania z zachowaniem zasad określonych w art. 7 Ustawy PZP. Według najlepszej wiedzy Konsorcjum Impel zamawiający nie przekazywał wykonawcom w trakcie postępowania danych dotyczących okresu od połowy 2012r. do chwili obecnej (ani też dane te nie są powszechnie dostępne), stąd też trudno, aby wykonawcy takie dane uwzględniali w ofertach. Bezpodstawny jest zatem zarzut, że ofertę należało sporządzić wyłącznie w oparciu o dane dotyczące okresu od połowy 2012r. do chwili obecnej.

Jako dowód na nieprawidłowość oferty Konsorcjum Nordisk Odwołujący Ekotrade złożył dowód w postaci opracowania firmy Comp SA. Opracowanie to (jak sam Comp SA twierdzi w piśmie załączonym do pisma Ekotrade) zawiera „zestawienie danych aktualnie wykonywanej dla Ministerstwa Sprawiedliwości umowy na system dozoru elektronicznego”. Konsorcjum Impel wskazuje, że umowa realizowana obecnie przez Comp SA jest umową zawartą w ramach zamówienia publicznego z publicznym podmiotem, jakim jest Ministerstwo Sprawiedliwości, stąd też wszelkie informacje dotyczące jej realizacji są powszechnie dostępne - i jako takie nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum Impel uważa, że przedmiotowy załącznik nie zawiera jednak takich informacji, w szczególności nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa firmy Comp SA - stąd też powinien obecnie zostać udostępniony wszystkim wykonawcom, aby rozwiać wątpliwości odnośnie prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 Ustawy PZP. Odwołujący Ekotrade pragnie bowiem tylko stworzyć wrażenie, że jest w posiadaniu danych, które mają wpływ na treść ofert i bez dostępu do których nie jest możliwe złożenie prawidłowej oferty, jednak sytuacja taka nie zachodzi.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy - „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt. 5 jest wskazane, że Centralę Monitorowania obsługują pracownicy i funkcjonariusze Służby Więziennej. To ich zadaniem jest eksploatacja systemu informatycznego SDE, a co za tym

idzie - to oni dokonują obsługi zdarzeń alarmowych pochodzących od skazanych w systemie SDE, a po weryfikacji zdarzenia, które wymagają interwencji grup (np. w wyniku wadliwie działającego sprzętu stacjonarnego, opasek które uległy „przemoknięciu”) przekazywane są do obsługi do Biura Głównego, gdzie to już wykonawca realizuje swoje zadania. Zważywszy na powyższy fakt, jedynie zamawiający jest w posiadaniu prawdziwych danych.

Konsorcjum Impel wystąpiło o te dane statystyczne do zamawiającego i takie dane otrzymało. Na podstawie tych danych oraz s.i.w.z. z poprawkami została sporządzona oferta Konsorcjum Impel.

W odniesieniu do Opinii „w sprawie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w ofertach złożonych przez ubiegających się o zamówienie publiczne w postępowaniu BOF-II-3710-4513” sporządzonej przez Panią doktor nauk ekonomicznych A..... Z..... Konsorcjum Impel na wstępie chce wyjaśnić, że dane historyczne w żadnym przypadku nie są danymi nieaktualnymi. Każda bowiem informacją z automatu staje się daną historyczną, co w żaden sposób nie wpływa na jej aktualność. Ponadto nie zgadzamy się z twierdzeniem, że do metody parametrycznej są przyjmowane koszty historyczne, a nie mogą być przyjęte dane prognozowane. Np. przekazane przez zamawiającego statystyczne dane o ilości sygnałów w okresie od 01.01.2012 do 31.08.2013 z natury rzeczy, na dzień składania oferty przez Konsorcjum Impel były w tym dniu danymi historycznymi.

Konsorcjum Impel nie wskazało w wyjaśnieniach Impel metody kalkulacji kosztów jako czynnika wpływającego na oszczędność, czy na obniżenie ceny. Metody te zostały wskazane, aby wykazać zamawiającemu, jakimi metodami Konsorcjum Impel posłużyło się przy szacowaniu ceny oferty. W przedłożonej opinii nie przedstawiono żadnego argumentu, że cena oferty Konsorcjum Impel jest rażąco niska. Biegła przyjmuje fałszywą tezę, iż budżet zamawiającego przeznaczony na SDE jest jedyną słuszną wielkością i jedyną prawidłową. Po ponad 70% marży uzyskiwanej na kilometrówce przez obecnego wykonawcę (co wynika ze złożonych faktur) można wysnuć wniosek, iż także obecny koszt funkcjonowania SDE jest zawyżony. Wynika to z przedłożonych materiałów przez Ekotrade.

Nie są też prawdziwe twierdzenia (s. 9 opinii), że posiadanie własnego oprogramowania „nie uzasadnia różnicy ceny”, a co więcej - wskazują one na zupełną nieznaną przez sporządzającą opinię rynku informatycznego. Otóż posiadanie własnego oprogramowania, które można wykorzystać przy tworzeniu produktów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, jak najbardziej wpływa na wysokość ceny - gdyż taki wykonawca ponieść musi koszty w znacznie mniejszym wymiarze, niż inni wykonawcy, którzy muszą takie oprogramowanie napisać od podstaw (jeśli są firmą informatyczną) lub też zakupić odpowiednie licencje i/lub prawa autorskie na rynku. Jak najbardziej - wbrew twierdzeniom Pani Z..... - należy przypuszczać, że inni oferenci nie posiadają odpowiedniego doświadczenia. Z całą pewnością można wręcz stwierdzić, że ani Ekotrade, ani Elproma nie

posiadają własnego doświadczenia w tym zakresie, ani też nie posiadają własnego oprogramowania, które własnymi siłami są w stanie dostosować do wymagań zamawiającego. Jak zresztą wynika z dalszej treści opinii - odwołujący Ekotrade ma zamiar w tym zakresie korzystać z doświadczenia firmy COMP SA. Może i doświadczenie praktyczne firma Comp SA ma większe, niż Konsorcjum Impel, ale niewątpliwie i cena takiej usługi będzie kilkukrotnie wyższa, niż stworzenie produktu samodzielnie przez Konsorcjum Impel. Także Pani Z..... z dwóch wskazanych projektów, dofinansowanych w ramach pomocy publicznej, odnosi się tylko do „ryglowania drzwi”, ignorując fakt, że dofinansowany został także projekt dotyczący systemu monitoringu, w sposób bezpośredni powiązany z przedmiotem zamówienia.

Podsumowując - opinia Pani A..... Z..... nie wykazuje, że oferta Konsorcjum Impel zawiera rażąco niską cenę. Co więcej - opinia ta nawet nie stara się tego wykazać, a ogranicza się do oderwanych od siebie twierdzeń, nie popartych żadnymi dowodami.

Z przedłożonych faktur przez firmę Ekotrade wynika, że koszt kilometra w wynosi 0,84 zł. Z przedłożonej również przez Ekotrade Opinii Technicznej numer 418/03/2014 Polskiego Związku Motorowego koszt kilometra wynosi 0,4842 zł (koszt eksploatacji 7263,47 dzielone na roczny przebieg 180 000 km dzielone na 12 miesięcy w roku). Z powyższego wynika, iż Ekotrade w swojej kalkulacji przyjął o 73,47% wyższy koszt, niż wynika z opinii eksperta Polskiego Związku Motorowego. W ostatecznym rozrachunku marżę 73,47 % pokrywa Zamawiający.

Opinia Pana mgr. D..... B..... Już pierwsze zdanie wskazuje, że założenia opinii są błędne - „Opinia ma zawierać na podstawie dokumentacji w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia dalej zwaną SIWZ wyliczoną racjonalną cenę”. Wynika z tego, że jedynym dokumentem (dowodem), na jakim oparł się biegły jest s.i.w.z. Pan D..... B..... w żadnym miejscu nie opinii nie wskazuje skąd pozyskał dane, które stanowią podstawę wyliczenia, tj. skąd pozyskał ceny za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Nie przedstawiono żadnych dowodów na ceny urządzeń, sprzętu i oprogramowania, które są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Tak samo nie wskazano, jakie skąd zostały pozyskane dane odnośnie wynagrodzenia za usługi czy koszty osobowe. Przykładowo - na stronie 3 wskazano „cały blok kosztów w kwocie 421.375 złotych stanowią szkolenia” i nie poparto tego żadnym więcej stwierdzeniem - dlaczego akurat taka kwota, na jakiej podstawie została obliczona, jakie dowody wykazują te twierdzenia. Takie same przedstawienie dotyczy kwot za inne elementy zamówienia. Biegły stwierdził też (s. 4), że „dane statystyczne zbierane w sposób empiryczny pochodziły od zamawiającego (...). Dane te posiadają charakter poufny i przy ich kwestionowaniu mogą zostać ujawnione”. Stwierdzenie to samo w sobie jest błędne - żadne dane pochodzące od Zamawiającego (a dotyczące, jak należy rozumieć, funkcjonowania systemu SDE) nie mogą mieć charakteru poufnego, gdyż są to

informacje publiczne, do których dostęp jest powszechny. Na fakt ich publiczności i powszechności wskazuje okoliczność, że dane te (pochodzące od Zamawiającego) posiada właśnie biegły. Ponadto z opinii wynika że w celu udowodnienia prawidłowości ceny oferty na poziomie 275,9 miliona złotych brutto biegły przyjął dane, które są błędne lub brak jest podania przyczyn przyjęcia akurat takich danych: Przyjęta została liczba 19 osobowego zespołu operatorów. Nie jest podana informacja, na podstawie jakich szacunków została przyjęta ta liczba. Nigdzie w s.i.w.z. zamawiający nie określił liczby potrzebnych operatorów do obsługi 5.000 skazanych. Zastanawiające jest fakt, czemu do analizy brane jest tylko 5 000 skazanych, podczas gdy zamawiający podał konkretne liczby 7500,10 000,12 500,15 000. Zastanawiające jest dlaczego do analizy przyjęto, że pracownicy terenowi mają pracować w okresie 51,5 miesiąca. Zgodnie z s.i.w.z. wraz z załącznikami etap II realizacji etapu usługi eksploatacji i rozwoju SDE trwa 48 miesięcy, a realizacja etapu technicznego, czyli tworzenie SDE nie może trwać dłużej niż 6 miesięcy. Trudno się odnieść do przedstawionych kosztów, ponieważ analiza nie przedstawia szczegółowych założeń (kosztów jednostkowych), będących podstawą do przedłożonych wartości.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołujących się wykonawców uznać należało za bezzasadne. Izba w całości popiera stanowisko prezentowane przez zamawiającego, jak i konsorcjum Impel.

W zakresie dowodów złożonych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego:

1. Dowód zgłoszony przez odwołującego Ekotrade – wydruk ze strony internetowej SMT dot. wdrożenia dla Saudi Aramco – Izba oddaliła ten dowód uznając, iż dowód ten ma jedynie charakter informacji handlowej/promocyjnej, niepotwierdzający stawianych tez dowodowych. Wydruki ze stron internetowych nie stanowią dowodu w sprawie.
2. Dowody zgłoszone przez odwołującego Ekotrade, do pisma procesowego z dnia 28 marca 2014 roku, Izba oddaliła te dowody wskazując, iż są one bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto wydruki ze stron internetowych nie stanowią dowodu w sprawie.
3. Dowód zgłoszony przez odwołującego Ekotrade „Opinia nt. zmiany architektury (...)” opracowana przez dr inż. W..... B. D..... – Izba uznała jako stanowisko strony.
4. Dowód zgłoszony przez odwołującego konsorcjum Nordisk „Schemat ogólny (...)” – Izba uznała jako jedynie rysunek poglądowy – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
5. Pismo procesowe odwołującego konsorcjum Nordisk z opinią sporządzoną przez J..... C..... – Izba uznała za stanowisko odwołującego w sprawie.
6. Dowód zgłoszony przez zamawiającego w postaci „opinii” sporządzonej przez dr inż. A..... Z..... – Izba uznała za stanowisko zamawiającego w sprawie.

7. Dowód zgłoszony przez odwołującego konsorcjum Nordisk – wydruk z korespondencji e-mail, Izba oddaliła, gdyż informacje tam przedstawione nie wiadomo czego i w jakim zakresie dotyczą. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
8. Dowody zgłoszone przez odwołującego Elproma (z dnia 8.04.2014r.) – Izba oddaliła, gdyż stanowią one jedynie własną kalkulację wykonawcy, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
9. Dowód zgłoszony przez przystępującego konsorcjum Impel – wyciąg z podręcznika „Klasyka Informatyki” – Izba oddaliła, uznając, iż jest on bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
10. Dowód oświadczenie P..... K..... (27.3.2014 r. oraz 8.04.2014 r.), zgłoszony przez odwołującego konsorcjum Nordisk – Izba oddaliła – jako pozostający bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
11. Dowód zgłoszony przez przystępującego konsorcjum Impel „Wyniki finansowe firm (...)” – Izba oddaliła, jako pozostający bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
12. Dowód zgłoszony przez odwołującego Ekotrade – wydruk ze strony internetowej „Albatros” – Izba oddaliła jako pozostający bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wydruki ze stron internetowym nie mogą stanowić dowodu w sprawie.
13. Dowód zgłoszony przez przystępującego konsorcjum Impel w dniu 9.04.2014 r. (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) – Izba oddaliła, gdyż przedstawia ogólny schemat nie wiążący wykonawcy w postępowaniu, a jedynie założenia.
14. Dowód zgłoszony przez przystępującego konsorcjum Impel w dniu 9.04.2014 r. „Oświadczenie firmy CProjekt” – Izba dopuściła, uznając dowód za wiarygodny i miarodajny, potwierdzający niezasadność stawianych zarzutów.
15. Dowód zgłoszony przez odwołującego konsorcjum Nordisk „Wydruk internetowy ze strony Bisnode” – Izba oddaliła, gdyż dowód ten nie jest wiarygodny i przedstawia jedynie dane prognozowane nie oparte o dane faktyczne. Wydruki ze stron internetowym nie mogą stanowić dowodu w sprawie.
16. Dowód zgłoszony przez odwołującego Ekotrade z dnia 28 marca 2014 r. (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) – Izba oddaliła, gdyż dane tam przedstawione nie odnoszą się do cen przedstawionych w ofercie konsorcjum Impel, a jedynie odnoszą się do danych historycznych, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
17. Dowód zgłoszony przez odwołującego Ekotrade „Opinia” opracowana przez mgr D..... B..... – Izba uznała jako stanowisko strony.
18. Dowód zgłoszony przez odwołującego Ekotrade „Opinia w sprawie wyjaśnień (...)” opracowana przez dr n. ek. A..... Z..... – Izba uznała jako stanowisko strony.

19. Dowody zgłoszone przez odwołującego Ekotrade „Faktury za przejechane kilometry” oraz „Opinia PZM w celu ustalenia kosztów eksploatacji pojazdu” – Izba oddaliła, jako pozostające bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba postanowiła oddalić wszystkie wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołujących w odwołaniach, pismach procesowych i na rozprawie, w zakresie powołania dowodu z opinii biegłego uznając, iż dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki, a przy rozstrzygnięci zarzutów odwołań opinie byłyby nieprzydatne.

Ponadto Izba wskazuje, co następuje.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 8 ust. 1- 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, że przedmiot niniejszego zamówienia nie ma charakteru prostej technicznie dostawy czy usługi, gdyż obejmuje usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego, co z kolei implikuje konieczność wypracowania określonego schematu działania, który to schemat z kolei wymusza na wykonawcach opracowanie specyficznego i właściwego dla danego wykonawcy przyjęcia określonych modeli rozwiązań, który odpowiadać musi treści OPZ ustalonej przez zamawiającego. Tym samym Izba uznała, że informacje podane w treści wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Nordisk i konsorcjum Impel, jako charakterystyczne tylko dla danego przedsiębiorcy, stanowiące jego *know-how*, które *de facto* prowadziło do możliwości zaoferowania określonej wartości za realizację przedmiotu zamówienia. Rozwiązania przyjęte przez tych wykonawców charakteryzują określoną strategię firmy z rozłożeniem ciężaru ponoszonych obciążeń, które charakteryzują politykę firmy w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby ww. wykonawcy prawidłowo zastrzegli informacje podane w wyjaśnieniach dot. ceny oferty, a zamawiający prawidłowo podtrzymał decyzje tych wykonawców nie udostępniając (w określonym zakresie) podanych informacji uznając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe odtajnienie zastrzeżonych informacji, które to informacje pozwoliły na takie ukształtowanie ceny oferty w ujęciu specyficznych rozwiązań, które mogłyby być dostępne pozostałym wykonawcom, gdyż odtajnienie takie miało by znaczący wpływ na sytuację firmy (konsorcjum Nordisk i konsorcjum Impel) w przyszłych postępowaniach – ułatwiając konkurencji, a nawet wręcz przyjęcie rozwiązań tych wykonawców – w sporządzaniu własnych ofert, niwelując przewagę konkurencyjną tych wykonawców. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego pozyskanie. Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nadto wskazać należy, że żaden z odwołujących się wykonawców nie przedstawił żadnego dowodu, który wskazywałby na dostępność informacji zawartych

w wyjaśnieniach, z innych ogólnie dostępnych źródeł, które pozwoliłoby Izbie na uznanie, że zastrzeżenia te zostały poczynione niewłaściwie czy pochopnie. Dlatego też zarzut powyższy Izba uznała za bezzasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę za całkowicie niezasadny i nieudowodniony Izba uznała również zarzut odwołującego konsorcjum Nordisk dotyczą naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Pzp – odwołujący nie wykazał w jakim zakresie oferta konsorcjum Impel jest niezgodna z ustawą.

Za bezzasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 ustawy Pzp, gdyż odwołujący nie udowodnił, że osoba będąca członkiem komisji przetargowej wykonywała jakiegokolwiek czynności, które doprowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców czy uczciwej konkurencji. Wskazać należy, że zamawiający w sposób dostateczny udowodnił i wyjaśnił, że członek komisji w osobie p. R..... J..... nie brał udziału w pracach komisji przetargowej, tym samym nie mogła mieć wpływu na sytuację innych uczestników postępowania odwoławczego.

Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołującego Ekotrade dotyczące konsorcjum Nordisk w zakresie zaniechania wykluczenia tego wykonawcy wskazując, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczności podnoszone w odwołaniu, jedynie dowolnie interpretując treść złożonego wykazu i informacji w nim wskazanych. Uwaga odwołującego o toczącym się śledztwie prokuratorskim w odniesieniu do członka konsorcjum Nordisk – spółki Konsalnet Secure Solutions – w żaden sposób nie może świadczyć o nieprawidłowości wykonywanego zamówienia – odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że referencyjna usługa była nienależycie wykonana.

Analogicznie wskazać należy na bezzasadność zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawców konsorcjum Impel i konsorcjum Nordisk do uzupełnienia dokumentu wykazu wykonanych usług głównych. Wykonawcy ci, zgodnie z żądaniem zamawiającego przedstawili stosowny wykaz – a podnoszona przez odwołującego Ekotrade argumentacja, że nie zostały podane wszystkie usługi spełniające opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu – nie została poparta żadnym dowodem.

Izba za niezasadne uznała również zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W ocenie Izby oferty konsorcjum Impel i konsorcjum Nordisk zgodne są z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odwołujący nie udowodnili, że taka niezgodność występuje. Wskazać bowiem należy, że odwołujący stawiając zarzut dot. pkt 2 ust. 1 art. 89 ustawy Pzp, poruszali się jedynie na płaszczyźnie domysłów i hipotetycznych przypuszczeń, które miały znaleźć swoje odzwierciedlenie poprzez rzekomą zmianę architektury systemu, która niedopuszczalna była w myśl postanowień OPZ. Jednakże odwołujący, stawiając takie hipotezy zdaje się celowo zapominali, że aby zmienić architekturę systemu należy ją na wstępie zaprojektować.

Odwołujący nie udowodnili ani nie zaprzeczyli, że odpowiednie zaprojektowanie architektury systemu przewidujące wprowadzenie określonych rozwiązań na etapie realizacji zamówienia będzie stanowić taką zmianę. Wręcz przeciwnie. Odwołujący Ekotrade powołując się na załączoną do akt postępowania opinię p. W..... D..... stwierdził, że „ewentualna współpraca z więcej niż jednym rodzajem urządzeń musi być przewidziana i opisana w szczegółach już na etapie projektowania systemu.” Powyższe oznacza, że nawet jeżeli konsorcjum Impel, przewidziało zmianę urządzeń w trakcie trwania projektu, to zmiana taka będzie możliwa, jeżeli projektowany system (jego architektura) taką okoliczność (szczegółowo opisaną) będzie przewidywała. Zwrócić należy uwagę, że na obecnym etapie postępowania takiego projektu nie ma, gdyż dopiero po podpisaniu umowy wykonawcy mają obowiązek taki system szczegółowo zaprojektować i przedstawić do akceptacji zamawiającemu. W związku z powyższym zarzut dot. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp również całkowicie nie znajduje swojego racjonalnego uzasadnienia.

Izba za niezasadne uznała zarzuty odwołujących w zakresie uznania, iż oferta konsorcjum Impel i konsorcjum Nordisk oraz wykonawcy Ekotrade zawiera rażąco niską cenę oraz, że wyjaśnienia konsorcjum Impel i konsorcjum Nordisk są niewystarczające i nie potwierdzają prawidłowości skalkulowania cen ofertowych.

Jak już to wcześniej zostało wskazane, argumentacja odwołujących opiera się wyłącznie o kalkulacje własne, tj. kalkulacje i sposób realizacji zamówienia jaki przyjęli odwołujący kalkulując własne oferty przetargowe. Żaden z odwołujących nie przedstawił kalkulacji jakie mogli przyjąć wykonawcy konsorcjum Impel i konsorcjum Nordisk oraz wykonawca Ekotrade i nie przedstawili żadnego dowodu co do możliwości przyjętych rozwiązań, które to rozwiązania uniemożliwiają realizację kontraktu za ceny podane w ofertach. A taka kalkulacja i argumentacja możliwa byłaby do zaprezentowania, nawet przy zastrzeżeniu tajemnicą przedsiębiorstwa składanych wyjaśnień, co potwierdzają wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 1429/13 oraz KIO 2049/13, w których w podobnej sytuacji zastrzeżenia informacji znajdujących się w wyjaśnieniach firm, odwołujący udowodnili (własnymi wyliczeniami i dowodami), że schemat oferowanego rozwiązania uniemożliwiał złożenie ofert z cenami w nich podanymi – potwierdził się zarzut rażąco niskiej ceny. Izba wskazuje, że każdy wykonawca, który zamierza wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi przeanalizować jego zakres, własne możliwości i doświadczenie oraz musi rozeznąć sytuację na rynku, która pozwoliłaby mu na uzyskanie danego zamówienia. I taką właśnie kalkulację, z całą pewnością poczyniły konsorcjum Impel i konsorcjum Nordisk oraz wykonawca Ekotrade. Każdy z tych wykonawców, w sposób indywidualny i charakterystyczny dla siebie przyjął założenia, rozeznął rynek, stworzył odpowiednie konsorcja, czy też przewidział realizację przy udziale różnych podwykonawców, aby w sposób maksymalnie konkurencyjny złożyć ofertę w przetargu i wygrać przedmiotowe

postępowanie. Od udziału różnych podmiotów (czy to wchodzących w skład konsorcjum, czy uczestniczących w roli podwykonawców), możliwa była do ustalenia określona strategia firmy i co najważniejsze możliwy był do ustalenia poziom ceny, gwarantując jednocześnie zakładany zysk, gdyż każdy z podmiotów uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu jest firmą – podmiotem gospodarczym, którego działalność ukierunkowana jest na osiągnięcie godziwego zysku. Pojęcie godziwego zysku, dla każdego z przedsiębiorców jest rozumiany w sposób różny i uzależniony jest od przyjętej dynamiki rozwoju przedsiębiorstwa, jego sytuacji na rynku, przyjętych rozwiązań i celów. Przyjęcie formy uczestnictwa w postępowaniu przetargowym w kształcie konsorcjum, przy wielości elementów składających się na realizację przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby ułatwia skalkulowanie ceny ofertowej maksymalnie nisko, gdyż to poniekąd każdy z konsorcjantów uzyskuje kontrakt, a nie jest jedynie poddostawcą elementów zamówienia. Poddostawcy bowiem jest obojętne, kto i w jaki sposób skalkuluje cenę ofertową, gdyż ważny dla niego jest jedynie zbyć określonego towaru czy usług, po cenach czy to katalogowych, czy wynegocjowanych indywidualnie z danym odbiorcą (wykonawcą). Dlatego też biorąc pod uwagę powyższe rozważania stwierdzić należało, że w zależności od składu osobowego wykonawcy i jego formy uczestnictwa w postępowaniu, w dużej mierze uzależniony jest kształt oferty z decydującym oznaczeniem ceny ofertowej. Zarówno konsorcjum Impel jak i konsorcjum Nordisk przyjmując określoną formę uczestnictwa w przetargu mogły w sposób znaczny ograniczyć koszty związane z realizacją zamówienia, co dało swój wyraz poprzez zaoferowanie określonych cen ofertowych. Zamawiający zaś oceniając oferty tych wykonawców, przy uwzględnieniu realiów dotychczas realizowanego zamówienia miał pełne podstawy do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia w sposób w jaki to uczynił, przewidując, że prowadzone przedmiotowe zamówienie może zbliżyć się wartościowo, do granicy jaką ustalił zważywszy na okoliczność zwiększenia ilości skazanych, o czym informował wykonawców na etapie ogłoszenia i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy biorąc pod uwagę wszystkie informacje przekazane przez zamawiającego, ustalając kształt formy osobowej w postępowaniu skalkulowali swoje oferty w sposób prawidłowy. Wyrazem prawidłowości poczynionych kalkulacji są bowiem wyjaśnienia udzielone na wezwanie zamawiającego w trybie przepisu art. 90 ustawy Pzp. Zarówno wyjaśnienia konsorcjum Impel jak i konsorcjum Nordisk były przedstawione w takim stopniu szczegółowości, wraz z przytoczeniem odpowiednich dowodów (jeżeli takie były konieczne i możliwe), iż bez żadnej wątpliwości możliwym było do ustalenia, że ceny ofert nie są cenami rażąco niskimi. Wyjaśnienia zawierały bowiem konkretne ustalenia stanu faktycznego, przyporządkowanie do tego stanu określonych czynności, przy użyciu odpowiedniego sprzętu i potencjału osobowego wraz z podaniem konkretnych wyliczeń i kwot z uwzględnieniem obiektywnych czynników w szczególności oszczędności metody

wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, oryginalności projektu oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (odpowiednio dla każdego z wykonawców). Dlatego też Izba stwierdziła, że zarzuty odwołujących dotyczące rażąco niskiej ceny konsorcjum Impel jak i konsorcjum Nordisk oraz oceny złożonych w trybie przepisu art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień konsorcjum Impel jak i konsorcjum Nordisk są niezasadne. Za niezasadne Izba uznała również zarzuty odwołującego Elproma w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy Ekotrade oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, uznając, iż skoro możliwym do zaoferowania była cena za wykonanie całego zamówienia oferowana przez konsorcjum Impel jak i konsorcjum Nordisk, to tym samym cena zaproponowana przez wykonawcę Ekotrade nie może nosić znamion ceny rażąco niskiej (co pośrednio zostało dowiedzione w trakcie części rozprawy, w której jawność została wyłączona).

Biorąc powyższe pod uwagę, konsekwencją ww. wyводу jest uznanie za niezasadny zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Impel i konsorcjum Nordisk oraz wykonawcy Ekotrade z uwagi na okoliczność, iż złożenie ofert przez tych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jak ustaliła Izba, ceny zaproponowane przez 3 ww. wykonawców nie noszą znamion cen rażąco niskich dlatego też oferty tych wykonawców nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji, a stanowią jedynie wyraz zdrowej i usankcjonowanej przepisami walki konkurentów o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu (referencje) konsorcjum Impel – Izba uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że żaden z odwołujących nie przedstawił wiarygodnego dowodu, który mógłby stanowić podstawę za uznanie zarzutu za zasadny, opierając się jedynie o własną interpretację informacji zawartych w przedłożonych przez konsorcjum Impel referencjach, przedstawiając jedynie informacje, które w sposób pośredni ale jedynie poprzez odpowiednią interpretację miały świadczyć o słuszności zarzutu, czy też wydruki z Internetu. Jeżeli chodzi o te ostatnie to za sądem okręgowym w Białymstoku podnieść należy, że „informacje zamieszczone na stronach internetowych nie mogą stanowić jakiegokolwiek źródła odniesienia przy ocenie oferty, albowiem decydujące znaczenie mają oświadczenia wykonawców zawarte w treści skonkretyzowanej oferty przeanalizowane pod kątem treści s.i.w.z. Informacje zawarte w ulotkach, na stronach internetowych i innych publikacjach reklamowych nie mogą być dowodem w sprawie, gdyż nie mają mocy wiążącej.” (wyrok z dnia 7.10.2009 r., sygn. akt II Ca 718/09). Również fakt nie umieszczenia w raportach rocznych informacji o zawarciu umowy czy realizacji zadania nie może świadczyć o braku wykonania takiej referencyjnej usługi. Decydującą w powyższym zakresie jest treść referencji oraz wyjaśnienia złożone na rozprawie, z których w sposób

bezsprzeczny wynika charakter, wartość i zakres wykonanej referencyjnej usługi. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do wykluczenia konsorcjum Impel z przedmiotowego postępowania, ani też nie znalazła podstaw do wzywania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła również podstaw (w wyniku braku dowodów po stronie odwołujących), do stwierdzenia za zasadny zarzutu złożenia przez konsorcjum Impel nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

W konsekwencji Izba za niezasadne uznała zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....