

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 31 marca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie:** **Grzegorz Matejczuk**

**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant:** **Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 31 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2015 r. przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna nr 13 lok. 1, 65-410 Zielona Góra**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Medenit S.A., ul. Hlonda 10/103, 01-748 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1) odrzuca odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna nr 13 lok. 1, 65-410 Zielona Góra** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna nr 13 lok. 1, 65-410 Zielona Góra** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna nr**

13 lok. 1, 65-410 Zielona Góra na rzecz zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

I. Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę „Zakup drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z 45-miesięcznym serwisem” (znak sprawy: TZ /271/21/14), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą”, „ustawą Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 kwietnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 084-146405.

II. Wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze - odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

III. Zarzuty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 uwzględniającego odwołanie wniesione przez Galaxy w całości, co stanowi naruszenie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp oraz naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Medenit S.A. z siedzibą w Warszawie (dawniej: Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), dalej: „Medenit”, mimo że nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia,  
ewentualnie  
art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Medenit do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a w przypadku ich nieuzupełnienia lub uzupełnienia dokumentu nieprawidłowego - wykluczenia Medenit z postępowania;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców Medenit i Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej: „Decsoft”, pomimo że złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przez nie wskazanie przynależności do tej samej grupy

kapitałowej;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Medenit, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie, że oferta złożona przez Medenit nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Medenit;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Arcus S.A. pomimo istnienia przesłanek do uznania, że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: „uznk” oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, dalej: „uokk” przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Arcus, Medenit i Decsoft, pomimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 8) art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, przez zaniechanie odtajnienia treści odpowiedzi Medenit na wezwanie zamawiającego z dnia 8 października 2014 r. i odpowiedzi Decsoft na wezwanie zamawiającego z dnia 8 października 2014 r. i z dnia 2 stycznia 2015 r., mimo że informacje w nich zawarte nie spełniają przesłanek pozwalających na zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk;
- 9) art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu opinii C. B. z Instytutu Prawa Konkurencji oraz M. T. z Kancelarii Adwokackiej Prawa Konkurencji, na podstawie, których zamawiający dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Medenit i Decsoft, ewentualnie, jeśli ww. opinie nie stanowią załączników do protokołu - również naruszenie zasad sporządzania protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 10) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

IV. Żądania. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykonania wyroku KIO z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 przez:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Medenit;
- 4) ewentualnie: w przypadku nie podzielenia argumentacji dotyczącej zaniechania wykluczenia Medenit z postępowania w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, wezwanie Medenit do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a w przypadku ich niezuzupełnienia, wykluczenie Medenit z postępowania oraz odrzucenie jego oferty;
- 5) wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Decsoft;
- 6) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Medenit;
- 7) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Decsoft;
- 8) odrzucenie oferty wykonawcy Arcus również z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 9) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 10) odtajnienie dokumentów złożonych przez Medenit w dniu 9 października 2014 r.
- 11) odtajnienie dokumentów złożonych przez Decsoft w dniu 9 października 2014 r. i 8 stycznia 2015 r.;
- 12) udostępnienie odwołującemu opinii C. B. z Instytutu Prawa Konkurencji oraz M. T. .

V. Zachowanie terminu i wymogów formalnych. 1. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął w dniu 5 marca 2015 r. - w tym dniu odwołujący otrzymał *via mail*, *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej*, z którego wynika, że za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Medenit. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 16 marca 2015 r. jest odwołaniem wniesionym w terminie ustawowym, tj. zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 115 kodeksu cywilnego. 2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. Interes i szkoda. 1. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. 2. Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 i orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3384/14 oferta odwołującego nie może być odrzucona, musi być uznana za najkorzystniejszą i w efekcie, zamawiający winien podpisać umowę o zamówienie publiczne z odwołującym. W wyniku zaniechania przez zamawiającego wykonania wyroku uwzględniającego odwołanie wniesione przez Galaxy w całości naruszone zostały ww.

przepisy ustawy, w związku z czym, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. 3. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego: a) wykonawcy Medenit i Decsoft zostaliby wykluczeni z postępowania, b) oferty złożone przez Medenit i Decsoft zostałyby odrzucone, c) oferta Arcus zostałaby odrzucona również na podstawie innych przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu z dnia 25 sierpnia 2014 r. uwzględnionym w całości ww. wyrokiem Izby, d) oferta odwołującego podlegałaby ocenie i zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. 4. Zamawiający naruszył interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym, odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, że w ten sposób odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

#### Uzasadnienie odwołania.

I. Stan faktyczny. 1. Odwołujący w dniu 25 sierpnia 2014 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań podjętych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, stawiając zarzut naruszenia m.in.: a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ; b) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Teneo Systems sp. z o.o. - obecnie Medenit - do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Medenit z postępowania; c) art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców Medenit i Decsoft, pomimo że złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania przez nie wskazanie przynależności do tej samej grupy kapitałowej; d) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Arcus i Medenit, pomimo że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; e) art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie, że oferty złożone przez Arcus oraz Medenit nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Arcus i Medenit; f) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: „uznk” oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, dalej: „uokk” przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Arcus, Medenit oraz Decsoft, pomimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na złożeniu oferty w porozumieniu (wskazani wykonawcy uzgodnili warunki składanych ofert w szczególności w zakresie ceny), co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz

narusza interes odwołującego, a także innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i zamawiającego; g) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. 2. W związku z ww. zarzutami, Galaxy wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu m.in.: a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; b) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; c) wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Medenit; w przypadku nie podzielenia argumentacji dotyczącej zaniechania wykluczenia Medenit z postępowania, wezwania Medenit do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a w przypadku ich nieuzupełnienia wykluczenia Medenit z postępowania oraz odrzucenia jego oferty; d) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Arcus, Medenit, Decsoft; e) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. 3. Wyrokiem z dnia 4 września 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza, KIO 1748/14 (sygnatura akt dotyczy odwołania Medenit), KIO 1752/14 (sygnatura akt dotyczy odwołania Galaxy) uwzględniła odwołania w całości. Sentencja wyroku Izby została skonstruowana w sposób następujący:

*„1. Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu:*

*1A. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,*

*1B. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie (01-271), przy ul. Kolejowej 5/7,*

*1C. wezwanie wykonawców Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-271), przy ul. Kolejowej 5/7 i Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-972), przy ul. Hlonda 10/103 do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.*

*2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa (...).”*

4. W związku z brakiem uwzględnienia w sentencji ww. wyroku wszystkich żądań zgłoszonych w odwołaniu z dnia 25 sierpnia 2014 r., Galaxy zwrócił się do Krajowej Izby Odwoławczej z wnioskiem o uzupełnienie wyroku. Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 21 października 2014 r. odmówiła uzupełnienia wyroku. 5. Galaxy wniósł skargę na wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r. KIO 1752/14, KIO 1748/14. 6. Postanowieniem z dnia 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14) Sąd Okręgowy w Warszawie odrzucił skargę Galaxy z uwagi na fakt, że została wniesiona od wyroku

korzystnego dla Galaxy: a) zgodnie z treścią uzasadnienia postanowienia z dnia 10 grudnia 2014 r. *„w okolicznościach sprawy, możliwe są dwa rozwiązania - pierwsze, że wyrok jest niekompletny, jednak zdaniem S.O. w Warszawie przyjęciu takiej koncepcji przeczy stanowisko samej Izby wyrażone poprzez oddalenie wniosku o uzupełnienie wyroku”* - drugie, że odwołanie zostało uwzględnione w całości, tzn. wszystkie zarzuty i wszystkie żądania podniesione w odwołaniu Galaxy zostały uznane za słuszne. b) S.O. w Warszawie stwierdził, że w *„(...) w niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza wydała jeden wyrok i z literalnego brzmienia tego wyroku wynika, że to odwołanie (odwołanie wniesione przez Galaxy - przyp. autora), obejmujące konkretne zastrzeżenia i wnioski uwzględniła w całości”*, c) S.O. w Warszawie wskazał, że *„warunkiem zaskarżalności orzeczenia jest interes skarżącego w takim zaskarżeniu, zachodzący w przypadku tzw. „gravamen” (...) Oznacza to, że środek zaskarżenia jest dopuszczalny w zasadzie tylko od orzeczenia niekorzystnego.”* Odrzucając skargę, S.O. w Warszawie odmówił *gravamen* (interesu prawnego) Galaxy w zaskarżeniu orzeczenia wydanego przez Izbę. Odwołanie wniesione przez Galaxy zostało w całości uwzględnione, a zatem wobec uwzględnienia żądania i wydania przez KIO wyroku zgodnego z odwołaniem (podzielającego wszystkie zarzuty podniesione przez Wykonawcę) przyjąć należy, iż orzeczenie Izby jest dla Galaxy *„korzystne i zgodne z jego wnioskami”*.

7. W dniu 5 marca 2015 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 sierpnia 2014 r. oraz dokonaniu ponownego wyboru, zgodnie z którym za najkorzystniejszą uznał ofertę Medenit, natomiast ofertę Galaxy uznał za niezgodną z treścią SIWZ i podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - *„oferta odrzucona w dniu 14 sierpnia 2014 r.”* a. Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że zamawiający zaniechał wykonania wszystkich czynności wynikających z odwołania z 25 sierpnia 2014 r. - do wykonania tych czynności zobowiązany w związku z uwzględnieniem odwołania *w całości* przez Izbę, tj.: • powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Galaxy, • wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Medenit oraz Decsoft, • odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Medenit i Decsoft, jak również Arcus - zamawiający nie uwzględnił wszystkich podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy wskazanych w odwołaniu (czyn nieuczciwej konkurencji), • dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

b. Stanowisko Sądu Okręgowego wyrażone w uzasadnieniu ww. postanowienia w przedmiocie odrzucenia skargi nie budzi wątpliwości - Sąd uznał, że wyrokiem z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w całości wszystkie żądania (i zarzuty) podniesione przez Galaxy w odwołaniu z 25 sierpnia 2014 r. Zaniechanie wykonania wyroku Izby stanowi rażące naruszenie prawa i interesu Galaxy, dla którego przedmiotowe orzeczenie jest korzystne.



II. Bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego. 1. W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazano, że oferta złożona przez odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż w ocenie zamawiającego jej treść nie odpowiada treści SIWZ. a. Zamawiający wskazał, że w SIWZ (Formularz ofertowy) wymagał od wykonawców wskazania producenta, modelu, typu i wersji zaoferowanych urządzeń. Pismem z dnia 31 lipca 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowane w jego ofercie urządzenia wielofunkcyjne: M3 (Xerox Workcentre 5901, V K) oraz M4 (Xerox Workcentre 7200, V T) wskazują jednoznacznie na typ i model urządzeń. b. Odwołujący w swoim piśmie z dnia 1 sierpnia 2014 r. poinformował, że w jego ofercie dane oferowanych urządzeń M3 i M4 zostały podane prawidłowo. Jednak zdaniem zamawiającego, nie wskazują one wymaganego w SIWZ modelu i typu, w związku z czym, nie wiadomo jakie urządzenia zostały zaoferowane. c. Zamawiający, wskazał również, że wymagał wypełnienia w Formularzu Cenowym nazwy zaoferowanego oprogramowania oraz ilości zgodnie ze sposobem licencjonowania. Odwołujący w swojej ofercie nie wypełnił wymaganej pozycji. Zamawiający wskazał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada SIWZ, decyzja o odrzuceniu oferty podjęta została w dniu 14 sierpnia 2014 r., a jej zasadność została potwierdzona wyrokiem KIO z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14. 2. Galaxy wskazuje, że zgodnie z sentencją ww. wyroku Izba uwzględniła odwołanie Galaxy, unieważniła dokonany wybór oferty i nakazała powtórne badanie i ocenę ofert. Skoro nakazany było powtórne badanie i ocena ofert, to choćby z tego względu zamawiający nie może powoływać się skutecznie na czynności z sierpnia 2014 r. - czynności te musiały być powtórzone zgodnie z orzeczeniem KIO. 3. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie, że zasadność odrzucenia oferty Galaxy została potwierdzona wyrokiem Izby. Wskazanie przez zamawiającego w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, że oferta odwołującego jest „*ofertą odrzuconą w dniu 14.08.2014 r.*” (tj. z datą pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, od której to czynności Galaxy wniósł odwołanie, i która została unieważniona przez zamawiającego 5 marca 2015 r.) stanowi potwierdzenie, że zamawiający nie dokonał czynności powtórzonego badania i oceny ofert zgodnie z sentencją wyroku, na który się powołuje, a którym Izba uwzględniła odwołanie. 4. Uwzględniając odwołanie KIO podzieliła argumentację Galaxy, tj.: a) odwołujący w złożonej ofercie podał wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje dotyczące urządzeń, w tym producenta, model, typ i wersję zaoferowanych urządzeń M3 i M4. Okoliczność ta znalazła potwierdzenie w wyjaśnieniach złożonych przez odwołującego w dniu 14 sierpnia 2014 r. Podane w ofercie informacje jednoznacznie identyfikują zaoferowane produkty, co umożliwia zamawiającemu weryfikację ich zgodności z SIWZ; b) ponadto zamawiający w postępowaniu

przewidział możliwość wezwania wykonawców do dostarczenia zaoferowanych urządzeń do testów mających na celu sprawdzenie spełniania wymagań technicznych z czego nie skorzystał, a co w niniejszej sprawie umożliwiłoby zamawiającemu rozwianie wszelkich wątpliwości; c) dodatkowo, w toku postępowania w sprawie KIO 1748/14, KIO 1752/14 zostało przedłożone oświadczenie producenta oferowanego sprzętu - Xerox Polska sp. z o.o. - potwierdzające prawidłowość podanych w ofercie Galaxy oznaczeń; d) zamawiający nie wymagał podania w Formularzu cenowym nazwy zaoferowanego oprogramowania oraz ilości zgodnie ze sposobem licencjonowania. W treści formularza zawarł bowiem następującą informację dotyczącą tej pozycji: „\* \* Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia nazwy oprogramowania oraz ilości zgodnie ze sposobem licencjonowania. W przypadku, gdy cena oprogramowania wliczona jest w cenę urządzeń Wykonawca nie wypełnia tej pozycji”; e) w związku z tym, że w ofercie odwołującego cena oprogramowania wliczona jest w cenę urządzeń nie był on zobligowany do wypełnienia „tej pozycji”, tj. pozycji 8 pierwszej tabeli formularza. Pouczenie odnosi się zatem do całej pozycji tabeli, a nie do jej poszczególnych kolumn. Co więcej, pouczenie oznaczone „\*\* ” znajduje się właśnie przy „nazwie oprogramowania”.

III. Brak wykazania przez Medenit spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. 1. Uwzględniając odwołanie Galaxy, Izba podzieliła również zarzut dotyczący braku wykazania przez Medenit spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego przez zamawiającego w Rozdziale IV pkt 1.2 SIWZ. W ponownym badaniu ofert, zamawiający nie uwzględnił wykluczenia Medenit z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ewentualnie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnień dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia: a) do oferty złożonej przez Medenit załączony został wykaz wykonanych dostaw (str. 12 oferty), w którym podano usługę zrealizowaną dla zamawiającego - Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Zgodnie z zamieszczonym w wykazie opisem przedmiotu dostawy, dostawa obejmowała 2240 szt. drukarek wraz z obsługą serwisową 46-miesiący; b) do wykazu dołączono *List referencyjny nr 517* (str. 14 oferty), z którego wynika, że „w ramach umowy firma dostarczyła terminowo i z należytą starannością łącznie 2240 szt. drukarek laserowych w trzech typach (...)” oraz „Firma Teneo udzieliła w ramach w/w umowy 46-miesięcznej gwarancji na dostarczony sprzęt tj. do dnia 30.10.2015 r. Do dnia niniejszego pisma wystąpiło 6 przypadków nieterminowego wykonania naprawy (...)”; c) następnie wymieniono noty księgowe wraz z podaniem dat i liczby dni opóźnienia (od 1 dnia opóźnienia do nawet aż 16 dni opóźnienia); d) w świetle powyższego, bezspornym jest, że dostawa wykazana w wykazie Medenit nie

została wykonana należycie i nie może zostać wykazywana w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. 2. Nawet jeśli uznać, że „jednostkowe” przypadki naliczenia kar umownych same w sobie nie stanowią o nienależyтым wykonaniu zamówienia, to List referencyjny nr 517 w dalszym ciągu nie potwierdza należytego wykonania w rozumieniu przepisów Pzp. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich mogą być składane, wykonawca załącza do wykazu dostaw lub usług dowody, czy przedmiotowe dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Załączona do oferty Medenit referencja (str. 14 oferty tego wykonawcy) potwierdza jedynie należyte zrealizowanie dostaw, natomiast odnośnie usług wynikających z gwarancji wskazuje wyłącznie na nieterminowe wykonanie świadczenia (innymi słowy: część referencji odnosząca się do usług nie zawiera jakiegokolwiek informacji o należyтым wykonaniu).

IV. Rażąco niska cena w ofercie Medenit. 1. Odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie uznania ceny zawartej w ofercie Medenit za cenę rażąco niską. Galaxy w odwołaniu z dnia 25 sierpnia 2014 r. postawił przedmiotowy zarzut w odniesieniu do wykonawcy Arcus i Medenit, Izba uwzględniła w całości przedmiotowe odwołanie, w związku z czym, zamawiający, odrzucając ofertę Arcus i jednocześnie dokonując wyboru oferty Medenit naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. 2. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11). 3. W prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu oferty złożyło 10 wykonawców: Arcus - 36 235 645,83 zł; Medenit - 40 453 192,86 zł; DIR sp. z o.o. - 40 912 977,12 zł; Decsoft - 45 844 918,74 zł; odwołujący - 45 878 527,23 zł; Konica Minolta Business Solution sp. z o.o. - 48 905 358,30 zł; Infomex sp. z o.o. - 52 749 563,61 zł; Ediko sp. z o.o. - 55 992 121,00 zł; konsorcjum Exxon i Wincor-Nixdorf - 61 214 680,50 zł; Koncept sp. o.o. - 79 982 718,99 zł. 4. Kwota, która została przez zamawiającego podana przed otwarciem ofert wynosi 41 782 929,76 zł netto, czyli 51 393 003,60 zł brutto. Cena zaoferowana przez Medenit jest niższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację aż o 10 939 810,74 zł (stanowi ok. 79% tej wartości). Powyższa analiza jednoznacznie wskazuje, że cena zawarta w ofercie złożonej przez Medenit jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia. Cena ta wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi, gdyż za tak określoną cenę nie jest możliwe zrealizowanie całości przedmiotu zamówienia. 5. O zaoferowaniu ceny rażąco niskiej świadczy nie tylko przyrównanie ceny do wartości szacunkowej zamówienia. Istotne znaczenie przy ocenie

rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami usług i dostaw porównywalnych do przedmiotu zamówienia, występujących na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu. Takie, utrwalone w orzecznictwie stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. KIO 1377/12, KIO 1337/12. Wskazane w pkt 3 powyżej przyrównanie cen ofert potwierdza, że cena oferty Medenit odbiega od cen pozostałych wykonawców - w szczególności, od ceny oferty wykonawcy Decsoft oraz ceny oferty odwołującego, różnica w każdym przypadku wynosi ponad 5 000 000 zł (oferta Arcus została uznana za zawierającą cenę rażąco niską, natomiast oferta DIR sp. z o.o. została odrzucona, a wykonawca ten nie kwestionował decyzji zamawiającego w tym zakresie). 6. W świetle przedstawionych powyżej okoliczności, bezspornym jest, że cena zaoferowana w ofercie Medenit jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym, oferta złożona przez tego wykonawcę, podobnie jak oferta Arcus, winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

V. Ocena wyjaśnień złożonych przez Medenit. 1. W wyniku ponownego badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu nakazanego wyrokiem Izby z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 zamawiający powinien odrzucić ofertę Medenit, na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (podobnie, jak w przypadku wykonawcy Arcus). Medenit złożył bowiem wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które nie odpowiadają wymogom określonym w art. 90 ust. 2 Pzp w związku z czym, zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów prawa. 2. Zamawiający pismami z dnia 22 lipca 2014 r. wezwał Arcus i Medenit do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki elementy te wpłynęły na cenę oferty. *„Zamawiający informuje, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, że cena oferty nie jest rażąco niska. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia powinny uwzględniać m.in. zakres przedmiotu zamówienia wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przy ocenie wyjaśnień Zamawiający będzie brał pod uwagę wyłącznie obiektywne czynniki wskazane przez Wykonawcę, które uzasadniają zaoferowanie niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.”* 3. Odnosząc się do wyjaśnień, których

udzielił Medenit w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący stwierdził, że są one bardzo lakoniczne i ogólnikowe a tym samym nie mogą zostać uznane za potwierdzające, że ceny zaoferowane przez tych wykonawców nie są cenami rażąco niskimi. Medenit ograniczył się do podania jedynie kilku lakonicznych stwierdzeń, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na ich poparcie. Co więcej, nie przedstawiono związku pomiędzy zaprezentowanymi w wyjaśnieniach czynnikami, a ceną oferty. Ponadto, odwołujący stwierdził, że czynniki przedstawione przez Medenit są właściwe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a zatem nie mogą zostać uznane za obiektywne czynniki wpływające na obniżenie ceny danego wykonawcy i tylko jemu dostępne. a. Medenit wskazał, że podstawowym elementem mającym wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w przedmiotowym postępowaniu był specjalny rabat dystrybutora oferowanych modeli urządzeń Kyocera Document Solutions oraz oprogramowania system MyQ + Kyocera Net Admin. Jak również, że *„Obniżenie cen przez dystrybutorów urządzeń i oprogramowania dla Teneo Systems sp. z o.o. dotyczyło zarówno urządzeń, jak i materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych, co spowodowało znaczące zmniejszenie kosztów obsługi gwarancyjnej oraz zaoferowanego oprogramowania. Koncern Kyocera Document Solutions pomógł nam również w obsłudze finansowej jak i logistycznej planowanego kontraktu z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, w zaoferowaniu gwarancji na urządzenia i limity wydajnościowe na wszystkie podzespoły i materiały eksploatacyjne (bębny i tonery oraz inne elementy, które mogłyby ulec zużyciu w trakcie trwającej eksploatacji podczas gwarancji).”* b. Wykonawca Medenit nie przedstawił wysokości ponoszonych kosztów, jak również sposobu i zakresu, w jakim obniżenie cen przez dystrybutorów miało wpływ na obniżenie zaoferowanej ceny. Medenit nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających podnoszone przez siebie okoliczności. W dalszej kolejności, powołał się na doświadczenie w realizacji podobnych usług na rzecz zamawiającego, które nie może jednak zostać uznane za obiektywny czynnik mający wpływ na obniżenie zaoferowanej ceny. 4. Jak jednoznacznie wyżej wykazano, wyjaśnienia udzielone przez Medenit są bardzo lakoniczne i ogólnikowe, a tym samym, powinny być uznane za potwierdzające, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest ceną rażąco niską. Wobec tego, uznanie przez zamawiającego, że oferta złożona przez Medenit nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 90 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji naruszenie również art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę (w zw. z art. 192 ust. 2 i 3 Pzp w zakresie, w jakim zamawiający nie wykonał wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1748/14, KIO 1752/14).

VI. Czyn nieuczciwej konkurencji - sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich

wytworzenia i świadczenia. 1. Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert zgodnie z wyrokiem uwzględniającym w całości odwołanie Galaxy, powinien dokonać odrzucenia ofert Medenit i Arcus również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W świetle przedstawionych powyżej uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartych w ofercie Arcus i Medenit stanowczego podkreślenia wymaga, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że zaoferowanie przez Arcus i Medenit rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 2. Przedstawione powyżej stanowisko odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „*Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).*” 3. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-3740/05). 4. Złożenie ofert przez Arcus i Medenit, w których zaoferowano ceny dumpingowe stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający powinien odrzucić oferty złożone przez tych wykonawców także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

VII. Czyn nieuczciwej konkurencji - złożenie przez Arcus, Medenit i Decsoft ofert w porozumieniu. 1. Zamawiający zaniechał wykonania wyroku KIO z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 również przez brak odrzucenia ofert złożonych przez Arcus, Medenit i Decsoft z uwagi na fakt, że podmioty te najprawdopodobniej złożyły swoje oferty w porozumieniu - przedmiotowy zarzut został postawiony przez Galaxy w uwzględnionym przez Izbę wyroku. 2. Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie z kolei do przepisu art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art.

3 ust. 1 uznk stanowi klauzulę generalną uznk. 3. Odwołujący powołał się na doktrynę w sprawie przepisu art. 3 ust. 1 uznk - *sprecyzowanie i dookreślenie hipotezy przepisu (na temat pojęcia zwrotów niedookreślonych por. S. Grzybowski, Wypowiedź normatywna, s. 40-41; tenże, w: System pr. cyw., t. I, 1985, s. 116-124; Radwański, Olejniczak, Zobowiązania, 2011, s. 44 i nast., Nb 94-100)*; oraz - *przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji* (Szwaja/Jasińska [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, Rok wydania: 2013, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 3).

4. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-06-09, sygn. akt II CSK 44/09.

5. Wskazał, że podczas rozprawy pełnomocnik Medenit nie tylko potwierdził, że jego mocodawca otrzymał ofertę od Arcus, wprost zarzucił, iż Arcus zaniżył w swej ofercie cenę. a. Arcus, Medenit oraz Decsoft zaoferowali w przedmiotowym postępowaniu identyczne typy urządzeń dla wszystkich drukarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych marki Kyocera (por. Tabele 1 Formularzy cenowych ww. wykonawców). Jakkolwiek nie stanowi naruszenia przepisów prawa oferowanie przez wykonawców tych samych typów urządzeń w warunkach konkurencyjnych, tak w przypadku, gdy oferty zostały złożone w jednym postępowaniu w ramach porozumienia między tymi wykonawcami mogło dojść do ograniczenia konkurencji. b. Wyłącznym przedstawicielem producenta marki Kyocera Document Solutions na terenie Polski jest Arcus. Fakt ten jest bezsporny i został potwierdzony przez pełnomocnika Arcus w toku rozprawy KIO 1748/14, KIO 1752/14. c. Skoro wykonawca Medenit i Decsoft zaoferowali urządzenia Kyocera, to nie ulega wątpliwości, że wykonawcy ci mogli dokonać zakupu sprzętu tego producenta jedynie od Arcus jako wyłącznego przedstawiciela Kyocera w Polsce. d. Powyższe prowadzi również do wniosku, że Arcus jako podmiot, od którego Medenit oraz Decsoft zakupiły i wynegocjowały warunki zakupu sprzętu marki Kyocera, mógł mieć wiedzę o cenach, po jakich Medenit i Decsoft nabyły ten sprzęt. W konsekwencji, z dużym prawdopodobieństwem, odwołujący stwierdził, że Arcus znał warunki ofert składanych przez wskazanych wykonawców, co do zakresu oferowanego sprzętu, jak i co do cen. e. Arcus mógł mieć zatem bezpośredni wpływ na ceny zaoferowane przez wykonawców Medenit i Decsoft, a sam mógł złożyć najkorzystniejszą cenowo ofertę.

6. W ocenie odwołującego, powiązania pomiędzy Arcus, Medenit i Decsoft wskazują, że ww. wykonawcy mogą pozostawać w relacjach biznesowych, jak organizacyjnych. Przykładowo: a. Arcus i Decsoft: podmioty te występują jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (np. w postępowaniu prowadzonym przez CSIOZ, którego przedmiotem była „Dostawa Infrastruktury Techniczno-Systemowej dla części II-IV projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych”, znak sprawy: CSIOZ-WZP.6151.65.2012); - zgodnie ze

Sprawozdaniem Zarządu z Działalności Spółki Arcus S.A. za rok 2013, w 2013 roku odbiorcami spółki, którzy przekroczyli udział 10% w jej przychodach była m.in. Decsoft. Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności, odwołujący stwierdził, że podmioty te pozostają w ścisłych relacjach biznesowych. b. Ze złożonych przez Decsoft oraz Medenit odpisów z KRS wynika, że spółki te są powiązane organizacyjnie w rozumieniu przepisów uokk. Stosownie do art. 4 pkt 4 lit. c uokk przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców m. in. w sytuacji, gdy członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego). - Taka opisana sytuacja ma miejsce w tej sprawie. Z załączonego do oferty Decsoft odpisu z KRS wynika, że członkami rady nadzorczej spółki są: J. J. D., W. P. oraz J. K. G. . Zgodnie z odpisem z KRS dla spółki Medenit jedynym członkiem zarządu jest J. K. G. . Tym samym, spółka Decsoft jest spółką dominującą w stosunku do Medenit jako spółki zależnej, gdyż członek rady nadzorczej Decsoft (J. K. G.) jest jedynym członkiem zarządu Medenit (tzw. unia personalna). - Jednocześnie, zgodnie z Działem 1 Rubryką 7 wyciągu z KRS spółki Teneo J. K. G. jest właścicielem 99 udziałów o łącznej wartości 49 500 zł przy wysokości kapitału zakładowego 50 000 zł (wartość jednego udziału wynosi 500 zł). - Żaden z ww. wykonawców nie wskazał zamawiającemu na istniejące pomiędzy nimi powiązania. W oświadczeniu Medenit dotyczącym przynależności do grupy kapitałowej nie znalazła się jakakolwiek informacja o powiązaniach z Decsoft, natomiast sam Decsoft złożył oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu uokk. Nie sposób uznać, że podmioty te nie były świadome tak bliskich relacji i powiązań, jakie między nimi występują. - Oświadczenia złożone przez Medenit oraz Decsoft są zatem nieprawdziwe, a z tej przyczyny wykonawcy powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. 7. Wskazane powyżej powiązania pomiędzy wykonawcami oraz fakt, że wszyscy z nich zaoferowali sprzęt marki Kyocera, przy czym jedynym podmiotem, od którego mogą nabyć urządzenia jest Arcus, który sam również złożył ofertę w postępowaniu, czynią prawdopodobnym, iż Arcus, Decsoft oraz Medenit znali warunki złożonych przez siebie ofert (co do zakresu oferowanego sprzętu, jak i ceny).

8. Wskazują również na to wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez Arcus i Medenit, które w znacznej mierze są zbieżne w stopniu wykluczającym przypadkowość. Wykonawcy powołują się na te same czynniki mające wpływ na obniżenie zaoferowanej ceny, posługując się przy tym nawet zbliżonymi sformułowaniami. Obaj wykonawcy nie załączyli również do złożonych wyjaśnień żadnych dowodów na potwierdzenie podanych



przez nich okoliczności. 9. Należy w efekcie stwierdzić, że działania podejmowane przez Arcus, Medenit oraz Decsoft stanowią z wysokim prawdopodobieństwem zмовę przetargową, o której mowa w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy antymonopolowej, a zatem pozostają w sprzeczności z prawem, jak i dobrymi obyczajami. Ponadto, opisane działania naruszają interes innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (w tym m.in. odwołującego), a także interesy zamawiającego. 10. Tym samym, działania podejmowane przez Arcus, Medenit i Decsoft wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uзнk. Wobec tego, oferty złożone przez ww. wykonawców winny zostać przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

VIII. Złożenie przez Medenit i Decsoft nieprawdziwych informacji. 1. Wyrokiem z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 uwzględniającym odwołanie Galaxy w całości Izba nakazała zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, tym samym zgodnie z sentencją wyroku zamawiający powinien wykluczyć wykonawców Medenit oraz Decsoft z postępowania z uwagi na fakt, że wskazani wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. a. Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (...), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. b. Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. c. Jak już wyżej wskazywano, oświadczenia (dotyczące „grup kapitałowych”) złożone przez Medenit oraz Decsoft są nieprawdziwe, a zatem wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, bez wzywania ich do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień. Złożenie przez ww. wykonawców nieprawdziwych informacji wyklucza bowiem zastosowanie przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp (nie można informacji nieprawdziwej zastępować informacją prawdziwą). 2. Za reprezentatywny w powyższym zakresie odwołujący uznał wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1079/14.

IX. Bezpodstawne zastrzeżenie przez Medenit i Decsoft listy podmiotów należących do grupy kapitałowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa. 1. Zamawiający wezwał Medenit

(pismo z dnia 8 października 2014 r. nr 993200/271/IN-815/2014) i Decsoft (pismo z dnia 8 października 2014 r. nr 993200/271/IN-815/2014) do uzupełnienia dokumentu listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Zamawiający wezwał również w dniu 2 stycznia 2015 r. Decsoft do przedłożenia protokołów z posiedzeń Rady Nadzorczej wykonawcy Decsoft z okresu członkostwa p. K. G. w Radzie Nadzorczej Decsoft, czyli w okresie zapoczątkowanym powołaniem p. J. K. G. na funkcję członka Rady Nadzorczej a skończywszy na posiedzeniu w dniu 21 maja 2014 r. 2. W dniu 10 marca 2015 r. zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia odpowiedzi Medenit i Decsoft na wszystkie ww. wezwania z uwagi na fakt, że zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przedmiotowym stanie faktycznym uznanie przez zamawiającego zasadności utajnienia powyższych dokumentów stanowi niedopuszczalne ograniczenie jawności postępowania. Zastrzeżone przez wykonawców dokumenty - lista podmiotów należących do jednej grupy kapitałowej oraz protokoły z posiedzeń Rady Nadzorczej Decsoft nie mają szczególnego charakteru, tj. nie zawierają informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, jak również nie mają wartości gospodarczej.

a. Podkreślenia wymaga, że informacje o powiązaniach kapitałowych pomiędzy przedsiębiorcami w znacznej mierze można ustalić na podstawie jawnego rejestru. Nie sposób uznać, że informacje dostępne *de facto* bez ograniczeń, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Zastrzeżenie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej stanowi nadużycie prawa i nie powinno korzystać z ochrony.

b. W szczególności, odwołujący podkreślił, że np. Medenit nie uznawał zasadności objęcia przedmiotowego dokumentu klauzulą tajemnicy w ofercie - dokument ten był dostępny wszystkim wykonawcom i każdy mógł się z nim zapoznać. Niezrozumiałe jest zatem zastrzeżenie przez tego wykonawcę przedmiotowego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa na obecnym etapie.

c. Zasadność odtajnienia uzupełnionej listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d Pzp dotyczy również Decsoft - jak było wskazane powyżej wykonawca ten w ofercie oświadczył, że nie należy do grupy kapitałowej, zgodnie jednak z wyrokiem KIO z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 stwierdzenie to jest niezgodne ze stanem rzeczywistym, gdyż Decsoft jest powiązany kapitałowo z Medenit (dawniej Teneo) - członek rady nadzorczej Decsoft (J. K. G.) jest jedynym członkiem zarządu Medenit (i ówczesnej Teneo).

d. Powiązania kapitałowe Decsoft i Medenit nie stanowią tajemnicy w stosunku do osób trzecich (wykonawców, czy również innych podmiotów, które mogły uczestniczyć w rozprawie KIO 1748/14, KIO 1752/14, podczas której kwestia wzajemnych powiązań była poruszana) i które można ustalić w oparciu o informacje zawarte w jawnym rejestrze.

e. Również protokoły z posiedzeń Rady

Nadzorczej nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawet jeśli uznać, że poszczególne informacje w nich zawarte mogą być przedmiotem ochrony, o której mowa w art. 11 ust. 4 uznk, to zamawiający w pozostałym zakresie obowiązany był do odtajnienia informacji nie spełniających przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

3. Fakt zastrzeżenia ww. dokumentów/informacji ma raczej na celu uniemożliwienie odwołującemu dokonania oceny przedmiotowych dokumentów, a w szczególności zweryfikowania, czy udział w przedmiotowym postępowaniu podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej nie stanowi naruszenia konkurencji.

4. Wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp. 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. Takie stanowisko potwierdza również jedno z ostatnich orzeczeń KIO (wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 297/13, 300/13).

5. Z dokumentacji przetargowej wynika ponadto, że zamawiający zaniechał zbadania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy ww. informacji, a polegał jedynie na oświadczeniu Medenit i Decsoft. W orzecznictwie nie budzi wątpliwości okoliczność, że zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa - KIO w wyroku z 31 marca 2009 r., KIO/UZP 338/09.

6. Galaxy wskazał przy tym, iż z dokumentacji udostępnionej przez zamawiającego nie wynika, że Medenit i Decsoft złożyli wyjaśnienia, w których wykazaliby, iż istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji (zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp). W związku z tym, w sytuacji, gdy wykonawcy Medenit i Decsoft: a) nie złożyli wskazanych wyjaśnień lub b) wyjaśnienia są niewystarczające, aby wykazać, że powiązania pomiędzy tymi podmiotami nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, odwołujący podniósł zarzut, że ww. wykonawcy również z ww. powodów podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Jeśli wyjaśnienia zostały złożone przez Medenit i Decsoft, to odwołujący wskazał, że uznanie zasadności ich zastrzeżenia jako tajemnicy było niezasadne - skoro lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej zawiera informacje jawne (a dodatkowo w niniejszej sprawie wzajemne powiązania nie stanowiły tajemnicy), to również wyjaśnienia do niej się odnoszące nie mogą być objęte ochroną z art. 11 ust. 4 uznk.

X. Zaniechanie udostępnienia odwołującemu opinii. 1. Stosownie do art. 96 ust. 2 „oferty, opinie biegłych (...) stanowią załączniki do protokołu.” Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp

*„Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”* 2. Z informacji zawartych w dokumentacji przetargowej wynika, że zamawiający dokonując oceny braku wpływu wzajemnych powiązań pomiędzy Medenit i Decsoft, opierał się o opinie sporządzone przez p. M. T. z Kancelarii Adwokackiej Prawa Konkurencji oraz p. C. B. z Instytutu Prawa Konkurencji. Informacje te wynikają wprost z notatek z posiedzenia Komisji: z dnia 2 stycznia 2015 r.; z dnia 5 lutego 2015 r.; z dnia 9 lutego 2015 r.; z dnia 5 marca 2015 r. 3. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu treści ww. opinii, mimo że jako załączniki do protokołu są to dokumenty podlegające udostępnieniu po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, czym naruszył art. 8 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp. 4. Niezależnie od powyższego, w przypadku, gdy ww. opinie nie stanowią załączników do protokołu - zamawiający w sposób rażący naruszył również zasady sporządzania protokołu, gdyż stosownie do treści art. 96 ust. 2 i 3 Pzp opinie biegłych stanowią załączniki do protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

XI. Podsumowując, odwołujący uznał, że przedstawiona argumentacja potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

1. Na posiedzeniu niejawnym Izby z udziałem stron i wykonawcy Medenit S.A. z siedzibą w Warszawie, uczestnika postępowania odwoławczego w wyniku skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - zamawiający złożył wniosek o odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołania w całości, wniesionego w dniu 16 marca 2015 r. przez wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (sygn. akt KIO 524/15), jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający wskazał:

*„Zarzuty odwołania sprowadzają się do kwestionowania przez odwołującego prawidłowości czynności zamawiającego, podjętych w wyniku łącznego rozpoznania odwołań wniesionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę Teneo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (obecnie: Medenit S.A.*

- sygn. akt KIO 1748/14) oraz odwołującego (sygn. akt KIO 1752/142) rozstrzygnięcia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 4 września 2014 r.

Zgodnie z sentencją ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1748/14, KIO 1752/14), Izba uwzględniła oba odwołania i nakazała zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty wykonawcy Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 3) wezwanie wykonawców Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie i Teneo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

Zamawiający, w wykonaniu ww. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, pismem z dnia 5 marca 2015 r. (znak: 993200/271/IN-219/15) poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, dokonanej w dniu 14 sierpnia 2014 r. (pismo znak: 99320/271-IN-593/2014) oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, w wyniku której za najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Spółkę Medenit S.A. (dawniej Teneo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie).

Ponadto, zamawiający zawiadomił wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2014 r.), a także o odrzuceniu ofert innych wykonawców, w tym oferty odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza w powołanym wyroku z dnia 4 września 2014 r. uznała zasadność czynności zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty Spółki GALAXY w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niezgodność oferty wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Tym samym, zamawiający nie był zobowiązany do przeprowadzania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, skoro Izba podtrzymała w stosunku do tego wykonawcy wynik postępowania ustalony przez zamawiającego w dniu 14 sierpnia 2014 r.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 marca 2015 r., zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę wykonawcy GALAXY na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z decyzją o odrzuceniu podjętą w dniu 14 sierpnia 2014 r.

Wobec powyższych okoliczności należy uznać, że odwołanie powinno podlegać odrzuceniu.

Jak stanowi art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Podmiotami nieuprawnionymi będą zaś podmioty, które nie zostały wskazane w art. 179 ust.

1 Pzp, który określa, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie zamawiającego, Spółka GALAXY nie posiada statusu podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania, ponieważ (prawomocnym już) wyrokiem z dnia 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1752/14), Izba potwierdziła skuteczność odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym, odwołujący nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego i nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia.

Powyższa argumentacja, co do statusu odwołującego, znajduje odzwierciedlenie również w treści postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 2926/13), w którym Izba stwierdziła: "(...) Ponadto odwołujący został skutecznie wykluczony z postępowania (w zakresie części 2 zamówienia) na jego wcześniejszych etapach, w wyniku wykonania prawomocnego już w dniu wnoszenia przedmiotowego odwołania, wyroku Izby (sygn. akt KIO 2362/13). Konsorcjum PKS nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i zamówienia tego nie może uzyskać. W związku z powyższym należało uznać odwołującego za podmiot, o którym mowa w przywołanym wyżej art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy i odwołanie na tej podstawie odrzucić. Na marginesie Izba wskazuje, iż wykonawca nie legitymuje się również materialnoprawnym uprawnieniem do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp."

Wobec przedstawionych argumentów, zamawiający wniósł jak w petitum pisma."

2. Uczestnik postępowania odwoławczego, wnosząc również o odrzucenie odwołania na podstawie wskazanej przez zamawiającego, podniósł dwie dodatkowe przesłanki odrzucenia: z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp („odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się”) i z pkt 5 („odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (...).”

#### **Izba ustaliła.**

1. W toku czynności badania i oceny ofert zakończonych wyborem najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, oferta odwołującego została odrzucona w dniu 14 sierpnia 2014 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp („treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem

art. 87 ust. 2 pkt 3”), podobnie jak oferty jeszcze innych czterech wykonawców.

Odwołujący - którego oferta plasowała się na piątej pozycji pod względem ceny oferty (jedyne kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%), a po odrzuceniu również oferty z drugą pozycją, oferta odwołującego byłaby czwartą ofertą w kolejności - wniósł odwołanie w dniu 25 sierpnia 2014 r. kwestionując odrzucenie jego oferty oraz badanie i ocenę trzech ofert poprzedzających ofertę odwołującego, tj. Arcus S.A., Teneo Systems sp. z o.o. (obecnie Medenit S.A.) oraz Decsoft S.A.

Zarzuty i żądania odwołującego podniesione w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1752/14 zostały przedstawione w aktualnym odwołaniu odwołującego (część początkowa uzasadnienia).

W drugim odwołaniu (sygn. akt KIO 1748/14) wniesionym również w dniu 25 sierpnia 2014 r., odwołujący Teneo Systems sp. z o.o. (oferta wykonawcy na drugiej pozycji w rankingu ofert), zakwestionował wyłącznie ofertę wykonawcy Arcus S.A. ze względu na rażąco niską cenę. Wykonawca żądał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownego badania oferty wykonawcy Arcus S.A., jej odrzucenia i uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Po merytorycznym rozpoznaniu połączonych odwołań, Izba ogłosiła w dniu 4 września 2014 r. wyrok - sygn. akt KIO 1748/15, KIO 1752/14, w którym w punkcie 1 uwzględniła odwołania i nakazała zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty wykonawcy Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 3) wezwanie wykonawców Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie i Teneo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że uwzględnienie odwołań nastąpiło na skutek częściowego uwzględnienia zarzutów, przy nieuwzględnieniu pozostałych zarzutów, przedstawiając ustalenia i ocenę dotyczące każdego zarzutu na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego (nieuwzględnienie części zarzutów dotyczyło odwołania wniesionego przez odwołującego GALAXY - sygn. akt. KIO 1752/14).

W szczególności Izba wskazała, że zarzuty obu odwołujących w zakresie rażąco niskiej ceny oferty Arcus S.A. potwierdziły się, natomiast w pozostałym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie, nie zachodziła zatem potrzeba wezwania wykonawcy Teneo do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Nie potwierdził się zarzut czynu nieuczciwej konkurencji na skutek złożenia ofert przez wykonawców Arcus i Teneo (punkt II stanowiska Izby przedstawionego

w uzasadnieniu wyroku). Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego Galaxy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego Galaxy. Uznała, że odwołujący winien mieć świadomość, że złożenie oferty z nieskonkretyzowanym przedmiotem świadczenia, uniemożliwia jej merytoryczną ocenę, a w konsekwencji także wybór (punkt III). Odnośnie niespełniania przez wykonawców Arcus i Teneo warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała, że zarzut dotyczący wykonawcy Arcus zasługiwał na częściowe uwzględnienie, natomiast nie potwierdził się w odniesieniu do wykonawcy Teneo. Jednakże ze względu na nakaz odrzucenia oferty Arcus, Izba nie nakazała wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (punkt IV). Złożenie przez Teneo i Decosft nieprawdziwych informacji odnośnie przynależności do grupy kapitałowej częściowo potwierdził się, jednakże bez wpływu na wynik postępowania, który uzasadniałby konieczność wykluczenia tych wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawców do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej na podstawie art. 26 ust. 2d zd. drugie Pzp. Izba wskazała, że *„Następnie zamawiający będzie zobligowany do wszczęcia procedury przewidzianej przepisem art. 24b Pzp”* (punkt V). Izba uznała, że zarzut działania przez wykonawców Arcus, Teneo i Decosft w warunkach tzw. zmowy przetargowej nie zasługiwał na uwzględnienie (punkt VI). W punkcie VII uzasadnienia Izba stwierdziła, że w konsekwencji uznania za częściowo uzasadnione zarzuty odwołującego Galaxy (punkty II, IV i V uzasadnienia wyroku), na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

2. Odwołujący złożył w dniu 01.10.2014 r. wniosek o uzupełnienie wyroku. Postanowieniem z dnia 21 października 2014 r. Izba oddaliła wniosek wskazując przepisy art. 1202 Kpc w związku z art. 185 ust. 7 Pzp oraz podnosząc, że *„(...) wniosek o uzupełnienie wyroku powinien wskazywać na konkretne, zawarte we wniesionym odwołaniu żądania, których - w ocenie strony korzystającej z omawianej instytucji, biorąc pod uwagę zawarte w uzasadnieniu wyroku rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania - orzeczenie Izby nie obejmuje. Złożony wniosek takiego wskazania nie zawiera.* Jednocześnie Izba zwróciła również uwagę, że zgodnie z treścią przepisu art. 192 ust. 2 Pzp oraz ugruntowaną praktyką orzeczniczą wyrok wydany przez Izbę może być dwojakiego rodzaju - uwzględniający odwołanie lub je oddalający. W konsekwencji obca regulacjom Pzp oraz wspomnianej praktyce jest instytucja częściowego uwzględnienia odwołania z jednoczesnym oddaleniem go w pozostałej części.”

3. Odwołujący wniósł w dniu 07.10.2014 r. (data wpływu do Prezesa KIO) skargę do



Sądu Okręgowego w Warszawie na wyrok Izby, w której podał m.in. następujące sformułowania zarzutów:

I. Zaskarżam wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2014 r., sygn. akt KIO 1752/14 „(...) w części, w jakiej Izba uznała za niezastępujące na uwzględnienie zarzuty podniesione w odwołaniu z dnia 25 sierpnia 2014 r., tj.:

1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Teneo”, z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również nieprawidłowej oceny wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez tego wykonawcę;

2) zaniechania odrzucenia oferty Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Arcus”, z powodu czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia;

3) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez skarżącego, pomimo że jej treść jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - (zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia oferty skarżącego pomimo zgodności jej treści z SIWZ);

4) zaniechania wykluczenia Teneo z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

5) zaniechania wykluczenia z postępowania Teneo i Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Decsoft”, z uwagi na fakt złożenia nieprawdziwych informacji odnośnie przynależności do tej samej grupy kapitałowej, które miały wpływ na wynik postępowania;

6) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Arcus, Teneo oraz Decsoft, mimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tzw. zmowa przetargowa);

7) jak również w części, w jakiej Izba wydała orzeczenie na podstawie zarzutu niezawartego w odwołaniu, co skutkowało nakazaniem wezwania Teneo i Decsoft do uzupełnienia dokumentu w postaci listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

II. 1. Skarżony wyrok został wydany w połączonych sprawach - KIO 1748/14 - postępowanie wszczęte w wyniku wniesienia odwołania przez Teneo oraz KIO 1752/14 - postępowanie wszczęte w wyniku wniesienia odwołania przez Galaxy. Izba orzekła, że „uwzględnia odwołania”. Skarga dotyczy jednak, jak było wskazane powyżej, wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14, czyli sprawy z odwołania skarżącego.

2. W wyroku wskazano, że odwołanie zostało uwzględnione, jednak uwzględnienie nie dotyczyło wszystkich podniesionych zarzutów. W szczególności nie uwzględniono zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty skarżącego, a zatem skarżący nie może - mimo rzekomo uwzględnionego odwołania - uzyskać zamówienia. Orzeczenie nie czyni zadość żądaniom skarżącego, na co wskazuje powyżej przedstawiony zakres zaskarżenia

orzeczenia Izby.

3. Z treści przepisów Prawa zamówień publicznych wywieść należy, że Izba wydaje wyrok uwzględniający odwołanie, gdy podzieli zasadność przynajmniej jednego z zarzutów podniesionych przez odwołującego. Odwołania wnoszone do KIO częstokroć mają po kilka lub nawet kilkanaście zarzutów, więc gdy choćby jeden z nich, zdaniem KIO, potwierdzi się, Izba wydaje wyrok, w którym uwzględnia odwołanie. Regulacje prawne oraz praktyka orzecznicza Izby nie znają cywilistycznej metody uwzględnienia częściowego odwołania oraz oddalenia w zakresie pozostałych zarzutów, które Izba uznała za niezasadne (podobnie jak nie jest stosowane na gruncie Prawa zamówień publicznych częściowe umorzenie postępowania). W zakresie pozostałych zarzutów Izba rozstrzyga w dalszej części orzeczenia, a nie klasycznie w „sentencji” (przypomnieć należy, że przepisy Pzp nie znają też pojęcia „sentencji” wyroku Izby w przeciwieństwie do przepisów regulujących postępowanie cywilne - art. 325 kpc).

a. Takie podejście znajduje uzasadnienie w treści art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, zgodnie z którym „O oddaleniu odwołania lub o jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku (...). Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Innymi słowy, wyrok, który jest wydawany przez Izbę na podstawie Pzp może być dwojakiego rodzaju: uwzględniający odwołanie lub oddalający odwołanie (kiedy żaden z zarzutów nie został uwzględniony lub jeśli zarzut okazał się zasadny, ale pozostawał bez wpływu na rozstrzygnięcie) - por. postanowienie KIO z dnia 26 lutego 2013 r. KIO 113/13, KIO 117/13 wydane na gruncie analogicznego stanu faktycznego.

b. W związku z tym, wyrok KIO należy traktować jako całość, bez podziału stricte na sentencję i uzasadnienie. Stanowisko takie potwierdza również art. 1197 § 3 kpc dotyczący postępowania arbitrażowego, który wprowadza pojęcie „motywów rozstrzygnięcia”. Przepisy Pzp (art. 192 ust. 2 Pzp), oraz praktyka orzecznicza KIO prowadzą do wniosku, że wyrok Izby również w części tzw. „uzasadnienia” może zawierać (i zawiera) rzeczony „motywy rozstrzygnięcia”, które stanowią wyraz, czy KIO uwzględnia/nie uwzględnia zarzutów postawionych w odwołaniu.

c. Zwrócić również należy uwagę na konstrukcję wyroku KIO 1752/14 - np. w pkt VI na str. 49 (w części zatytułowanej „Uzasadnienie”) Izba stwierdziła, że „zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie”, w pkt II ze str. 32: „Zarzuty odwołujących Teneo i Galaxy w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Arcus potwierdziły się, natomiast w pozostałym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie”. A zatem możliwe, a w okolicznościach niniejszej sprawy zasadne, jest wniesienie skargi od tak skonstruowanego wyroku Izby. KIO orzekła i wypowiedziała się do zasadności zarzutów

*podniesionych w odwołaniu z 25 sierpnia 2014 r. Z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp, tylko tak zbudowany wyrok był możliwy do wydania w sytuacji uwzględnienia jednego z zarzutów odwołania, a oddalenia pozostałych.”*

4. Sąd Okręgowy w Warszawie odrzucił skargę odwołującego postanowieniem z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3384/14.

W uzasadnieniu postanowienia Sąd wskazał m.in. - *„Przy takim literalnym brzmieniu wyroku, w ocenie sądu okręgowego możliwe są dwa rozwiązania. Po pierwsze można przyjąć, że jest to wyrok niekompletny, albowiem KIO nie orzekła o całym żądaniu i nie rozpoznała odwołania w całości, ale przeczy temu stanowisko samej Izby wyrażone poprzez oddalenie wniosku o uzupełnienie wyroku z dnia 4 września 2014 r. Ewentualnie dzieląc koncepcję uwzględnienia odwołania w całości można też ten wyrok interpretować w ten sposób, że wszystkie zarzuty i wszystkie zastrzeżenia czynności podniesione przez odwołującego w odwołaniu, a także wszystkie wnioski zostały przez KIO uwzględnione, co oznaczałoby także, m.in. unieważnienie samej czynności odrzucenia oferty spółki Galaxy.”*

5. W odwołaniu wniesionym w dniu 16 marca 2015 r., będącym przedmiotem niniejszego rozpoznania, odwołujący przedstawił zarzut sformułowany następująco: *„Zarzucam zamawiającemu zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14 KIO 1752/14 uwzględniającego odwołanie wniesione przez Galaxy w całości, co stanowi naruszenie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp oraz naruszenie następujących przepisów prawa: (...).”*

#### **Izba zważyła.**

Przepis art. 189 ust. 2 Pzp zobowiązuje Izbę do odrzucenia odwołania, jeżeli Izba stwierdzi, że występuje co najmniej jedna z przesłanek wymienionych w punktach 1-7 tego przepisu. Rozpoznając odwołanie i podejmując z urzędu w pierwszej kolejności czynności dotyczące formalnego badania wniesionego odwołania, Izba zobowiązana jest do oceny m.in., czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a więc czy nie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w punkcie 2 wskazanego przepisu - *„odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony”*.

Podmiotem nieuprawnionym jest taki podmiot, któremu nie przysługują środki ochrony prawnej od czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp (*„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”*).

W orzecznictwie, m.in. w postanowieniu z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt IX Ga

39/12, Sąd Okręgowy w Lublinie wskazał: „*Powyższy przepis (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) określa zatem krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprawnienie do zaskarżania czynności i bezprawnych zaniechań zamawiającego przypisano przede wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia.*”

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 Pzp, wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W okolicznościach sporu należało przede wszystkim ustalić, czy odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Wykonawca, który uczestniczył w postępowaniu przez złożenie oferty i w toku postępowania utracił ostatecznie i nieodwracalnie status wykonawcy, np. przez wykluczenie z udziału w postępowaniu, czy odrzucenie jego oferty, nie jest wykonawcą, o którym stanowi przepis art. 2 pkt 11 Pzp, jest więc podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Pogląd, że niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania (odpowiednio - przez skuteczne odrzucenie oferty), znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt IV Ca 521/08 (niepubl.). W uzasadnieniu postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniach Izby z dnia 18 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1176/09 oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 842/11 i KIO 844/11, w których Izba za nieuprawniony uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej (odwołanie) - postanowienie KIO z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1500/13. Dalsze przykładowe orzecznictwo Izby w tym zakresie, to postanowienia: z 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2288/13; z 8 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 2926.

W rozpoznawanym stanie faktycznym oferta odwołującego została skutecznie i nieodwracalnie odrzucona na etapie czynności badania i oceny ofert, zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 14 sierpnia 2014 r.

W wyniku rozpoznania odwołania wniesionego przez odwołującego GALAXY w dniu 25 sierpnia 2014 r. dotyczącego m.in. tej czynności zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 września 2014 r., sygn. akt KIO 1752/14 Pzp orzekła w pkt 1

o uwzględnieniu odwołania, nakazując zamawiającemu wyszczególnione w tym punkcie: unieważnienie, powtórzenie i wykonanie czynności. W pozostałym zakresie odwołania - zarzutów nieuwzględnionych - Izba w uzasadnieniu wyroku przedstawiła argumentację wskazującą przyczyny takiego rozstrzygnięcia. W punkcie III stanowiska Izby przedstawionego w uzasadnieniu wyroku, nie uwzględniając argumentacji odwołującego Galaxy, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty tego odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Konstrukcja rozstrzygnięć (orzeczeń) Izby wynika z przepisów:

- art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, które stanowią, że *„O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”*;
- w art. 196 ust. 1, 3 i 5 ustawy określono, że *„Izba ogłasza orzeczenie po zamknięciu rozprawy na posiedzeniu jawnym oraz podaje ustnie motywy rozstrzygnięcia. (...); Izba z urzędu sporządza uzasadnienie orzeczenia. Odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem wysyła się w terminie 3 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia, (...)*”.

W akcie prawnym wykonawczym do ustawy - rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) - w § 34 w ust. 1 został określony zakres orzeczenia Izby, w szczególności w ust. 2 podano, że orzeczenie oraz uzasadnienie podpisuje skład orzekający.

Powyższe wskazuje, że Izba orzeka oddalając lub uwzględniając odwołanie oraz wydaje postanowienia, ogłasza (podlegające ogłoszeniu) orzeczenia wraz z podaniem ustnie motywów rozstrzygnięcia; z urzędu (obligatoryjne) sporządza uzasadnienie każdego orzeczenia; odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem podpisane każde z osobna przez członków składu orzekającego wysyła (doręcza) stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego, jako łączne orzeczenie z uzasadnieniem.

Na odmiennosc orzeczeń, początkowo Zespołów Arbitrów, obecnie Krajowej Izby Odwoławczej w stosunku do orzeczeń sądowych, zwrócono uwagę, przykładowo:

- w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2005 r., III GZP 71/04, podjętej pod rządą przepisów ustawy Pzp, Sąd stwierdził: wyrok zespołu arbitrów musi uwzględniać szczególny charakter unormowań zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych, które stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego; przepisy o sądzie polubownym w odniesieniu do postępowania odwoławczego i o apelacji

w odniesieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia skargi, mają odpowiednie zastosowanie wówczas, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej (obecnie - odpowiednio przepisy art. 185 ust. 7 i art. 198a ust. 2 Pzp). W orzecznictwie podkreślono już, że wydany w postępowaniu wyrok zespołu arbitrów nie może być postrzegany jako forma orzeczenia w kategoriach zwykłego odpowiednika wyroku sądu państwowego, uzyska on bowiem moc prawną dopiero po zatwierdzeniu jego wykonalności przez sąd państwowy (uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2002 r., III CZP 68/02, OSNC 2003, nr 7-8, poz. 103);

- w wyroku z dnia 23 sierpnia 2007 r., sygn. akt V Ca 1412/07 Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, że postępowanie przed Zespołem Arbitrów nie jest postępowaniem sądowym, gdyż stosuje się do niego odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, o ile ustawa nie stanowi inaczej;
- w wyroku z dnia 27 lipca 2011 r., sygn. akt V Ga 84/11 Sąd Okręgowy w Olsztynie orzekł: postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest postępowaniem sądowym (...);
- Krajowa Izba Odwoławcza wskazała:
  - w postanowieniu z dnia 9 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 396/08: 1. Argumenty wskazujące, że o treści wyroku KIO i zakresie jego wykonania decyduje nie uzasadnienie, a jego sentencja, oraz że sentencja wyroku rozstrzyga o żądaniu stron w sposób samodzielny, są poprawne na gruncie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, nie mającego jednak zastosowania w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. 2. Uzasadnienie wyroku wydanego w wyniku postępowania odwoławczego uregulowanego Prawem zamówień publicznych może zawierać określone oceny i nakazy skierowane do zamawiającego, stanowiąc rozwinięcie i sprecyzowanie rozstrzygnięć ujętych w pkt 1 wyroku, nazywanym powszechnie sentencją;
  - w postanowieniu z dnia 25 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 578/08: 1. Orzeczenia KIO należy rozpatrywać jako całość (wraz z uzasadnieniem), a nie tylko w odniesieniu do samego rozstrzygnięcia. Stanowisko, iż podobnie jak apelację w postępowaniu cywilnym, tak i skargę do sądu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wnosi się tylko od rozstrzygnięcia, a nie od jego uzasadnienia, nie jest słuszne.

Odmienność tę, jako zasadną, wskazał również odwołujący w skardze do Sądu Okręgowego w Warszawie (pkt 3, cytowana część II.3. lit. a-c, str. 26-27 niniejszego uzasadnienia), podsumowując: *„KIO orzekła i wypowiedziała się do zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu z 25 sierpnia 2014 r. Z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp, tylko tak zbudowany wyrok był możliwy do wydania w sytuacji uwzględnienia jednego z zarzutów odwołania, a oddalenia pozostałych.”*

Zacytowane stanowisko odwołującego przedstawia w pełni zasadnie specyfikę i odrębności konstrukcji orzeczeń Izby.

Odrzucenie przez Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniem z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3384/14, skargi odwołującego na wyrok Izby, spowodowało brak rozpoznania zarzutów skargi w toku sądowej kontroli orzeczenia pierwszej instancji.

Treść sentencji postanowienia Sądu nie stanowi zmiany wyroku Izby. Również treść uzasadnienia postanowienia - wskazanie możliwych dwóch rozwiązań: przez przyjęcie, że wyrok jest niekompletny, ewentualnie przez podzielenie koncepcji, że wyrok uwzględnia odwołanie w całości - nie oznacza zmiany orzeczenia Izby. Stanowisko przedstawione w uzasadnieniu postanowienia nie jest merytorycznym rozstrzygnięciem w rozumieniu przepisu art. 198f ust. 2 (dwa pierwsze zdania) ustawy Pzp.

Wskazania tego rodzaju, jak również orzeczenia sądu, nie stanowią podstawy do powtórnego wniesienia odwołania, z zarzutem niewykonania przez zamawiającego wyroku Izby.

Orzeczenie Izby, organu orzekającego w pierwszej instancji w zakresie odwołania od czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego, podlega zaskarżeniu w trybie określonym w art. 198a ust. 1 (*„Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.”*) i następnych ustawy Pzp.

Instancyjna kontrola orzeczenia Izby, dokonana przez sąd okręgowy właściwy dla siedziby zamawiającego, kończy postępowania odwoławcze:

- art. 198f ust. 2 (*„Sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. (...);”*);
- art. 198g ust. 1 zdanie pierwsze (*„Od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie nie przysługuje skarga kasacyjna.”*)

- bez możliwości (jak uregulowano to w procedurze cywilnej) ponownego rozpoznania odwołania przez Izbę.

Orzeczenie wydane przez Sąd Okręgowy w Warszawie (postanowienie z dnia 10 grudnia 2014 r. odrzucające skargę) zakończyło postępowanie w zwyczajnym trybie zaskarżenia czynności zamawiającego odrzucającej ofertę odwołującego. Wyrok Izby wobec wykorzystania trybu zaskarżalności stał się ostateczny, zobowiązujący zamawiającego do jego wykonania oraz uprawniający odwołującego do egzekwowania jego wykonalności zgodnie z art. 197 ustawy Pzp (*„1. Orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego*

wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. (...). 2. O stwierdzeniu wykonalności orzeczenia Izby sąd orzeka na wniosek strony. (...) 3. Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby nadającego się do wykonania w drodze egzekucji, nadając orzeczeniu klauzulę wykonalności.”).

Zamawiający wykonując wyrok Izby z dnia 4 września 2014 r. zobowiązany był do czynności nakazanych w orzeczeniu - unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, wezwania wykonawców Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie i Teneo Systems sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

Izba orzekła o uwzględnieniu odwołań w wyroku i rozstrzygnęła o żądaniach odwołujących w takim zakresie, w jakim były one skutkiem uwzględnionych zarzutów, nakazując zamawiającemu w punktach 1A, 1B, 1C wyroku wykonanie czynności, zgodnie z przepisami art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Nie podzielając zarzutów dotyczących naruszenia przepisów ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, Izba nie nakazała zamawiającemu w wyroku żadnych czynności związanych z odrzuconą ofertą.

Ustalenia i ocenę w zakresie tego zarzutu i pozostałych nieuwzględnionych zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zamieściła w uzasadnieniu wyroku zawierającym również treść wskazaną w art. 196 ust. 4 ustawy Pzp.

Zważywszy na podnoszoną już regulację *lex specialis* co do rozstrzygnięć Izby, należy wskazać, że orzeczenie o uwzględnieniu odwołania nie może być - z samego faktu sformułowania „uwzględnia odwołanie” - rozumiane, jako uwzględnienie w całości wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Uwzględnienie zarzutów może dotyczyć tylko tych czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, co do których stwierdzono naruszenie przepisów ustawy Pzp. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (§ 34 ust. 1 pkt 4), aktu wykonawczego do ustawy, stanowiące, że orzeczenie Izby zawiera w przypadku wyroku rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego, powinny być interpretowane z uwzględnieniem zasady wynikającej z art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji, w wyroku z dnia 4 września 2014 r., Izba nie uwzględniając żądania dotyczącego uznania odrzucenia oferty odwołującego za czynność wadliwą i przywrócenia



odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia, nie zamieściła w wyroku żadnych nakazów w tym zakresie.

Reasumując, Izba rozpoznając aktualne odwołanie uznała, że wobec odrzucenia oferty odwołującego w dniu 14 sierpnia 2014 r. i nie podważenia tej czynności w sposób prawnie skuteczny, odwołujący utracił status wykonawcy w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie wniesione w dniu 16 marca 2015 r. stanowiące w istocie próbę doprowadzenia do ponownego rozpoznania zarzutów będących przedmiotem rozpoznania w postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem Izby z dnia 4 września 2014 r., sygn. akt KIO 1748/14, KIO 1752/14, zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Czynność odwołującego (wniesienie odwołania po skutecznym i nieodwracalnym odrzuceniu jego oferty) wyczerpuje przesłankę z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, jako negatywną przesłankę procesową wynikającą z treści przepisu, obligującą Izbę do odrzucenia odwołania, bez rozpoznania merytorycznego jego treści.

Wskazana przesłanka stanowi samodzielną obligatoryjną podstawę odrzucenia odwołania, podobnie jak każda z wymienionych pozostałych przesłanek w art. 189 ust. 2 Pzp, niezależnie od ich wystąpienia pojedynczego, czy łącznego.

Izba podnosi dodatkowo, że wniosek uczestnika postępowania o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp, nie jest pozbawiony zasadności co do przesłanki z punktu 4.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.”*

Odwołujący sformułował w odwołaniu z dnia 16 marca 2015 r. zarzut: *„(...) zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2014 r. KIO 1748/14, KIO 1752/14 uwzględniającego odwołanie wniesione przez Galaxy w całości, co stanowi naruszenie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp oraz naruszenie następujących przepisów prawa (...)”*, wskazując w punktach 1-7 i 10 (str. 1 i 2 odwołania) te same podstawy faktyczne i prawne, które zostały podniesione w zarzutach odwołania z 25 sierpnia 2014 r., z wyłączeniem zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Arcus S.A.

Izba podziela stanowisko przyjęte w orzecznictwie, m.in. w postanowieniach: z dnia 19 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1891/13, KIO 1892/13; z dnia 22 lipca 2013 r., sygn. akt

KIO 1714/13; z dnia 16 października 2014 r., sygn. akt KIO 2062/14, o treści:

- materiał dowodowy i stanowiska stron w poprzednich sprawach odwoławczych są podstawą wydania przez Izbę wyroku, a zatem nie stanowią żadnych nowych okoliczności, które mogą uzasadniać wnoszenie nowych odwołań w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- odwołujący nie może dwukrotnie wnieść odwołania z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej;
- podstawą odrzucenia odwołania nie jest tożsamość listy zarzutów na wstępie odwołania, ani listy zgłoszonych żądań, ani tożsamość redakcji uzasadnienia odwołania, ale powołanie się na te same okoliczności, czyli okoliczności prawne i faktyczne dotyczące czynności lub zaniechań zamawiającego naruszających przepisy Pzp, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia na skutek poprzedniego odwołania
  - uznając, że te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w innym postępowaniu odwoławczym dotyczącym tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, nie mogą być ponownie rozpoznawane przez Izbę, na podstawie odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Na uwagę zasługuje stanowisko doktryny zgodnie z którym: „(...) hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 189 ust. 2 pkt 4 powinna zostać odczytana w ten sposób, iż przez wyrażenie „odwołujący powołuje się na te same okoliczności” należy rozumieć okoliczności prawne i faktyczne, w tym w szczególności zarzuty (naruszenia określonych przepisów ustawy), podstawy faktyczne zarzutów (czynność bądź zaniechanie zamawiającego) oraz sformułowane na ich poparcie uzasadnienia faktyczne i prawne. Należy podnieść, iż do uznania, że pod pojęciem „odwołujący powołuje się na te same okoliczności”, kryje się powołanie analogicznych zarzutów, ustawodawca posłużyłby się w art. 189 ust. 2 pkt 4 właśnie takim pojęciem - jednoznacznie rozumianym w nomenklaturze ustawy - Prawo zamówień publicznych.” (postanowienie Izby z dnia 16 października 2014 r., sygn. akt KIO 2062).

Izba podziela również stanowisko, że dla uznania ziszczenia się przesłanki wskazanej w art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp nie jest wymagane powołanie identycznych (tożsamy), czy analogicznych zarzutów, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w poprzednim postępowaniu odwoławczym, wystarczające jest, że są to „te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę”.

Sam fakt, że odwołujący sformułował zarzuty jako skutek niewykonania przez

zamawiającego wyroku Izby, potwierdza rozstrzygnięcie przez Izbę okoliczności, stanowiących podstawę powtórnego odwołania.

Okoliczności wskazane w punktach 8 i 9 (str. 2 odwołania), to okoliczności występujące w okresie, gdy odwołujący nie legitymował się statusem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zatem, wskazane czynności oraz czynności mające miejsce w dniu 27 marca 2015 r. (zapoznawanie się z dokumentacją postępowania przez odwołującego, którego oferta została skutecznie odrzucona), nie stanowią podstawy dla innego orzeczenia Izby.

Izba uznała, że wskazany przez odwołującego na posiedzeniu przepis art. 1193 Kpc o treści: *„Jeżeli uchybiono przepisom niniejszej części, od których strony mogą odstąpić, albo uchybiono określonym przez strony zasadom postępowania przed sądem polubownym, strona, która o powyższym uchybieniu wiedziała, nie może podnieść zarzutu takiego uchybienia przed sądem polubownym ani też powołać się na takie uchybienie w skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego, jeżeli nie podniosła zarzutu niezwłocznie lub w terminie określonym przez strony bądź przepisy niniejszej części”* - stosowany w postępowaniu przez sądem polubownym, nie ma zastosowania w postępowaniu odwoławczym przed Izbą w związku z przepisem art. 185 ust. 7 Pzp.

Postępowanie odwoławcze prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp jest postępowaniem sformalizowanym, nie występuje w nim możliwość odstąpienia przez strony od stosowania przepisów, czy to ustawy Pzp, czy w przypadkach odesłania do Kpc przepisów tego kodeksu, nie występują również możliwości określania przez strony zasad postępowania przed Izbą. Procedura odwoławcza nie jest regulowana wolą stron postępowania.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i ocenę, Izba uznała, że wobec ziszczenia się przesłanek uniemożliwiających rozpoznanie odwołania na rozprawie, odwołanie podlega odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz dodatkowo pkt 4 tego ustępu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądzając na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, z ograniczeniem kwoty wynagrodzenia do 3 600 zł zgodnie z przepisami rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....