



## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2019r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Paweł Kieta (spr.)

Sędziowie: SO Alicja Dziekańska  
SO Wiktor Piber

Protokolant: prot. sąd. Patryk Kaczmarski

po rozpoznaniu w dniu 31 maja 2019 r. w Warszawie na rozprawie sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

- zamawiającego ... spółki akcyjnej w W.
- odwołującego ... spółki akcyjnej w K.
- uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego: ... spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., ... spółka akcyjna w W.

na skutek skargi odwołującego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO ...

- I. oddala skargę,
- II. zasądza od ... spółki akcyjnej w K. na rzecz ... spółki akcyjnej w Warszawie 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

*SSO Alicja Dziekańska*

*SSO Paweł Kieta*

*SSO Wiktor Piber*

## Uzasadnienie

...S.A. w W. (dalej jako zamawiający) prowadził w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, wdrożenie i utrzymanie rozwiązania Workflow.

Wykonawca ... S.A. w K. złożył odwołanie od czynności zamawiającego, gdzie wniósł o: unieważnienie czynności oceny ofert; nakazanie zamawiającemu odtajnienia odpowiedzi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: ...sp. z o.o. w W. i ... S.A. w W. (dalej także jako: ...) z dnia 12 lipca 2018 r.; odrzucenie oferty ... ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę; odrzucenie oferty ... ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ; wykluczenie oferty ..., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 22 sierpnia 2018 r. oddaliła odwołanie (pkt 1) oraz kosztami postępowania obciążył ... S.A. w K. i: zaliczył w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł uiszczoną przez ... S.A. w K., tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1.), zasądził od ... S.A. w K. na rzecz zamawiającego 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika (pkt 2.2).

Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby nie zachodziły przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z SIWZ ocena oferty w podkryterium „GOTOWOŚĆ FUNKCJONALNOŚCI” zostanie przeprowadzona w następujący sposób: wykonawca jest zobowiązany do uzupełnienia formularza ofertowego w którym wskaże nazwę handlową produktu (rozwiązania WorkFlow) identyfikowanego w raportach dotyczących rozwiązań ... opracowanych przez firmę ... albo ... opublikowanych w: ... lub raport późniejszy; ... lub raport późniejszy. Wykonawca miał wskazać nazwę handlową produktu użytą we wskazanym przez siebie jednym z powyższych raportów. W przypadku nie wskazania nazwy handlowej produktu zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium.

Wykonawca ... w ofercie wskazał, że oferowany przez niego produkt, to jest ... (...) znajduje się w raporcie .., wskutek czego otrzymał maksymalną liczbę punktów (11) w ramach kryterium „GOTOWOŚĆ FUNKCJONALNOŚCI”. W ocenie Izby wykonawca nie podlegał wykluczeniu, bowiem nie wprowadził zamawiającego w błąd. Izba, z uwagi na brak kontrdowodu ze strony odwołującego, przychyliła się do stanowiska wykonawcy ..., że raport ... zawiera nazwę handlową tej samej technologii ..., tylko że w innym wydaniu - wydaniu chmurowym. Natomiast poprzednia wersja raportu tj. ... zawierała nazwę handlową oferowanego produktu w wersji „standardowej”, tj. ....

Izba wskazała także, że w niniejszym stanie faktycznym sytuacja wykonawcy ... nie może ulec zmianie, wciąż przystępujący jest wykonawcą najkorzystniejszym, niezależnie czy otrzymałby dodatkowe 11 punktów, czy też nie.

Odnosząc do zarzutu rażąco niskiej ceny Izba zważyła, że zamawiający wezwał pismem z dnia 4 lipca 2018 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp przystępującego do podania komentarza do oszacowania pracochłonności i wyjaśnienie co do zakresu oszacowanych prac. Wykonawca ocenił pracochłonność wdrożenia wszystkich procesów znajdujących się w OPZ na 1.082 MD. Tak sformułowane zapytania w ocenie Izby nie dawały podstaw do wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Takich podstaw nie dała też wyliczona przez odwołującego stawka 1 MD za realizację prac w Etapie 5. Zamawiający mógł uznać, że zaoferowana średnia cena za realizację etapu 5 oraz stawka MD w ramach tego etapu jest realna. Natomiast odwołujący nie wykazał, że za cenę zaoferowaną przez przystępującego nie sposób wykonać etapu 5 zamówienia. Izba wskazała, że abstrahując od różnicy cenowej brutto między ofertami odwołującego (9.447.855,28 zł) i wykonawcy ... (9.468.540,00 zł), a wynoszącej około 20 tysięcy zł, należało zwrócić uwagę na specyfikę etapu 5, gdzie większość prac konfiguracyjnych oraz sposobów postępowania zostanie już wypracowana na wcześniejszych etapach.

Izba zważyła, że niezasadny był zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby sam fakt, że kwota za etap 5 jest zdecydowanie niższa od kwot podanych w poprzedzających etapach nie oznacza jeszcze samo przez się, że wykonawca ten utrudniał innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w tym przez przerzucanie kosztów realizacji zamówienia w ramach etapu 5 do kosztów realizacji wcześniejszego etapu, właśnie w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby nie zachodziły również podstawy do odtajnienia pisma ... złożonego na wezwanie zamawiającego z dnia 12 lipca 2018 r.

Skargę na wyrok KIO wniósł ... S.A., zaskarżając wyrok w całości i zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego, to jest:
  - a) art. 190 ust. 7 Pzp poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w związku z oparciem przez Izbę orzeczenia w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z przyznaniem wykonawcy ... 11 punktów w ramach kryterium „Gotowość funkcjonalności”, wyłącznie na oświadczeniu Wykonawcy ... złożonym na rozprawie, iż produkt ... i ... to te same produkty, podczas gdy tę samą moc dowodową miało oświadczenie przeciwne, złożone przez skarżącego w odwołaniu i na rozprawie, i brak wyjaśnienia przez Izbę, dlaczego jednemu oświadczeniu przyznała większą moc dowodową, a także pominięcie w tym zakresie faktów wynikających z dowodów przedłożonych przez strony i uczestników postępowania na rozprawie, z których również wynikały okoliczności przeciwne;

b) art. 196 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie zawarcia w uzasadnieniu wyroku podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej - w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ... ze względu na brak wyceny procesu 15, a także w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z przyznaniem wykonawcy ... 11 punktów w ramach kryterium „Gotowość funkcjonalności”;

c) art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, to jest nieuwzględnienie okoliczności, zgodnie z którą w przypadku wniesienia odwołania zawierającego zarzut zaniechania odrzucenia oferty pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeśli jest on uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której istniały podstawy do odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ... S.A. (lider konsorcjum) i ... sp. z o.o., pomimo iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wobec:

- braku zaoferowania przez wykonawcę ... wszystkich wymaganych SIWZ urządzeń i elementów;
- braku umieszczenia w ofercie wykonawcy ... opisów, o których mowa w załączniku nr 4 do OPZ;
- braku wskazania ilości MD (man-days) w formularzu ofertowym przez wykonawcę ...;
- braku obsługiwanie najnowszych przeglądarek internetowych przez rozwiązanie Wykonawcy ...;

b) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, co doprowadziło do utrzymania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad oceny ofert i kryteriów dokonywania tej oceny, co skutkowało brakiem zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez przyznanie ofercie wykonawcy ... maksymalnej punktów w odniesieniu do podkryterium „GOTOWOŚĆ FUNKCJONALNOŚCI” badanego w ramach kryterium „funkcjonalność systemu WorkFlow”, podczas gdy oferowany wykonawcą ... produkt nie znajduje się w raporcie opracowanym przez firmę ... ani raporcie późniejszym, nie znajduje się również w drugim ze wskazanych przez Zamawiającego raportów (... ani raporcie późniejszym), wskutek czego Wykonawca ... nie powinien otrzymać punktów w ramach podkryterium „GOTOWOŚĆ FUNKCJONALNOŚCI”;

c) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez niewłaściwą wykładnię powołanego przepisu co skutkowało zaniechaniem wykluczenia wykonawcy ..., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, w szczególności wobec niezgodnego ze stanem rzeczywistym wskazania, że produkt oferowany przez wykonawcę ... znajduje się w raporcie opracowanym przez firmę ..., podczas gdy produkt ten nie został badany w powyższym raporcie ani raporcie późniejszym (ani też w drugim z dopuszczonych przez Zamawiającego raportów - ... ani raporcie późniejszym);

d) art. 8 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego błędne zastosowanie, co doprowadziło do zaniechania udostępnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych przez wykonawcę ... jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w odpowiedzi wykonawcy ... na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 12 lipca 2018 r.;

e) art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez ich niezastosowanie, co doprowadziło do utrzymania czynności wezwania wykonawcy ... do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do części składowej oferty wykonawcy ... w niewłaściwym trybie, tj. trybie art. 87 ust. 1 Pzp zamiast trybie określonym w art. 90 ust. 1, co skutkowało niezachowaniem ustawowego trybu i obowiązków uczestników postępowania w odniesieniu do składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ..., pomimo iż część składowa oferty tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę;

f) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ... wobec popełnienia przez Wykonawcę ... czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na przerwaniu przez wykonawcę ... kosztów realizacji zamówienia w ramach etapu V do kosztów realizacji innego etapu zamówienia, co spowodowało, że ukształtowana została cena nierynkowa i rażąco niska w ramach etapu V.

Skarżący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie wskazanych dowodów. Skarżący wniósł również o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie co do istoty sprawy i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie dokonania unieważnienia czynności oceny ofert nakazanie odtajnienia odpowiedzi wykonawcy ... na wezwanie z dnia 12 lipca 2018 r.; nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy ... ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę; nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy ... ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ; nakazanie wykluczenia wykonawcy ..., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; nakazanie dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a w przypadku, gdy umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego została już zawarta - o uwzględnienie skargi i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp. Skarżący wniósł również o zasądzenie kosztów.

W odpowiedzi na skargę wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ... S.A. i ...sp. z o.o. wnieśli o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie kosztów. Wnieśli również o dopuszczenie i przeprowadzenie wskazanego dowodu.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi, zasądzenie kosztów oraz pominięcie wniosków dowodowych skarżącego.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Izba prawidłowo ustaliła stan faktyczny w sprawie, który Sąd Rejonowy akceptuje i uznaje za własny. Zasadniczo na aprobatę zasługuje również ocena prawna Izby. Sąd Okręgowy nie podzielił rozważań Izby, że skoro zamawiający dopuścił oba raporty – ... – to fakt, że zaoferowany przez ... produkt znajduje się w raporcie ..., uprawniał zamawiającego do przyznania wykonawcy ... 11 pkt w ramach podkryterium „Gotowość funkcjonalności”.

Na wstępie podkreślić należy, że zdecydowana większość zarzutów podniesionych w skardze została już podniesiona w postępowaniu odwoławczym.

Nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Sądu Okręgowego niezasadnie zarzuca skarżący, że oferta ... nie odpowiadała SIWZ z uwagi na brak zaoferowania przez tego wykonawcę wszystkich wymaganych w specyfikacji urządzeń i elementów. Mając na uwadze zapis opisu przedmiotu zamówienia (ust. 6.1.), załącznika nr 1 do SIWZ (ust. 8 i ust. 8.3.) oraz odpowiedzi zamawiającego na pytania (nr: 25, 33, 35) wykonawców w tym zakresie, należy wskazać, że stanowisko zamawiającego w przedmiocie wymogów tam opisanych nie było jednoznaczne. Zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia wskazał przedmiot zamówienia oraz szereg wymogów, jakie wykonawca winien zawrzeć w ofercie, w tym w zakresie elementów infrastruktury, aby jego oferta nie podlegała odrzuceniu i aby mógł wziąć udział w postępowaniu. Z analizy opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców nie sposób było wywieść, że lista produktów miała charakter zamknięty. W efekcie powyższego nie można zarzucać wykonawcy, że nie przedstawił wszystkich elementów infrastruktury w swojej ofercie (jak podnosił skarżący – macierzy i firewalli) i w konsekwencji jego oferta podlegała odrzuceniu, skoro zamawiający takich wymogów wprost nie określił.

Sąd Okręgowy zauważa, że stanowisko zamawiającego w tym przedmiocie nie było jednoznaczne i mogło budzić wątpliwości wykonawców, czy już w ofercie wykonawcy są zobowiązani do podania kompletnej liczby sprzętu i oprogramowania, niezbędnej do realizacji umów. OPZ w tym przedmiocie był nieprecyzyjny i ogólny, co spowodowało, że wykonawcy zadawali zamawiającemu pytania dotyczące wskazania elementów infrastruktury. Oznacza to, że już na tym etapie istniały wątpliwości wykonawców co do wymogów zamawiającego co do OPZ w zakresie infrastruktury sprzętowo - programowej. Zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców wskazywał zaś z jednej strony, że lista sprzętu serwerowego nie będzie udostępniana przez zamawiającego, z drugiej zaś strony wskazywał, że *„Wykonawca ma obowiązek podać i dostarczyć kompletną liczbę sprzętu i oprogramowania niezbędną do realizacji całości zadań”* (odpowiedź na pytanie nr 35).

Podsumowując, OPZ i odpowiedzi zamawiającego były na tyle nieprecyzyjne, że nie sposób na ich podstawie wywieść z pewnością, że wykonawcy zostali zobowiązani do

wskazania w ofercie kompletnej liczby sprzętu i oprogramowania, niezbędnej do realizacji umowy. W tym przypadku interpretacja OPZ na niekorzyść wykonawcy byłaby sprzeczna z art. 7 ust. 1 Pzp – wymogiem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem przerzucać na wykonawcę odpowiedzialności za nieprecyzyjność samego zamawiającego, szczególnie, że możliwe było złożenie oferty spełniającej wymogi zamawiającego.

Nie istniały również podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na brak zamieszczenia w ofercie wykonawcy ... opisów, o których mowa w załączniku nr 4 do OPZ, wbrew zarzutowi skarżącego. Krótki opis w uwagach (komentarzu) nie miał wpływu na kwestie związane z prawidłową oceną ilości czasów poświęconego na wykonanie prac, które są w tym miejscu punktowane. Przy tak krótkim opisie, który był wymagany przez zamawiającego, niemożliwe było wskazanie zakresu niezbędnych prac programistycznych/konfiguracyjnych związanych z dostarczeniem zamawiającemu oczekiwanej funkcjonalności. Komentarze te (uwagi) nie służyły ocenie ofert na podstawie SIWZ, jak słusznie wskazywała Izba, bowiem przyznanie punktów następowało na podstawie deklaracji wykonawcy wyrażonej w skali oceny 0-3 zawartej w kolumnie „ocena spełnienia wymagania”.

Ponadto nie można stracić z pola widzenia, że niewskazanie opisów, o których mowa w załączniku nr 4 do OPZ, ma ten skutek, że zamawiający przyzna 0 pkt za niewypełnienie tego wymogu, a nie zaś odrzuci ofertę jako niezgodną z SIWZ. Nie można czytać odrębnie elementów wskazanych w ww. załączniku, a należy badać skutki niewypełnienia danego elementu w sposób wskazany przez zamawiającego. Oznacza to, że „UWAGA” zawarta pod wymogami wskazanymi w punktach, jakie wypełnić ma wykonawca w zakresie posługiwania się czterostopniową skalą spełnienia wymogów, znajdującymi się w załączniku nr 4 do OPZ, ma funkcję służebną wobec wymagań wskazanych w pkt 1 – 8. W konsekwencji nie można wyciągnąć wobec wykonawców skutków niewypełnienia wymogu zawartego w „UWAGACH” większych, niż wynikających z niewypełnienia wymogów wskazanych w pkt 1 – 8, podlegający punktacji. Niezasadne jest zatem twierdzenie, że skoro jest niewypełniona kolumna „UWAGI” należy odrzucić ofertę jako niezgodną z SIWZ.

Niezasadnie zarzucał skarżący, że istniały podstawy do odrzucenia oferty ... wobec braku wskazania ilości MD w formularzu ofertowym. W ocenie Sądu Okręgowego pozycję 15 załącznika nr 1 do oferty (obsługa wniosków pracowniczych), gdzie zamawiający wymagał określania pracochłonności, należy interpretować w ten sposób, że pkt 15 to punkt główny, zawierający podpunkty - od 15.1. do 15.9. Oznacza to, że pozycje 15.1. – 15.9. są częściami składowymi pozycji 15, a nie odrębnymi pozycjami. W konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, który uzupełnił części składowe pozycji 15, czyli pkt 15.1. – 15.9., a nie uzupełnił samej pozycji 15. Sąd Okręgowy jednocześnie dostrzega, że pozycję 15 można również odczytać inaczej – pkt 15 jako punkt główny, który odnosi się do poszczególnych pkt 15.1. – 15.9. Sama konstrukcja tej pozycji jest niejasna i rację należy przyznać skarżącemu, że zamawiający nie sprecyzował, jak zapisy ww. punktów należy interpretować. Wykonawca jednak nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzyjności zamawiającego, o czym była już mowa powyżej.

W ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do zmiany zaskarżonego orzeczenia z uwagi na zarzut dotyczący braku obsługiwanie najnowszych przeglądarek internetowych przez rozwiązanie wykonawcy .... Zarzut ten został podniesiony w postępowaniu odwoławczym, nie został zakwestionowany przez zamawiającego i uczestnika, został zaś uwzględniony przez Izbę. Izba zważyła, że zamawiający nie powinien przyznawać punktów w tym zakresie ofercie ..., jednak naruszenie to nie wywarło ani nie mogło wywrzeć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba, pomimo podzielenia argumentów odwołującego, oddaliła zarzut odwołującego w tym przedmiocie, gdyż odjęcie trzech punktów nie miało wpływu na pozycję przystępującego w rankingu ofert. Mając na uwadze powyższe rozważania Izby należało dojść do przekonania, że skutki prawne tego zarzutu zostały już przez Izbę ustalone. Nie można zmienić zatem zaskarżonego orzeczenia z uwagi na ponowne uwzględnienie tego zarzutu.

Wskazać należy, że skarżący nie podnosił, że rozważania Izby w przedmiocie zarzutu dotyczącego braku obsługiwanie najnowszych przeglądarek internetowych przez rozwiązanie wykonawcy ... były nieprawidłowe, a żądał, aby Sąd nakazał odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ, a zatem aby wyciągnął dalej idące konsekwencje niż Izba, mimo prawidłowych jej rozważań. Nie sposób jednak zgodzić się ze skarżącym. Prawidłowo bowiem Izba wywiodła, że ofercie ... w przedmiotowym kryterium należało przyznać 0 pkt, a nie 3 pkt, a nie odrzucić ofertę jako niezgodną z SIWZ. Element *plugin* był wymieniony w załączniku nr 4 do OPZ jako podlegający punktowaniu. Gdyby zatem zamawiający uznał, że nie ma potrzeby posługiwania się wtyczką, nie zawarłby takiego wymogu w załączniku do OPZ. Element taki był zawarty w wymogach, zatem należało ocenić oferty pod kątem spełnienia tego wymogu. Jeżeli jednak oferta danego wykonawcy nie spełniała tego wymogu, należało jej przyznać 0 pkt w tym zakresie, a nie odrzucić ofertę. Rację należało przyznać Izbie, że pomimo iż zamawiający niesłusznie przyznał wykonawcy ... 3 pkt, kiedy powinien 0 pkt, nie miało to wpływu na wynik postępowania i ostatecznie nie prowadziło do zmiany zaskarżonego wyroku.

Doszło zaś do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 190 ust. 7 Pzp i art. 196 ust. 4 Pzp w tym jedynie zakresie, że Izba błędnie wywiodła, że mimo że oferowany przez wykonawcę produkt nie znajdował się w raporcie przygotowanym przez firmę ..., a znajdował się w raporcie ..., możliwe było przyznanie wykonawcy maksymalnej liczby punktów w podkryterium „Gotowość funkcjonalności”. Nie oznacza to jednak, że oferta wykonawcy ... winna być odrzucona, czy też wykonawca wykluczony, a jedynie, że nie powinna otrzymać punktów w ramach podkryterium „Gotowość funkcjonalności”. Niemniej jednak w stanie faktycznym sprawy Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że mimo zasadności powyższych zrzutów, zaskarżony wyrok nie podlegał zmianie.

Z III ust. 4 Rozdziału XV SIWZ wynika, że rolą wykonawcy jest wskazanie raportu, w którym zidentyfikowano oferowany przez niego produkt, a nie zamawiającego. Zamawiający zawęził jednak wykonawcom wybór do dwóch raportów – firmy ... i firmy .... Wykonawca ... w swojej ofercie wskazał, że zaoferowany przez niego produkt ... znajduje się w raporcie opracowanym przez firmę .... Odwołujący w postępowaniu przed Izbą



argumentował, że w raporcie ... nie ma tego produktu; został tam zawarty zaś inny produkt – ..., który jest wydaniem chmurowym technologii .... Izba ustaliła, że oferowany przez wykonawcę ... produkt widnieje zaś w raporcie ...a i skoro tak, to uprawniało to zamawiającego do przyznania wykonawcy ... 11 pkt.

Sąd Okręgowy nie podzielił powyższego stanowiska Izby. Spór obecnie koncentruje się na tym, czy produkt ... i ... to równoważne produkty i czy skoro to wykonawca wskazuje raport, w którym zidentyfikowano oferowany przez niego produkt, wykonawca może „dopasować” do danego produktu odmienny, niż wskazany przez wykonawcę, raport. W ocenie Sądu Okręgowego z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, że powyższe produkty nie są tożsame, zawierają różne rozwiązania. Zasadniczo ich cel jest ten sam, jednak zostaje osiągnięty różnymi metodami – jedna to oprogramowanie na sprzęcie, drugie „w chmurze”. Z tej już przyczyny nie można było podzielić rozważań KIO, że są to równoważne rozwiązania. Oznacza to, że mimo że wykonawca ... zasadniczo był uprawniony do wyboru raportu ..., jednak czasopismo to nie zawierało oceny oprogramowania oferowanego przez tego wykonawcę. W konsekwencji oferta wykonawcy ... nie powinna otrzymać punktów w przedmiotowej kategorii.

W niniejszej sprawie w trakcie postępowania pojawiło się jeszcze jedno zagadnienie w tym przedmiocie. Zamawiający na rozprawie przyznał bowiem, że błędnie opisał w SIWZ nazwę periodyku, gdyż raport firmy ..., który jest wskazany w SIWZ, nie dotyczy produktu ... tylko ... i siłą rzeczy nie może zawierać oceny oprogramowania .... W konsekwencji – *de facto* żaden z wykonawców nie mógł się powołać na raport firmy ..., wskazany w SIWZ, bowiem nie dotyczył on produktu oferowanego do zamówienia i żadanego przez zamawiającego. Żaden z podmiotów nie podnosił na wcześniejszych etapach tego argumentu, jednak jest on bezsporny.

Mając na uwadze powyższe należało dojść do przekonania, że wykonawca ... nie mógł wykazać spełnienia warunku niemożliwego do spełnienia. Skoro zatem jego oprogramowanie nie było zawarte w raporcie firmy ..., wskazanym przez wykonawcę, a nikt z wykonawców nie zwrócił uwagi zamawiającemu na błędną nazwę periodyku, to formalnie warunek ... nie powinien być podlegać punktacji, aby zachować zasadę uczciwej konkurencji. Brak jest bowiem możliwości porównania programu U... wykonawcy, opisanym w raporcie ... (prawidłowo wskazanym w SIWZ) z programem U... wykonawcy, który jest w odpowiednim periodyku firmy ... (...), ale na którego wykonawca nie mógł się powołać z uwagi na błędną nazwę czasopisma firmy ..., zamieszczoną w SIWZ. Należy także wskazać, że uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonaliści, ich oferty miały być oceniane również przy pomocy profesjonalnych czasopism.

W ocenie Sądu Okręgowego – mając na uwadze powyższe rozważania – należało zasadniczo podzielić argumentację skarżącego, że wykonawca ... w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Skutkiem tego jednak winno być nieprzyznanie punktów w zakresie podkryterium „Gotowość funkcjonalności”, a nie odrzucenie oferty, czy też wykluczenie wykonawcy. Należy mieć bowiem na względzie całokształt okoliczności

niniejszej sprawy, w tym przede wszystkim: błąd zamawiającego w oznaczeniu czasopisma w SIWZ, za który odpowiedzialności nie powinien ponosić wykonawca, okoliczność, że na ten błąd przez zdecydowaną większość postępowania nikt nie zwrócił uwagi, fakt, że ocena oprogramowania zaoferowanego przez wykonawcę ... *de facto* istnieje, tylko w innym czasopiśmie branżowym jednej z wymienionych w SIWZ firm oraz że nawet w sytuacji nieprzyznania przez wykonawcę owych 11 pkt, tylko 0 pkt, w zakresie podkryterium „Gotowość funkcjonalności”, oferta wykonawcy ... byłaby najkorzystniejsza.

Nie doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk. Izba prawidłowo oceniła pismo z dnia 12 lipca 2018 r. i nie udostępniła informacji zastrzeżonych przez wykonawcę ... jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismo to nie zawierało wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, tajemnica przedsiębiorstwa została zaś skutecznie zastrzeżona.

Nie doszło także do naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp. W zakresie roboczości (oszacowanie pracochłonności i wyjaśnienie oszacowania prac), zamawiający wezwał wykonawcę ... do podania komentarza na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp pismem z dnia 4 lipca 2018 r. Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, **wydają się** rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i **budzą wątpliwości** zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Natomiast zaś zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art.35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający nie wnosił zatem o wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez wykonawcę ... oferty i nie był zobligowany do zastosowania art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, bowiem oferta ww. wykonawcy nie spełniała wymogu 30%, o którym mowa w tym przepisie.

Natomiast różnica w cenie oferty wykonawcy ... i wykonawcy ... to niecałe 20.000 zł (odpowiednio – 9.447.855,28 zł i 9.468.540,00 zł).

Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obciąża wykonawcę, który ją oferuje, ale to skarżący winien wskazać jakie fragmenty oferty cenowej są jego zdaniem nierealne aby można było mówić o kontroli ceny. Samo rozbieżności cenowe w ofercie nie jest objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jest ogólnie dostępne i na tej podstawie strona może wnioskować co do realności lub nie ceny i wskazywać jakie jej zdaniem okoliczności powodują jej zafałszowanie. Skarżący nie wykazał jednak, że nie sposób wykonać etapu 5 zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę .... Należy także zauważyć, że zarzut ten

dotyczy jedynie etapu 5, który nie jest na tyle istotny, aby podlegał ocenie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Postępowaniem było objęte zamówienie całego systemu i jego implementacji do sprzętu, a etap 5 to serwis, nadzór, który jest konsekwencją wykonania bardziej istotnych etapów zamówienia. Z dokumentacji postępowania złożonych przez wykonawców i SIWZ wynikało również, że znaczna część prac będzie wykonywana rękoma pracowników .... Z tego punktu widzenia etap 5 to zasadniczo nie jest nakład pracy uczestnika, a jedynie nadzór. W konsekwencji zamawiający miał prawo uznać zasadność i wiarygodność wyjaśnień dotyczących roboczości, zawartych w piśmie z dnia 12 lipca 2018 r. i nie było podstaw aby wnosić o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do kwestii nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przedmiocie wyjaśnień złożonych w piśmie z dn. 12 lipca 2018r. Sąd Okręgowy w pełni podziela ustalenia faktyczne i prawne KIO i przyjmuje je za własne.

Okoliczność, iż w ofercie ... podał ogólne dane dotyczące czasochłonności nie uzasadnia potrzeby ujawnienia szczegółowych zasad ich wyliczenia, albowiem powyższe łączy się już z zasadami pracy i zatrudnieniem w danym przedsiębiorstwie i w konsekwencji z polityką płacową ponadto z części pisma objętego tajemnicą można wywieść także wnioski dotyczące polityki finansowej i technologii z uwagi na wskazanie w nim szczegółowych informacji dotyczących planowanego rozwiązania, które miało zostać przygotowane dla zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, mimo że sąd drugiej instancji przychylił się w części do argumentacji skarżącego, jednakże nie wpłynęła ona ostatecznie na prawidłowość samego wyroku KIO i dlatego na podstawie art. 198f ust. 2 zd.1 Pzp Sąd Okręgowy oddalił skargę, jako bezzasadną.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 Pzp oraz § 2 pkt 9) §10 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, zgodnie z zasadą odpowiedzialności finansowej za wynik sprawy. Ponieważ skarżący przegrał postępowanie w całości, zwróci zamawiającemu wszystkie poniesione przezeń koszty w wysokości 12.500 zł, o czym orzeczono w punkcie II sentencji wyroku.

*Alicja Dziekańska*

*Paweł Kieta*

*Wiktor Piber*