

UZASADNIENIE

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie na obszarze województwa (...) wspólnego dla organizatorów i przewoźników systemu poboru opłat za przewozy w zbiorowym transporcie pasażerskim oraz systemu jednolitej informacji pasażerskiej (nr ZP/PN/03/19).

W dniu 8 lipca 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...) (...)z siedzibą w L. P.- P. ((...)) jako najkorzystniejszej.

W dniu 17 lipca 2020 r. Konsorcjum (...) wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp. **Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 1660/20.**

Konsorcjum (...) zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 91 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum (...), która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu (wobec zaistnienia podstawy do jej odrzucenia);

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum T. jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymagań technicznych i funkcjonalności oferowanych urządzeń;

3.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) ze względu na fakt określenia przez tego wykonawcę sposobu wykonania zamówienia w sposób niezgodny z SIWZ poprzez zadeklarowanie przez Konsorcjum (...) zaangażowania personelu dla kluczowych ról po stronie Zamawiającego, koniecznych do realizacji przedmiotowego zamówienia jako wartość „0”, co zgodnie ze zobowiązaniami Zamawiającego określonymi w załącznikach do SIWZ oraz postanowieniami umownymi uniemożliwia wykonanie i odbiór zamówienia;

4.z ostrożności jako zarzut ewentualny, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiego ceny lub kosztu lub ich istotnej części (tj. celem wyjaśnienia, czy cena zawiera rażąco niski koszt i stanowi rażąco niską cenę), gdyż ten wykonawca zaoferował za wykonanie usługi „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” cenę „0,00” zł:

a. w okresie wdrożenia w zakresie (...) - w formularzu ofertowym pkt 6.1.4,

b. w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie (...) - w formularzu ofertowym pkt 6.2.3;

5.art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnej części, tj. ceny lub kosztu nie

zapewniającej pokrycia kosztów realizacji zamówienia, gdyż ten wykonawca zaoferował za wykonanie usługi „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” cenę/koszt „0,00” zł:

a. w okresie wdrożenia w zakresie (...) - w formularzu ofertowym pkt 6.1.4,

b. w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie (...) - w formularzu ofertowym pkt 6.2.3;

6.art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) pomimo, że zaproponowanie wykonania usług „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” za cenę „0,00 zł” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk;

7.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum T. jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż ten wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych załączników w formie excela:

a. zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora A. kalkulatora O. C. dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie (...);

b. zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora A. kalkulatora O. C. dla usługi świadczonej w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie (...);

8.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) ze względu na brak spójności wizerunkowej różnych typów i rodzajów urządzeń walidujących oferowanych przez tego wykonawcę;

9.art. 89 ust. 7b ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) z uwagi na niewniesienie wadium;

10.art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień w związku z zaistnieniem przesłanek do wykluczenia Konsorcjum (...) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że osoba występująca po stronie Konsorcjum (...) brała udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania i zakłóciło to konkurencję w sposób nieodwracalny;

11.art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum (...) ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego, że ten wykonawca nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, z ostrożności zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp lub samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp;

12. (jako zarzut ewentualny) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku gdyby stwierdzono, że oferta Konsorcjum (...) nie podlega odrzuceniu, unieważnienia postępowania ze względu na fakt, że wykonawca ten zaoferował za wykonanie usługi „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych

platformy chmurowej" cenę „0,00" zł;

a. w okresie wdrożenia w zakresie (...) - w formularzu ofertowym pkt 6.1.4,

b. w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie (...) - w formularzu ofertowym pkt 6.2.3,

co uniemożliwia zgodnie ze wzorem wskazanym w SIWZ przyporządkować poszczególnym wykonawcom liczbę punktów w ramach „Kryterium F podejścia do skalowalności i rozbudowy rozwiązania" i w konsekwencji dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z podniesionymi zarzutami Konsorcjum (...) wniosło o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wykonania następujących czynności:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej, bowiem obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania;

2. odrzucenia oferty Konsorcjum (...) z powodów opisanych w odwołaniu;

3.wykluczenia Konsorcjum (...) z powodów opisanych w odwołaniu;

4.powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem przyjętych dla oceny kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ;

5.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

6.ewentualnie, wezwania Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;

7.ewentualnie, wezwania Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp lub samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp;

8.ewentualnie, w przypadku nieodrzczenia oferty Konsorcjum (...), unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu podniesionego w pkt 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo że zaproponowanie wykonania usług „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej" za cenę „0,00 zł" stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

Kolejnym pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. zamawiający udzielił uzupełniającej odpowiedzi na odwołanie, przedstawiając swoje stanowisko w odniesieniu do nieuwzględnionych zarzutów. Zamawiający wniosł o oddalenie zarzutów, które nie zostały przez niego uwzględnione.

Na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu wskazanego w pkt 7 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum (...) jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż ten wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych załączników w formie excela: a) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania", przygotowanego za pomocą kalkulatora A. kalkulatora O. C. dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie (...); b) zestawienia „Architektury

Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania", przygotowanego za pomocą kalkulatora A. kalkulatora O. C. dla usługi świadczonej w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie (...).

Pismem wniesionym do Prezesa I. w dniu 20 lipca 2020 r. Konsorcjum (...) zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Konsorcjum (...) przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Konsorcjum (...) wniosło o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu w dniu 21 sierpnia 2020 r. Konsorcjum (...) złożyło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu podniesionego w pkt 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo że zaproponowanie wykonania usług „dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej” za cenę „0,00 zł” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

Na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. Konsorcjum (...) złożyło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu wskazanego w pkt 7 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum (...) jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż ten wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych załączników w formie excela: a) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora A. kalkulatora O. C. dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie (...); b) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora A. kalkulatora O. C. dla usługi świadczonej w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie (...).

W dniu 20 lipca 2020 r. Wykonawca C. B. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp. **Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 1688/20.**

Wykonawca C. B. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum (...), pomimo tego, że oferta Konsorcjum (...) jest niezgodna z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł, a więc niezgodnie z formułami matematycznymi określonymi w rozdziale XIV pkt 4.1 i 4.2 SIWZ (zarzut nr 1);

2.art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł w celu uzyskania jak najwyższej punktacji, przenosząc koszty ich wykonania do innych elementów oferty (zarzut nr 2);

3.art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł, a elementy stanowią istotne części składowe ceny całkowitej, oferty (zarzut nr 3) - ewentualnie – zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ww. cen (zarzut nr 4);

4.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum (...), pomimo tego, że oferta Konsorcjum (...) jest niezgodna z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował dostarczenie urządzenia (...) dla kierowców, którego temperatura przechowywania wynosi od -30 do +70 st. C, podczas gdy Zamawiający w pkt 3.13.2 załącznika 4 do SIWZ wymagał, aby temperatura ta wynosiła co najmniej od -40 do +60 st. C (zarzut nr 5) - ewentualnie - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do wyjaśnień w zakresie temperatury przechowywania urządzenia (...) (zarzut nr 6);

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1i 2 uзнk w zw. z art. 11 ust. 2 uзнk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum

A. (...) pomimo tego, że wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa film prezentujący funkcjonalności oferowanych urządzeń, czego Zamawiający wyraźnie zakazał w Załączniku nr 6 do SIWZ (zarzut nr 7) - ewentualnie - art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 2 uзнk poprzez zaniechanie odtajnienia filmu złożonego przez Konsorcjum (...) (zarzut nr 8);

6.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uзнk w zw. z art. 10 ust. 1 uзнk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim wykonawca ten przedstawił kartę katalogową urządzeń (...) dla kierowców, w której brakuje informacji, że ich temperatura przechowywania wynosi od -30 do +70 st. C, co skutkuje brakiem odpowiedniego oznaczenia oferowanego towaru oraz zatajeniem ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z niego (zarzut nr 9);

7. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie, w jakim przedstawił kartę katalogową dla urządzeń (...) dla kierowców, w której brakuje informacji, że temperatura ich przechowywania wynosi od -30 do +70 st. C (zarzut nr 10);

8. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie Wykonawcy C. B. zaniżonej punktacji w ramach kryterium oceny ofert E1 (zarzut nr 11);

9. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum (...) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Wykonawcy C. B. (zarzut nr 12).

W związku z podniesionymi zarzutami Wykonawca C. B. wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wykonanie następujących czynności:

-unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert w postępowaniu, oraz odrzucenie oferty Konsorcjum (...), ewentualnie wezwanie Konsorcjum (...) do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia cen za wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty),

-wykluczenie Konsorcjum (...) z postępowania,

-odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum (...), ewentualnie zwrócenie się do Konsorcjum (...) o wyjaśnienie treści złożonej oferty,

-odrzućenie oferty złożonej przez Konsorcjum (...), ewentualnie odtajnienie filmu zastrzeżonego przez Konsorcjum (...) jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przyznanie Wykonawcy C. B. dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert E1,

-uznanie za ofertę najkorzystniejszą oferty Wykonawcy C. B..

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 sierpnia 2020 r. Wykonawca C. B. złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 uznk w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) pomimo tego, że wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa film prezentujący funkcjonalności oferowanych urządzeń, czego Zamawiający wyraźnie zakazał w Załączniku nr 6 do SIWZ (zarzut nr 7).

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie składając oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum (...), pomimo tego, że oferta Konsorcjum (...) jest niezgodna z treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł, a więc niezgodnie z formułami matematycznymi określonymi w rozdziale XIV pkt 4.1 i 4.2 SIWZ (zarzut nr 1) oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował wykonanie Architektury Rozszerzonej (pkt 6.1.4 Formularza Oferty) i Architektury Podstawowej (pkt 6.2.3 Formularza Oferty) za 0 zł w celu uzyskania jak najwyższej punktacji, przenosząc koszty ich wykonania do innych elementów oferty (zarzut nr 2).

Kolejnym pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. zamawiający udzielił uzupełniającej odpowiedzi na odwołanie, przedstawiając swoje stanowisko w odniesieniu do nieuwzględnionych zarzutów. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów, które nie zostały przez niego uwzględnione.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 sierpnia 2020 r. Zamawiający oświadczył, iż w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia filmu złożonego przez Konsorcjum (...) (zarzut nr 8) przekazanie Wykonawcy C. B. ww. filmu należy traktować jako uwzględnienie przez niego ww. zarzutu odwołania.

Pismem wniesionym do Prezesa I. w dniu 22 lipca 2020 r. Konsorcjum (...) zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Konsorcjum (...) przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Konsorcjum (...) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem wniesionym do Prezesa I. w dniu 22 lipca 2020 r. Konsorcjum (...) zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2020 r. Konsorcjum (...) przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Konsorcjum (...) wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum (...) oraz dotyczących Wykonawcy C. B..

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 21 sierpnia 2020 r. Konsorcjum (...) zgłosiło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania (zarzuty podniesione w pkt 1 i 2 odwołania).

Wyrokiem z dnia 14 października 2020 r. po rozpoznaniu odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 1615/20, KIO 1660/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła m.in. :

II. w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1660/20

1. Uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia: art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 1 odwołania), art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 3 odwołania), art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 Prawo zamówień publicznych (pkt 4 odwołania), art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1, a w konsekwencji także art.- 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 6 odwołania), art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 7 odwołania) oraz art. 24 ust. 10 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 10 odwołania i częściowo pkt 11 odwołania) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz (...) (...) siedzibą w L. P.-P. (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciążyła: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz (...) (...) z siedzibą w L. P.-P. (...) w części 1/2, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. Data (...) Spółka Akcyjna z (...) w G. oraz A. (...) s.r.l. z siedzibą w S. (...) w części 1/3 i zamawiającego I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. w części 1/6 ,i

3.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w G. oraz A. (...) s.r.l. z siedzibą w S. (...) tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądziła od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz (...) (...) siedzibą w L. P.-P. (Francja) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w G. oraz A. (...) s.r.l. z siedzibą w S. (...) kwotę 7 500 zł ;

3.3. zasądziła od zamawiającego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w G. oraz A. (...) s.r.l. z siedzibą w S. (...) kwotę 2 500 zł.

IV. w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1688/20:

1. Uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 1), art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 2), art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 4) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 12) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz (...)

(...) siedzibą w L. P.-P. (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2.Umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia: art. 89 ust.1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 i 2 w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 7) oraz art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 8).

3.Oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

4.Kosztami postępowania obciążyła wykonawcę (...) Business (...) (France) SAS z siedzibą w G.-G. (...) w części 1/2, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz R. (...) (...) siedzibą w L. P.-P. (...)w części 1/3 i zamawiającego (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. w części 1/6 , i:

4.1.zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) Business (...) (France) SAS z siedzibą w G.-G. (Francja) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł poniesioną przez wykonawcę (...) Business (...) (France) SAS z siedzibą w G.-G. (Francja) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2 zasądziła od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz (...) (...)z siedzibą w L. P.-P. (...) na rzecz wykonawcy (...) Business (...) ((...)) (...) z siedzibą w G.-G. (Francja) kwotę 6 200 zł ;

4.3 zasądziła od zamawiającego (...) z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. na rzecz wykonawcy C. Business (...) ((...)) (...) siedzibą w G.-G. kwotę 3 100 zł.

Podstawę rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 1660/20 i KIO 1688/20 w części, w jakiej zawarte w nich zarzuty zostały uwzględnione, stanowiły następujące ustalenia faktyczne i rozważania:

Zarzuty naruszenia: art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy Pzp (pkt 4 odwołania), art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 6 odwołania) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 7 odwołania) podniesione w odwołaniu w sprawie KIO 1660/20 oraz zarzuty naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut nr 1), art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk (zarzut nr 2) oraz art- 90 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 4) podniesione w odwołaniu w sprawie KIO 1688/20

Izba ustaliła:

Za usługę dostępu do zasobów - Architektura Infrastrukturalna - w ramach „prawa opcji” Konsorcjum (...) zaoferoowało w formularzu ofertowym (pkt II Cena oferty) cenę 0,00 zł za architekturę rozszerzoną w okresie wdrożenia oraz architekturę podstawową w okresie 1 roku eksploatacji.

W ramach oferty Konsorcjum (...) złożyło między innymi 1 plik excel Architektura Infrastrukturalna - wersja rozszerzona oraz 1 plik excel Architektura Infrastrukturalna -wersja podstawowa.

Zgodnie z pkt XI.3 SIWZ Zamawiający wymagał jako załączników do oferty: architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania w wersji testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej wraz z ceną (Załącznik do Oferty, Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania w formie excela, przygotowanego za pomocą kalkulatora A. lub kalkulatora O. C.).

W pkt XIV SIWZ Zamawiający przewidział w ramach kryterium oceny ofert Kryterium F podejście do skalowalności i rozbudowy rozwiązania: podkryterium F.1 Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania w wersji testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej w trakcie wdrożenia oraz podkryterium F.2 Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania w wersji testowej, developerskiej, podstawowej i rozszerzonej w trakcie eksploatacji. W odniesieniu do obydwu podkryteriów Zamawiający wskazał, że oczekuje przedstawienia wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania w trakcie wdrożenia oraz w trakcie eksploatacji wykonaną przy wykorzystaniu kalkulatora A. (...) lub kalkulatora O. C. (...) wskazując jednocześnie założenia, jakie winien przyjąć wykonawca. Założenia te zostały przedstawione oddzielnie dla podkryterium F.1 (okres wdrożenia) oraz podkryterium F.2 (okres eksploatacji) - dane przedstawione w tabelach, w odniesieniu do: Architektury Testowej (odpowiednio F. 1.1 oraz F.2.1), Architektury Deweloperskiej (odpowiednio F.1.2 oraz F.2.2), Architektury podstawowej (odpowiednio F. 1.3 oraz F.2.3) oraz Architektury Rozszerzonej (odpowiednio F. 1.4 oraz F.2.4) dla następujących parametrów: 1. Liczba: kont nazwanych i kont nienazwanych. 2. Liczba urządzeń (walidatorów), 3. Ilość przejazdów w szczycie piętnastominutowym trwającym do 4 godzin dziennie, 4. Równoległa praca z ośrodkiem zapasowym oraz 5. Bezpieczeństwo rozwiązania zgodne z SIWZ. Różnica pomiędzy okresem wdrożenia oraz okresem eksploatacji dotyczyła danych w ramach parametru: liczba: kont nazwanych i kont nienazwanych dla architektury rozszerzonej (odpowiednio 3,1 min oraz 6 min).

W celu dokonania oceny w ramach podkryterium F.1 zamawiający przewidział następującą formułę matematyczną dla każdego z parametrów F. 1.1, F. 1.2, F. 1.3, F. 1.4):

F.1 $X = waga * \text{minimum (oferowanych cen)} \vee \text{oferowana cena}$

gdzie: • x: przyjmuje wartość 1,2,3,4; • waga, stanowi wagę kryterium F.1.x, • oferowana cena, stanowi koszt utrzymania infrastruktury architektury F.1.x ocenianej oferty, • minimum {oferowanych cen}, stanowi najniższy koszt utrzymania infrastruktury architektury F.1.x wszystkich ocenianych ofert

Analogiczna formuła matematyczna została przewidziana w celu dokonania oceny w ramach podkryterium F.2.

W dniu 20 maja 2020 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień do SIWZ, w których wskazał m.in., że cena wskazana w formularzu oferty nie musi być wprost powiązana z ceną z kalkulatora, a także że istotne dla Zamawiającego jest przedstawienie komponentów Architektur wymienionych w punktach 6, dlatego Zamawiający oczekuje przedstawienia ich zgodnie z kalkulatorem A. lub O., ale nie wymaga cen z kalkulatora dla tych komponentów.

Izba zważyła, że ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów uznk. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji, posługując się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Izba podkreśliła, że art. 3 ust. 1 uznk może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. W myśl 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. Izba wyjaśniła, że dobre obyczaje, o których mowa w cytowanym przepisie wskazują, na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym

konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. Wyjaśniła, że w orzecznictwie przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji.

Podkreśliła, że za niedopuszczalne, należy uznać działanie odwołującego, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny oferty odwołującego w każdej z pozycji wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem takie działanie ma wpływ na zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie I. z taką sytuacją mamy do czynienia w zakresie zaoferowania przez Konsorcjum (...) ceny o zł za wykonanie usługi dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej w okresie wdrożenia w zakresie architektury rozszerzonej oraz w okresie pierwszego roku eksploatacji w zakresie architektury podstawowej. Izba uznała, że skoro przedmiotowa usługa musi zostać wykupiona u podmiotu trzeciego, wykonanie tego świadczenia na rzecz Zamawiającego niesie ze sobą koszty po stronie wykonawcy. Wobec tego zaoferowanie przez K. T. za wykonanie w.w. usług ceny o zł wywołuje podejrzenie, że jest to cena nieuwzględniająca kosztów, jakie będzie musiało z tego tytułu ponieść Konsorcjum (...) oraz że koszty te zostały ujęte w ramach innych pozycji cenowych.

W przypadku podniesienia takiego zarzutu i jego odpowiedniego wykazania (co w ocenie I. miało miejsce w niniejszym postępowaniu) wykonawca, wobec którego oferty taki zarzut podniesiono, obowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena składowa jest realna i uwzględnia wszystkie koszty, jakie wykonawca ten obowiązany będzie ponieść w związku z realizacją danego świadczenia. Ciężar dowodu w powyższym zakresie przeszedł zatem na Konsorcjum (...). Pomimo tego Konsorcjum (...) w toku postępowania odwoławczego w żaden sposób nie wykazało możliwości wykonania ww. usług za cenę o zł, a w konsekwencji możliwości zaoferowania w powyższym zakresie ceny wynoszącej o zł. W konsekwencji tego zaoferowanie ceny o zł za wykonanie usługi dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej w okresie wdrożenia w zakresie architektury rozszerzonej oraz w okresie pierwszego roku eksploatacji w zakresie architektury podstawowej należało uznać za nieuczciwe działanie Konsorcjum (...) zmierzające do uzyskania wyższej punktacji w jednym z kryterium oceny ofert, co zgodnie z zaprezentowanym powyżej orzecznictwem I. podlega kwalifikacji jako czyn nieuczciwej konkurencji i stanowi podstawę odrzucenia oferty z postępowania wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo zwrócono uwagę, że w przypadku zaoferowania ceny składowej nieuwzględniającej kosztów realizacji odpowiadającego jej świadczenia, oprócz sytuacji „przeniesienia” tych kosztów do innej pozycji, istnieje również możliwa sytuacja, że koszty te nie zostały nigdzie uwzględnione, co w konsekwencji będzie prowadzić do wniosku, że całkowita cena oferty jest rażąco niska, a zatem że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. (...) w zakresie wyjaśnienia tej kwestii w postępowaniu odwoławczym leży po stronie wykonawcy, któremu taki zarzut postawiono. Zdaniem I., przyjęcie przez wykonawcę strategii procesowej polegającej na zaniechaniu przedstawienia merytorycznych wyjaśnień i dowodów na odparcie postawionego zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej nie może skutkować nakazaniem przez nią zamawiającemu przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego celem ustalenia, czy wobec wykonawcy zaistniała podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 3 czy w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Takie działanie byłoby niezasadne i niecelowe, skoro z poczynionych ustaleń wynika, że w stosunku do wykonawcy, na gruncie tej samej okoliczności faktycznej, jaką jest zaoferowanie ceny składowej nieuwzględniającej kosztów realizacji odpowiadającego jej świadczenia, zaistniała co najmniej jedna podstawowa odrzucenia jego oferty. To wykonawca ma obowiązek udowodnienia, że podniesiony w tym zakresie zarzut jest niezasadny, tj. że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie koszty i to jego obciążają negatywne skutki niesprostania temu obowiązkowi.

W ocenie I. bez znaczenia dla tego zarzutu jest to, czy ostatecznie Konsorcjum (...) uzyskało jakąś korzyść, tj. w szczególności czy zaoferowanie ceny o zł zadecydowało o wyniku postępowania. Gdyby przyjąć, że powyższe kwestie mogą mieć w tym kontekście znaczenie, z jednej strony oznaczałoby to wypaczenie ratio legis unormowania art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, które polega m.in. na przeciwdziałaniu dopuszczaniu się przez wykonawców czynów nieuczciwej

konkurencji, a z drugiej strony w sposób całkowicie nieuzasadniony różnicowałyby sytuację wykonawców w zależności od treści ofert innych wykonawców, którzy wzięli udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, że na gruncie tego stanu faktycznego zaistniała również podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum (...) wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w tym zakresie podzieliła stanowisko Wykonawcy C. B., który wskazywał, że z postanowień SIWZ przewidujących sposób przydzielania punktów w kryterium oceny ofert F wynikało, iż zaoferowana przez wykonawcę cena nie mogła wynosić o zł. Izba za niezasadne uznała stanowisko Konsorcjum (...) co do tego, że w żadnym z postanowień SIWZ taki zakaz nie został wprost sformułowany. Wskazała, iż przewidziana przez Zamawiającego formuła matematyczna nie była skomplikowana i niedopuszczalność podania ceny o zł była od razu widoczna. Podkreśliła, że od profesjonalnych podmiotów, jakimi są wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oczekuje się dochowania należytej staranności i gruntownego zapoznania się z treścią SIWZ. Zaniechanie powyższego może wywołać negatywne skutki nie tylko dla samego wykonawcy, który nie dochował należytej staranności, lecz może mieć również negatywne skutki dla samego postępowania, np. doprowadzając do braku możliwości dokonania oceny ofert zgodnie z ustalonymi zasadami.

Ponadto Izba stwierdziła niezgodność treści oferty Konsorcjum (...) z treścią SIWZ w zakresie wymagania dołączenia do oferty załączników w formie excela: a) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora A. lub kalkulatora O. C. dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie (...) oraz b) zestawienia „Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania”, przygotowanego za pomocą kalkulatora A. lub kalkulatora O. C. dla usługi świadczonej w okresie 1 (pierwszego) roku eksploatacji w zakresie (...). Wskazała, że jak wynika z treści postanowień SIWZ pkt XIV Zamawiający sformułował wymaganie przedstawienia wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania oddzielnie dla etapu wdrożenia i oddzielnie dla etapu eksploatacji. Ponadto wymagania te zostały sformułowane w ramach postanowień SIWZ dotyczących kryteriów oceny ofert. Wraz z nimi w pkt XIV SIWZ zostały przedstawione założenia, jakie należy uwzględnić przy dokonaniu wyceny, oraz formuła matematyczna, jaka miała znaleźć zastosowanie w celu dokonania oceny ofert w tym kryterium. Tym samym, zdaniem I., wyjaśnienia, których Zamawiający udzielił w dniu 20 maja 2020 r., nie należy rozumieć w ten sposób jak wskazało to Konsorcjum (...), że jest oczywiste, że Zamawiający przyjął w tym przypadku założenie, iż wskazana w Formularzu ofertowym cena może być oderwana od kosztów. W ocenie I. wykonawca mógł w ramach ostatecznej ceny wskazanej w formularzu uwzględnić udzielone mu w tym zakresie indywidualne upusty, jednakże te - w odniesieniu do wskazanych przez Konsorcjum (...) cen o zł za usługę dostępu do zasobów Architektury rozszerzonej w okresie wdrożenia oraz Architektury Podstawowej w okresie eksploatacji - nie zostały w toku postępowania odwoławczego w żaden sposób wykazane. Mając zatem na uwadze, że Konsorcjum (...) złożyło wraz z ofertą wyceny dla Architektury bez rozbicia na okres wdrożenia i eksploatacji, a dodatkowo podane ceny o zł nie mają żadnego powiązania z danymi przedstawionymi za pomocą kalkulatora, wskazany powyżej zarzut Izba uznała za potwierdzony.

W ocenie I. potwierdził się również zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum (...) do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z zaoferowaniem przez Konsorcjum (...) o zł jako cen składowych za usługę dostępu do zasobów Architektury rozszerzonej w okresie wdrożenia oraz Architektury Podstawowej w okresie eksploatacji. Izba podkreśliła, iż pojęcie istotnej części składowej ceny lub kosztu wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane. Istotne jest, że dokonując kwalifikacji danej ceny składowej jako istotnej należy uwzględniać okoliczności faktyczne konkretnego postępowania, a w szczególności dotyczące przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest postępowanie. Tak więc niekiedy istotną część składową ceny będzie wyznaczać jej stosunek procentowy do całkowitej ceny oferty, a w innych przypadkach - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - znaczenie odpowiadające jej świadczenia dla należytej realizacji całego zamówienia i osiągnięcia celu zakładanego przez zamawiającego. Mając na uwadze specyfikę systemu, na wdrożenie którego prowadzone jest postępowanie, w ocenie I. nie budziło wątpliwości, że usługi dostępu do zasobów Architektury rozszerzonej w okresie wdrożenia oraz Architektury Podstawowej w okresie eksploatacji mają znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania tego systemu, a zatem odpowiadające im ceny to ceny składowe o istotnym znaczeniu w kontekście całego przedmiotu zamówienia, co znajduje także potwierdzenie w tym, że zostały one ustanowione jako kryteria oceny ofert. Bez znaczenia jest natomiast okoliczność, iż odpowiadające im świadczenia

zostały objęte prawem opcji -szczególnie mając na uwadze specyfikę prawa opcji, jaka została przewidziana przez Zamawiającego. Skorzystanie z prawa opcji nie jest bowiem uzależnione od tego, czy zaistnienie potrzeba realizacji usług objętych prawem opcji, ale od tego, czy Zamawiający nie zdecyduje się na ich samodzielny zakup. W ocenie I. są to zatem elementy mające istotne znaczenie dla powodzenia projektu, jednakże nie ma pewności, czy będą one stanowiły świadczenie wybranego wykonawcy. Izba zauważyła, iż z wagi ww. cen składowych zdał sobie sprawę sam Zamawiający przedstawiając na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. stanowisko stanowiące odpowiedź na pismo Konsorcjum (...) z dnia 8 października 2020 r. Niewątpliwie zatem wystąpiła sytuacja, w której istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (skoro wynosi 0 zł), co w ocenie I. powinno budzić wątpliwości zamawiającego (i ostatecznie miało to miejsce) co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami. Zaistniała zatem podstawa do wezwania Konsorcjum (...) do udzielenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zaniechanie tego przez Zamawiającego stanowi o zasadności postawionego w tym zakresie zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) ze względu na fakt określenia przez tego wykonawcę sposobu wykonania zamówienia w sposób niezgodny z SIWZ poprzez zadeklarowanie przez Konsorcjum (...) zaangażowania personelu dla kluczowych ról po stronie Zamawiającego, koniecznych do realizacji przedmiotowego zamówienia jako wartość „0”, co zgodnie ze zobowiązaniami Zamawiającego określonymi w załącznikach do SIWZ oraz postanowieniami umownymi uniemożliwia wykonanie i odbiór zamówienia (pkt 3 odwołania KIO 1660/20)

Izba ustaliła:

W pkt XIV SIWZ Zamawiający przewidział w ramach kryterium oceny ofert D podejścia do realizacji projektu podkryterium D.2.4 Oczekiwania co do składu zespołu i jego zaangażowania po stronie Zamawiającego. Zamawiający postanowił, że dla każdego pracownika oceniany będzie stopień zaangażowania rozumiany jako ilość osób liczona w pełnych etatach w miesiącu w trakcie realizacji projektu oraz że ocena zostanie przeprowadzona na podstawie załącznika dołączonego do oferty zawierającego opis proponowanego zespołu po stronie Zamawiającego. W ramach zespołu (...) podlegającego ocenie zostały wskazane następujące role: 1) Dyrektor Projektu 2) Architekt (...), 3) Analityk ds. Raportów i (...), 4) Specjalista ds. danych i migracji, 5) Kierownik testów 1, 6) Tester, 7) Administrator baz danych, 8) Serwisant pracujący w terenie, 9) Członek Serwis (...), 10) Specjalista od usług płatniczych, 11) Kierownik utrzymania 12) Członek zespołu ds. operatora płatności i windykacji oraz 13) Zespół ds. kanałów dystrybucji "biletów", 14) Zespół ds. organizatorów transportu i przewoźników, 15) Biuro ds. Ekonomii Projektu.

W treści dokumentacji postępowania zamawiający przewidział następujące postanowienia dotyczące personelu Zamawiającego:

W § 9 projektu umowy ustanowione zostały zasady przeprowadzania procedury odbioru prac (produktów, dostaw), Etapów oraz odbioru końcowego, w tym zasady współpracy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, obowiązki i uprawnienia stron umowy w tym zakresie.

W załączniku nr 2 do Umowy Harmonogram realizacji przedmiotu umowy zostały wskazane między innymi następujące zadania Zamawiającego w ramach realizacji projektu: Przyjęcie przez Zamawiającego Planu Projektu, Odbiory techniczne, Przyjęcie przez Zamawiającego Planu (...) Klienta, Akceptacje wyników testów, Odbiór końcowy.

W pkt 4.4. (...) Produkty projektu Zamawiający został wskazany jako strona odpowiedzialna za wytworzenie w ramach realizacji projektu następujących produktów (nazwanych „Produktami szczegółowymi Projektu”):

[Nazwa Produktu S. - Opis - Odpowiedzialny za realizację (poz. tabeli)]

Testy akceptacyjne Wydania 1 „Funkcjonalność centralna (...)” - Zrealizowanie testów akceptacyjnych Wydania 1. Funkcjonalność centralna wg planu testów i scenariuszy testowych dla testów funkcjonalnych, migracji, wydajności,

penetracyjnych, integracji - InnoBaltica przy wsparciu zewnętrznym oraz wykonawcy (...) przy uwzględnieniu cyklu produkcyjnego opisanego w planie projektu (poz. 5)

Testy akceptacyjne Wydania 2 - Zrealizowanie testów akceptacyjnych Wydania 2 wg planu testów i scenariuszy testowych dla testów funkcjonalnych, migracji, wydajności, penetracyjnych, integracji - InnoBaltica przy wsparciu zewnętrznym; Wykonawca (...) (poz. 12)

Testy akceptacyjne Wydania 3 - Zrealizowanie testów akceptacyjnych Wydania 3 wg planu testów i scenariuszy testowych dla testów funkcjonalnych, migracji, wydajności, penetracyjnych, integracji - InnoBaltica przy wsparciu zewnętrznym; Wykonawca (...) (poz. 18)

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 2.6 (...) Przedmiot zamówienia obejmuje: g. usługi w okresie jednego roku eksploatacji:

i. serwisowe - rozumiane jako maintenance aplikacyjny i sprzętowy w tym utrzymanie sprawności technicznej, konserwacja, naprawy, aktualizacje i inne czynności techniczne powdrożeniowe, przy uwzględnieniu stanu, że Wykonawca będzie realizował również zakres Rękojmi i Gwarancji. Wykonawca udzieli również asysty technicznej i wsparcia Zamawiającemu w elemencie zarządzania i administrowania systemem, prowadzonego przez personel Zamawiającego, oraz

W ramach oferty Konsorcjum (...) złożyło oświadczenie według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz załącznik nr 2 do Oferty Wykaz osób do oceny kryterium. Za wyjątkiem roli Architekta (...), Zespołu ds. kanałów dystrybucji "biletów" oraz Zespołu ds. organizatorów transportu i przewoźników Konsorcjum (...) wskazało na brak zaangażowania personelu Zamawiającego: Zaangażowanie (ilość osób liczona w pełnych etatach w miesiącu w trakcie realizacji projektu): 0; Propozycja Zakresu wykonywanych prac: nie wskazano.

Izba uznała, iż Konsorcjum (...) określając zaangażowanie ze strony personelu w ramach podkryterium D.2.4. nie uwzględniło szeregu przywołanych powyżej postanowień SIWZ, określających zadania po stronie Zamawiającego, które powinny zostać przypisane poszczególnym rolom wskazanym przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego kryterium. Mając na uwadze przytoczone powyżej postanowienia SIWZ Izba doszła do wniosku, iż Konsorcjum (...) składając oświadczenie dotyczące wykazu osób do oceny kryterium nie uwzględniło zadań przewidzianych przez samego Zamawiającego w odniesieniu do jego własnego personelu, tj. zadań Dyrektora Projektu, Kierownika testów, Administratora baz danych oraz Kierownika utrzymania. Izba co do zasady podzieliła sposób przypisania określonych zadań wymienionym rolom, jaki został przedstawiony przez Konsorcjum (...), z tym że nie uwzględniła tych przypadków, gdy ze wskazanych postanowień SIWZ wynika, że dane zadania mają być realizowane poza projektem (specjalista ds. danych i migracji, Analityk ds. raportów i analiz) lub przez podmiot wybrany przez Zamawiającego (specjalista ds. usług płatniczych, Członek zespołu ds. operatora płatności i windykcji). W ocenie I. zabiegiem sztucznym i nie znajdującym akceptacji jest przypisanie zerowej wartości zaangażowania poszczególnym rolom z założeniem, iż określone zadania mogą zostać wykonane przez jakiś inny personel zamawiającego, co generuje również zaangażowanie po stronie zamawiającego, tyle że niepremiowane w ramach przyznanej punktacji.

Izba zważyła, że nieuwzględnienie postanowień SIWZ określających zadania po stronie zamawiającego, które powinny zostać przypisane poszczególnym rolom wskazanym przez Zamawiającego w ramach podkryterium D.2.4, stanowi o niezgodności treści oferty Konsorcjum (...) z treścią SIWZ. Sposób wykonania przedmiotu umowy objęty ofertą Konsorcjum (...) nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego zawartym w SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie postanowień określających zakres udziału Zamawiającego w realizacji projektu. Podkreśliła, że bez znaczenia jest okoliczność, iż nie są to postanowienia określające zobowiązania po stronie wykonawcy, bowiem z treści SIWZ wynika, że prawidłowa realizacja zamówienia wymaga określonego współdziałania pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym, a zatem oferowane przez wykonawcę świadczenie musi uwzględniać określony współdziałanie Zamawiającego, wynikający z postanowień zawartych w SIWZ.

Izba wyjaśniła, że stwierdzenie niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum (...). Wobec stwierdzonej powyżej niezgodności treści oferty Konsorcjum (...) z treścią SIWZ podniesiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za zasadny.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień w związku z zaistnieniem przesłanek do wykluczenia Konsorcjum (...) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że osoba występująca po stronie Konsorcjum (...) brała udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania i zakłóciło to konkurencję w sposób nieodwracalny (pkt 10 i częściowo pkt 11 odwołania KIO 1660/20)

Izba ustaliła:

Pan M. R. był zatrudniony u Zamawiającego w okresie od 1 października 2017 r. do 30 kwietnia 2018 r. na 1/2 etatu jako Główny specjalista ds. systemów informatycznych. W okresie pracy Pana M. R. u Zamawiającego przeprowadzana była procedura dialogu technicznego poprzedzającego ogłoszenie postępowania na zaprojektowanie i wdrożenie nowego systemu pobierania opłat za przejazdy komunikacją publiczną w województwie (...) pn. (...) poboru opłat za przewozy w zbiorowym transporcie pasażerskim", w ramach której, w okresie od 20 listopada 2017 r. do 23 marca 2018 r., odbywały się spotkania z dostawcami systemów biletowych. Pan M. R. uczestniczył w procedurze dialogu technicznego co najmniej poprzez udział w spotkaniach z wykonawcami. Obecnie Pan M. R. wchodzi w skład personelu Konsorcjum (...), w tym brał udział w przygotowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum (...) w obecnym postępowaniu.

Izba zważyła, że w toku postępowania Pan M. R. brał udział w procedurze dialogu technicznego ze strony zamawiającego, jak została przeprowadzana w celu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia (obecnie toczy się powtórne postępowanie na ten przedmiot zamówienia). Podkreśliła, że w orzecznictwie udział w dialogu technicznym traktuje się jako udział w przygotowaniu postępowania. Zwróciła uwagę, że istotą dialogu technicznego jest doradzanie Zamawiającemu w zakresie niezbędnym do przygotowania postępowania. Zauważenia wymaga również, że przepisy dyrektywy (...) wprost wiążą udział wykonawcy we wstępnych konsultacjach rynkowych (art. 40) z możliwością wykluczenia z udziału w postępowaniu, o ile nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania oraz po uprzednim umożliwieniu udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji (art. 41). Interpretując przepisy polskiej ustawy w zgodzie z przepisami dyrektywy Izba doszła do wniosku, że udział w dialogu technicznym jest okolicznością, która powinna być przez wykonawcę ujawniona w JEDZ oraz co do której wykonawca powinien wykazać brak wpływu na konkurencję. Wniosek taki jest tym bardziej uprawniony jeśli weźmie się pod uwagę, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31 a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Skoro w znowelizowanych przepisach ustawodawca zrezygnował z wyłączenia dialogu technicznego z podstawy wykluczenia, należy stwierdzić, że objął analogiczną przesłanką wykluczenia w znowelizowanej ustawie również udział wykonawcy w dialogu technicznym.

Izba wyjaśniła, że jak z regulacji art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp stwierdzenie okoliczności brania udziału w przygotowaniu postępowania przez wykonawcę lub wskazane w tym przepisie osoby oznacza powstanie domniemania zakłócenia konkurencji i wymaga zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu zamówienia nie powoduje w danym przypadku zakłócenia konkurencji, co winno nastąpić w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp. Mając zatem na uwadze ustaloną okoliczność brania udziału przez Pana M. R. w procedurze dialogu technicznego, co podlega kwalifikacji na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jako udział w przygotowaniu

postępowania, uznała, że Zamawiający obowiązany był wystosować do Konsorcjum (...) wezwanie w trybie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, a zaniechanie powyższego stanowi o zasadności ww. zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp (pkt 1 odwołania KIO 1660/20) oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 12 odwołania KIO 1688/20)

Mając na uwadze zakres zarzutów podlegających uwzględnieniu Izba za zasadny uznała również zarzut naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp (podniesiony w odwołaniu KIO 1660/20) oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (podniesiony w odwołaniu KIO 1688/20) - poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W odniesieniu do twierdzenia Wykonawcy C. B., że to jego oferta, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, uznała, że dokonanie wyboru konkretnej oferty leży poza zakresem jej kompetencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba wskazała, że zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Wyjaśniła, że w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, a część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania, tj.:

w sprawie KIO 1660/20 na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kosztów.

W ww. sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. kosztami postępowania obciążyła odwołującego (Konsorcjum (...)) - z uwagi na to, że w odniesieniu do części zarzutów odwołanie zostało oddalone, Zamawiającego - z uwagi na to, że Izba uwzględniła część zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego oraz Konsorcjum (...) - z uwagi na to, że Izba uwzględniła część zarzutów uwzględnionych uprzednio przez Zamawiającego, wobec czego Konsorcjum (...) wniosło sprzeciw. Izba uznała, że uczestnikiem postępowania najbardziej przegrywającym jest Konsorcjum (...), w mniejszym stopniu odwołujący (Konsorcjum (...)), a w najmniejszym Zamawiający. W związku z tym Izba obciążyła wymienionych uczestników postępowania odpowiednio w części 1/2, 1/3 oraz 1/6. Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota 15 000 zł uiszczona przez odwołującego (Konsorcjum (...)) tytułem wpisu od odwołania, co jednocześnie stanowi kwotę poniesioną dotychczas przez odwołującego tytułem kosztów postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba zasądziła na rzecz Konsorcjum (...) kwotę 10 000 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Konsorcjum A. (...) a kosztami postępowania, za jakie odpowiadało w świetle jego wyniku, tj. kwotę 7 500 zł (1/2 z 15 000 zł) od Konsorcjum (...) oraz kwotę 2 500 zł (1/6 z 15 000 zł) od Zamawiającego.

w sprawie KIO 1688/20 na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie kosztów.

W ww. sprawie, w zakresie w jakim postępowanie odwoławcze nie podlegało umorzeniu, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążyła odwołującego (Wykonawcę C. B.) - z uwagi na to, że w odniesieniu do części zarzutów odwołanie zostało oddalone, Zamawiającego - z uwagi na to, że Izba uwzględniła część zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego oraz Konsorcjum (...) - z uwagi na to, że Izba uwzględniła część zarzutów uwzględnionych uprzednio przez Zamawiającego, wobec czego Konsorcjum (...) wniosło sprzeciw. Izba uznała, że uczestnikiem postępowania najbardziej przegrywającym jest odwołujący (Wykonawca C. B.), w mniejszym stopniu Konsorcjum (...), a w najmniejszym Zamawiający. W związku z tym Izba obciążyła wymienionych uczestników

postępowania odpowiednio w części 1/2, 1/3 oraz 1/6. Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota 15 000 zł uiszczona przez odwołującego (Wykonawcę C. B.) tytułem wpisu od odwołania oraz kwota 3 600 zł poniesiona przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tj. łącznie 18 600 zł, co jednocześnie stanowi kwotę poniesioną dotychczas przez odwołującego tytułem kosztów postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba zasądziła na rzecz odwołującego (Wykonawcy C. B.) kwotę 9 300 zł (18 600 zł / 2), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Wykonawcę C. B. a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, tj. kwotę 6 200 zł (1/3 z 18 600 zł) od Konsorcjum (...) oraz kwotę 3 100 zł (1/6 z 18 600 zł) od Zamawiającego.

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2020r., sygn. akt. KIO 1615/20, KIO 1687/20 i KIO 1688/20 wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...) (...) z siedzibą w L. P.- P. (...) zaskarżając go w części, tj. w zakresie punktu II wyroku dotyczącego odwołania o sygn. akt. KIO 1660/20 w zakresie ust. 1 i 3 oraz punktu IV zaskarżonego wyroku dotyczącego odwołania o sygn. akt KIO 1688/20 w zakresie ustępu 1 i 4.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili:

1.naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”), poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis art. 3 ust. 1 uznk może stanowić samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji polegające na przyjęciu, że zaoferowanie przez Skarżącego dwóch pozycji z Formularza ofertowego w ramach prawa opcji za cenę o zł wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, gdy tymczasem wycena dokonana przez Skarżącego, znajdująca oparcie w zapisach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie jest działaniem sprzecznym z prawem czy dobrymi obyczajami, jak również nie narusza lub nie zagraża interesowi innego przedsiębiorcy;

2.naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu bez przeprowadzenia uprzedniej procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp, że wobec wyceny przez Skarżącego dwóch pozycji z Formularza ofertowego w zakresie prawa opcji na poziomie o zł cena oferty Skarżącego jest nierealna, a w konsekwencji, że złożenie oferty przez Skarżącego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

3. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 180 ust. 3 Pzp w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 6 KC i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że to na Skarżącym spoczywa ciężar dowodu niedopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji w związku z wyceną przez Skarżącego dwóch pozycji z Formularza ofertowego w ramach prawa opcji na poziomie o zł, gdy tymczasem to Odwołujący (tu: Uczestnicy postępowania) winni wykazać, iż zachowanie Skarżącego w zakresie wyceny owych pozycji z Formularza ofertowego w ramach prawa opcji stanowi podstawę do uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji; przerzucenie ciężaru dowodu w zakresie zaoferowanej ceny następuje bowiem na podstawie art. 190 ust. 1a Pzp w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny, nie zaś czynu nieuczciwej konkurencji;

4.naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 192 ust. 2, art. 191 ust. 2 i art. 190 ust. 7 Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i wyprowadzenie wniosków sprzecznych z treścią dowodów zebranych w sprawie, co skutkowało przyjęciem, że niedopuszczalna była w świetle postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wycena dwóch pozycji z Formularza ofertowego w ramach prawa opcji na poziomie o zł i że w konsekwencji Skarżący dopuścił się manipulacji ceny (albo poprzez „ukrycie” kosztów w innych pozycjach cenowych albo w poprzez nieuwzględnienie tych kosztów w cenie oferty) w celu uzyskania lepszej punktacji, pomimo tego że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że Skarżący nie mógł i nie uzyskał w ten sposób wyższej punktacji;

5.naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp oraz art. 192 ust. 2 Pzp i art. 191 ust. 2 Pzp, poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego i w efekcie poczynienie ustaleń nie mających oparcia w materiale dowodowym, tj. przyjęcie, że Skarżący albo nie uwzględnił w cenie ofertowej

wszystkich kosztów realizacji zamówienia albo „przenosi” koszty pomiędzy pozycjami Formularza ofertowego, a w konsekwencji, że działanie Skarżącego nakierowane jest wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji w ramach oceny ofert przez Zamawiającego;

6.naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 190 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp i art. 191 ust. 2 Pzp, art. 192 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego i w efekcie poczynienie ustaleń nie mających oparcia w materiale dowodowym, polegające na notorycznym pomijaniu szeregu istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (a dotyczących w szczególności zasad obliczenia ceny, dopuszczalności wyceny pozycji z Formularza ofertowego w zakresie prawa opcji na poziomie o zł, zaangażowania personelu Zamawiającego do wykonania zamówienia, złożenia wraz z Ofertą Załącznika do oferty sporządzonego za pomocą kalkulatora A. lub O. C.) i stanowiska Zamawiającego w zakresie popierającym stanowisko Skarżącego (a dotyczącego w szczególności kwalifikacji prawa opcji jako nieistotnej części składowej w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, dot. zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, pierwotnego stanowiska dot. Załącznika do oferty sporządzonego za pomocą kalkulatora A. lub O. C.), a także poprzez pomijanie ugruntowanej w doktrynie i orzecznictwie zasady rozstrzygania wszelkich wątpliwości w SIWZ na korzyść wykonawcy (Skarżącego);

7.naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 66 KC i art. 14 Pzp i art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie, że oferta Skarżącego w zakresie wyceny dwóch pozycji z Formularza ofertowego w zakresie prawa opcji na poziomie o zł jest niezgodna z SIWZ w zakresie formuły matematycznej opisującej sposób przydzielania punktów w kryterium oceny ofert F, gdy tymczasem o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w ujęciu sprzeczności materialnej, tj. w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego, wyraźnie w SIWZ określonymi;

8. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp oraz art. 192 ust. 2 Pzp i art. 191 ust. 2 Pzp, poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego i w efekcie poczynienie ustaleń nie mających oparcia w materiale dowodowym, tj. przyjęcie zasad wyceny oferty (zakazu wyceny dwóch pozycji z Formularza ofertowego w zakresie prawa opcji na poziomie o zł) z zapisów SIWZ dotyczących kryteriów oceny ofert i zawartej tam formuły matematycznej służącej Zamawiającemu do przeliczania punktów w ramach oceny ofert;

9. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp, art. 191 ust. 1 Pzp i art. 192 ust. 2 Pzp, poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego i w efekcie poczynienie ustaleń nie mających oparcia w materiale dowodowym, tj. przyjęcie, że zapisy SIWZ nakazywały wykonawcom przedstawienie wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania oddzielnie dla etapu wdrożenia i oddzielnie dla etapu eksploatacji oraz poprzez błędną ocenę charakteru prawnego Załącznika do oferty - Architektura Infrastrukturalna proponowanego rozwiązania przygotowanego za pomocą kalkulatora A. lub O. C. i nadto przyjęcie, że ceny podane w Formularzu ofertowym muszą mieć powiązanie z danymi przedstawionymi za pomocą kalkulatora; w konsekwencji Izba błędnie przyjęła o niezgodności treści oferty Skarżącego z SIWZ (na podstawie art. 89 ust. 2 Pzp) w zakresie, w jakim Skarżącym złożył wraz z ofertą pliki w formacie excel przygotowane za pomocą kalkulatora A., co jednocześnie stanowi naruszenie prawa materialnego;

10.naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez przyjęcie, że dokonywanie oceny pewnych części zamówienia objętych prawem opcji w ramach kryterium oceny ofert determinuje uznanie tych części zamówienia za istotne części składowe w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp;

11.naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp oraz art. t. 2 Pzp i art. 191 ust. 2 Pzp, poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego i w efekcie poczynienie ustaleń nie mających oparcia w materiale dowodowym, tj. przyjęcie, że usługi objęte prawem opcji nie są uzależnione od tego, czy zaistnieje potrzeba realizacji usług objętych prawem opcji, tymczasem wykonanie przedmiotu zamówienia opiera

się na infrastrukturze Zamawiającego, z której Zamawiający może (ale nie musi) zrezygnować, korzystając właśnie z prawa opcji;

12. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp oraz art. 191 ust. 1 Pzp i art. 192 ust. 2 Pzp, poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego i w efekcie poczynienie ustaleń nie mających oparcia w materiale dowodowym, tj. przyjęcie, że zapisy SIWZ przypisywały do określonych zadań spoczywających na Zamawiającym określone role i zaangażowanie członków zespołu wskazywanych przez wykonawców w ramach kryterium oceny ofert „Oczekiwania co do składu zespołu i jego zaangażowania po stronie Zamawiającego”; gdy tymczasem zapisy SIWZ nie precyzowały minimalnego składu zespołu po stronie Zamawiającego ani nie wskazywały na poziom jego zaangażowania w wykonanie umowy; w konsekwencji Izba błędnie przyjęła o niezgodności treści oferty Skarżącego z SIWZ (na podstawie art. 89 ust. 2 Pzp) w zakresie, w jakim Skarżącym określil w ofercie o braku konieczności zaangażowania niektórych członków personelu Zamawiającego do wykonania umowy, co stanowi jednocześnie naruszenie prawa materialnego;

13. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 24 ust. 10 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, poprzez przyjęcie, że udział w dialogu technicznym osoby objętej katalogiem z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp będzie zawsze traktowany jako udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu tego przepisu niezależnie od stopnia zaangażowania tej osoby w procedurze dialogu technicznego i relacji dialogu technicznego do prowadzonego postępowania, w odniesieniu do którego badana jest przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp;

14. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp, art. 191 ust. 1 Pzp i art. 192 ust. 2 Pzp, poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego i w efekcie poczynienie ustaleń nie mających oparcia w materiale dowodowym, tj. przyjęcie, że członek personelu Skarżącego pan M. R. brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

15. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, poprzez przyjęcie, iż oferta Skarżącego nie mogła być uznana za najkorzystniejszą;

16. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 196 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku pełnej podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia.

Powołując się na powyższe zarzuty skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2020 r., sygn. akt KIO 1660/20 i KIO 1688/20 poprzez:

a) oddalenie odwołania rozpoznawanego pod sygnaturą KIO 1660/20,

b) oddalenie odwołania rozpoznawanego pod sygnaturą KIO 1688/20 w zakresie, w jakim Izba nie umorzyła postępowania (vide: pkt IV ust. 2 wyroku), oraz o zasądzenie od Przeciwnika skargi i Uczestników postępowania na rzecz Skarżącego kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę, ubiegający się o zamówienie (...) S.A. oraz A. (...) s.r.l. (Konsorcjum (...)) wnieśli o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz Konsorcjum (...) zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Konsorcjum (...) przedstawionym na rozprawie przed Sądem Okręgowym w Gdańsku w dniu 8 stycznia 2021r. wspomnianą odpowiedź na skargę należy traktować jako oświadczenie o przystąpieniu tych podmiotów do postępowania skargowego po stronie zamawiającego wraz z ich stanowiskiem w sprawie.

W odpowiedzi na skargę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. wniósł o oddalenie skargi w całości, rozpoznanie sprawy na rozprawie oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów

postępowania skargowego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W piśmie z dnia 3 grudnia 2020 r. (...) Business (...) ((...)) (...) oświadczył, że nie przystępuje do postępowania przed Sądem Okręgowym w Gdańsku wywołanym skargą na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna i podlega oddaleniu.

Zaskarżone rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe a podniesione w skardze zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Przed przystąpieniem do merytorycznego rozpoznania skargi wyjaśnić należy, iż z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), która zastąpiona została ustawą z 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019). Zgodnie jednak z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. wprowadzającej ustawę- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz.2020) do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Jak wynika natomiast z art. 92 ust. 1 wskazanej ustawy, do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Mając na uwadze brzmienie powyższych przepisów oraz okoliczność, iż odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej zostały wniesione w lipcu 2020r., natomiast postępowanie zainicjowane skargą na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zostało wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021r., stwierdzić należy, że do niniejszego postępowania przed Sądem Okręgowym zastosowanie będą miały dotychczasowe przepisy ustawy- Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843 t.j.), dalej określanej jako Pzp.

Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą i przyjął je za własne, wobec czego wystarczające było odniesienie się do zarzutów skarżącego, które sprowadzają się w istocie do zaprezentowania jego własnej, konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie zgromadzone w sprawie dowody. Ocena materiału dowodowego nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, wobec czego ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy poddał ocenie zarzut naruszenia art. 196 ust. 4 P.z.p. polegającego na zaniechaniu wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku pełnej podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia i uznał ten zarzut za nieuzasadniony. Art. 196 ust. 4 P.z.p. stanowi, że uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zawiera wskazanie 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, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W judykaturze podnosi się, iż zarzut naruszenia wspomnianego przepisu jest zasadny wówczas, gdy wskutek uchybienia konkretnym wymaganiom zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli instancyjnej, czyli gdy stwierdzone wady mogły mieć wyjątkowo wpływ na wynik sprawy. W niniejszej sprawie analiza treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku z punktu widzenia wymogów ustawowych prowadzi do wniosku, iż zawiera ono wymagane elementy w stopniu, który sprawia, że wyrok ten w pełni poddaje się kontroli instancyjnej. W uzasadnieniu tego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła przyczyny, które przemawiały za uwzględnieniem odwołań wykonawców m.in. w sprawach KIO 1660/20 i KIO 1688/20 i odniosła się do argumentacji skarżących przedstawionej w odpowiedzi na wniesione odwołania. Zarzuty skarżących jakoby uzasadnienie wyroku nie spełniało powyższych standardów zarówno w zakresie ustalenia podstawy faktycznej wyroku,

jak i oceny zgromadzonych dowodów i motywów rozstrzygnięcia są w ocenie Sądu Okręgowego nieuzasadnione a argumentacja powołana na poparcie tego zarzutu ogólnikowa. Zdaniem Sądu Okręgowego twierdzenie skarżących jakoby uzasadnienie wyroku tworzone było dla z góry przyjętych tez jest wyrazem ich subiektywnej oceny będącej wyrazem niezadowolenia z treści zapadłego rozstrzygnięcia.

Za chybiony należało uznać również zarzut naruszenia prawa materialnego sformułowany w punkcie 1 skargi. Podkreślenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów Pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 Pzp, stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. W konsekwencji zamawiający nie może dopuścić do wyboru oferty- chociażby dla niego najkorzystniejszej- jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, przepisy Pzp nie definiują pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji i w tym zakresie ustawa odsyła do innych aktów prawnych definiujących to zagadnienie, w szczególności do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k). W art. 3 u.z.n.k. wskazano, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczone towary lub wykonane usługi. Sąd Najwyższy w wyroku z 22 października 2002 r. w sprawie o sygn. akt III CKN 271/01 (OSNC 2004/2, poz. 26) podkreślił, że uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1.

W niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie uznała, że skarżący składając ofertę dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, wyjaśniła, na czym polegało działanie stanowiące ten czyn, właściwie je zakwalifikowała pod względem prawnym i prawidłowo nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty skarżących z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Konsorcjum (...) zaoferowało cenę 0 zł za wykonanie usługi dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej w okresie wdrożenia w zakresie architektury rozszerzonej oraz w okresie pierwszego roku eksploatacji w zakresie architektury podstawowej. Skoro w celu wykonania tego świadczenia na rzecz zamawiającego z uwagi na konieczność wykupienia usługi u podmiotu trzeciego skarżący musieliby sami ponieść koszty, to jest oczywistym, że zaoferowana przez nich cena 0 zł nie mogła tych kosztów uwzględniać. Wobec powyższego nie można odmówić racji stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, iż przez takie działanie skarżący dopuścili się manipulacji cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, bowiem zaoferowane przez nich ceny jednostkowe w wysokości 0 zł bez wątplenia były nierynkowe i nierealne. Takie postępowanie jest niezgodne z prawem, dobrymi obyczajami, które wymagają od przedsiębiorców działania w warunkach uczciwej konkurencji a od zamawiającego dbałości, by tak się działo, narusza zarówno interesy zamawiającego, jak i interesy innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji nie budzi żadnych wątpliwości prawidłowość stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej uznającego opisane wyżej działania skarżących jako czyn nieuczciwej konkurencji. Należy także zgodzić się z Izbą co do tego, że nie ma znaczenia, czy tak działający wykonawcy dzięki swoim zabiegom finalnie uzyskaliby w ten sposób przewagę punktową, jest to bowiem tylko

dzieło przypadku, w jaki sposób w danej sytuacji ułoży się punktacja pomiędzy ofertami lub też które oferty zostaną odrzucone.

Jednocześnie, jak wskazała w uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza, podniesiony w odwołaniu zarzut nierealności i zaniżania ceny został w postępowaniu przed nią odpowiednio wykazany przez odwołujących się. Bezzasadne jest zatem twierdzenie skarżących, że w postępowaniu odwoławczym został na nich bezpodstawnie przerzucony ciężar dowodu w zakresie zaoferowanej ceny i wykazania, że w nie dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji składając ofertę. Zarzucane konsorcjum (...) przez odwołujących się zaniżenie ceny w kontekście nieujęcia w niej kosztów, które skarżący sami musieliby ponieść aby zaoferować świadczenie zamawiającemu, jasno wynikało z okoliczności sprawy oraz z treści samej oferty. Dla odparcia tych zarzutów skarżący zobowiązani byli w postępowaniu odwoławczym wykazać, iż kwestionowana cena odpowiada rzeczywistości, a koszty nie pozostają w żaden sposób „ukryte”. Skarżący tymczasem ograniczyli się jedynie do twierdzenia, iż zaoferowanie ceny o zł było zasadne i rynkowe, nie przedstawiając na jego poparcie żadnych dowodów celem wykazania, że zaoferowana cena składowa była realna i uwzględniała wszystkie koszty związane z realizacją świadczenia. Skarżący nie przejawili żadnej aktywności dowodowej celem wykazania możliwości wykonania wspomnianej usługi za cenę o zł. Złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów, a na gruncie niniejszej sprawy twierdzenie, iż cena o zł nie pokrywa żadnych kosztów realizacji zamówienia jest w pełni uzasadnione, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaoferowanie ceny o zł za wykonanie usługi dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej zmierzało w istocie do uzyskania wyższej punktacji w jednym z kryteriów ocen ofert i stanowiło przykład manipulacji ceną jednostkową, która stanowiła odrębne kryterium oceny ofert. Wykonawcy w żaden sposób nie wyjaśnili, w jaki sposób możliwe jest zaoferowanie ceny o zł za świadczenie usług, które w pierwszej kolejności muszą zostać przez nich wykupione u podmiotu trzeciego. Wskazać także należy, że zgodnie z art. 3 u.z.nk. czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie dostępu do rynku, które to pojęcie zostało zdefiniowane w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., który stanowi, że 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, że zaoferowanie ceny o zł za świadczenie, które skarżący sami musieliby nabyć u podmiotu trzeciego ponosząc z tego tytułu koszty, doprowadziłoby do odsprzedaży usług poniżej kosztów ich zakupu, co utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo, jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza, w przypadku zaoferowania ceny składowej nieuwzględniającej kosztów realizacji świadczenia, oprócz sytuacji przeniesienia kosztów do innej pozycji, była możliwa sytuacja, iż koszty te nie zostały w ogóle uwzględnione tym bardziej, iż konsorcjum (...) zaniechało merytorycznych wyjaśnień w tym przedmiocie, co uzasadniało odrzucenie oferty także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na to, że oferta zawierała rażąco niską cenę. Działanie konsorcjum (...) uniemożliwiało zamawiającemu dokonanie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w warunkach konkurencji przy uwzględnieniu, że cena za to świadczenie była konkretnym kryterium oceny oferty.

Skoro zatem zaoferowanie przez konsorcjum (...) ceny o zł za wykonanie usługi dostępu do zasobów infrastrukturalnych i aplikacyjnych platformy chmurowej w okresie wdrożenia w zakresie architektury rozszerzonej oraz w okresie pierwszego roku eksploatacji w zakresie architektury podstawowej uzasadniało uznanie złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, to oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W tej sytuacji za w pełni zasadne i logicznie uzasadnione uznać należało stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że wobec biernej podstawy Konsorcjum (...) wobec kierowanych zarzutów odnoszących się do wspomnianej ceny i zaniechania przedstawienia merytorycznych wyjaśnień i dowodów w celu ich odparcia, bezcelowym byłoby nakazanie przez nią zamawiającemu przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, czy wobec tych wykonawców zachodziła podstawa odrzucenia oferty przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 3 czy w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, skoro na gruncie tej samej okoliczności faktycznej zachodziła co najmniej jedna podstawa do odrzucenia oferty.

W świetle powyższych rozważań Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutów skarżących odnoszących się do naruszenia przepisów prawa procesowego i materialnego sformułowanych w punktach 2, 3 i 5 skargi.

Także zarzuty sformułowane w punktach 4, 6, 7, 8 i 9 skargi odnoszące się do zaniechania wszechstronnego rozważenia przez Krajową Izbę Odwoławczą zebranego materiału dowodowego, wyprowadzenie z niej wniosków sprzecznych z treścią dowodów zebranych w sprawie, co ostatecznie doprowadziło do uznania, że oferta skarżących jest niezgodna z SIWZ i skutkować miało także naruszeniem przepisów prawa materialnego, okazały się niezasadne. Skarżący zarzucił Krajowej Izbie Odwoławczej niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego i pominięcie materiału dowodowego, w tym stanowiska zamawiającego przy ocenie złożonej przez niego oferty.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Na aprobatę nie zasługują w związku z tym zarzuty naruszenia 190 ust. 7 Pzp i 191 ust. 2 Pzp. Zauważyć bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 ustawy Pzp), a wydając wyrok (art. 191 ust. 2 Pzp) bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżących, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzą skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie I. wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych, to przeprowadzona przez nią ocena dowodów może być skutecznie podważona a taka sytuacja nie zachodzi w niniejszej sprawie. To, że określone dowody zostały ocenione niezgodnie z intencją skarżących nie oznacza naruszenia art. 190 ust. 7 ustawy Pzp.

Przeprowadzona przez Sąd Okręgowy analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie potwierdziła zarzutów skarżących dotyczących pominięcia przez Izbę w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia postanowień SIWZ odnoszących się do kwestii zasad obliczenia ceny, dopuszczalności wyceny o zł, zaangażowania personelu zamawiającego oraz stanowiska zamawiającego. Wskazać należy, że zamawiający wyraźnie wskazał w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1660/20 z dnia 20 sierpnia 2020r., że stwierdza, iż cena o zł - również dla składowych ceny- jest niezgodna z treścią SIWZ, obowiązującą w postępowaniu w zakresie wykonania architektury rozszerzonej (pkt. 6.1.4. Formularza Oferty) i architektury podstawowej (pkt 6.2.3. Formularza Oferty), a więc jest niezgodna z formułami matematycznymi określonymi w rozdziale XIV pkt 4.1. oraz 4.2. SIWZ. Zamawiający stanął na stanowisku, iż tak redagując formułę matematyczną faktycznie zakazał jednoznacznie wyceny pozycji na o zł. Zapis „oferowana cena” w mianowniku uniemożliwia wpisanie „o”, wartością ułamka jest wartość jego licznika podzielona przez wartość mianownika, dlatego ułamek jest ilorazem. Z tego też względu w odniesieniu do mianownika ułamka zakłada się, że jest różny od o, bowiem iloraz a/o jest nieokreślony. Z postanowień SIWZ przewidujących sposób przydzielania punktów w kryterium oceny ofert F.1. wynikało, iż zaoferowana przez wykonawcę cena nie mogła wynosić o. Należy przypomnieć, iż w celu dokonania oceny w ramach kryterium F zamawiający przewidział formułę matematyczną dla każdego z parametrów F.1.1., F 1.2, F 1.3., F 1.4.: $F.1.X = \text{waga} * \text{minimum (oferowanych cen)} / \text{oferowana cena}$. W przedstawionej formule matematycznej x miał przyjmować wartość 1,2,3,4, waga stanowiła wagę kryterium F.1.x, oferowana cena stanowiła koszt utrzymania infrastruktury architektury F.1.X ocenianej oferty, a minimum (oferowanych cen) stanowiło najniższy koszt utrzymania infrastruktury architektury F.1.X wszystkich ocenianych ofert. Analogiczna formuła matematyczna została przewidziana w celu dokonania oceny w ramach podkryterium F.2. Oferta skarżącego w zakresie wyceny dwóch pozycji z formularza ofertowego w zakresie prawa opcji na poziomie o zł była zatem niezgodna z postanowieniami SIWZ w zakresie algorytmu matematycznego. Skoro bowiem „zaoferowana cena” jest daną matematyczną, jaką należy wpisać w mianowniku, zaproponowana formuła matematyczna służąca do określenia kryterium ceny uniemożliwia podstawienie pod „zaoferowaną cenę” wartości o zł. Nie można zatem dokonać dzielenia przez o, gdyż takie działanie matematyczne w istocie nie ma sensu liczbowego. Jakkolwiek rację mają skarżący, że celem zastosowania formuły matematycznej w kontekście

kryteriów ofert nie jest ustalenie wyniku działania matematycznego a ocena oferty wykonawcy, to podkreślić należy, że w tym też zakresie niezgodność oferty skarżących z algorytmem matematycznym uniemożliwiła zamawiającemu rzetelną ocenę wszystkich ofert, bowiem cena jednostkowa skarżących, która była odrębnym kryterium oceny oferty, w porównaniu z innymi przedstawionymi ofertami zawsze wypadłaby korzystniej z uwagi na wartość o zł, co w konsekwencji uniemożliwiło także właściwe odniesienie się do samego algorytmu matematycznego, który przestawał być obiektywnym punktem odniesienia w stosunku do proponowanych ofert.

Idąc dalej, należy zgodzić się z trafnym zapatrywaniem Krajowej Izby Odwoławczej, iż zapisy SIWZ nakazywały wykonawcom przedstawienie wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania oddzielnie dla etapu wdrożenia i oddzielnie dla etapu eksploatacji. Z materiału dowodowego oraz brzmienia treści SIWZ wynika jawna niezgodność oferty skarżącego z SIWZ w zakresie wymagania dołączenia do oferty załączników w formie excela zestawienia Architektury infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania przygotowanego za pomocą kalkulatora A. lub O. C. dla usługi świadczonej w trakcie wdrożenia w zakresie Architektury Rozszerzonej oraz zestawienia Architektury Infrastrukturalnej proponowanego rozwiązania przygotowanego za pomocą kalkulatora A. lub O. C. dla usługi świadczonej w okresie 1 roku eksploatacji w zakresie Architektury Podstawowej. Zgodnie z treścią SIWZ pkt XIV zamawiający sformułował wymaganie przedstawienia wymagań i wyceny na architekturę rozwiązania oddzielnie dla etapu wdrożenia i oddzielnie dla etapu eksploatacji. Wymagania te zostały sformułowane w ramach postanowień SIWZ dotyczących kryteriów oceny ofert. Wraz z nimi w pkt XIV SIWZ zostały przedstawione założenia, jakie należy uwzględnić przy dokonaniu wyceny oraz formuła matematyczna, jaka miała znaleźć zastosowanie w celu dokonania oceny ofert w ramach tego kryterium. Skoro zatem skarżący nie dołączyli do swojej oferty wszystkich wymaganych przez SIWZ zestawień plików w formie excela (załączników) zawierających informacje rzeczowe, ilościowe i jakościowe, to ich oferta pozostawała w sprzeczności z SIWZ. W tej sytuacji zamawiający nie miał możliwości stwierdzenia, co konkretnie otrzyma od tych wykonawców za oferowaną w danej opcji cenę oraz przeprowadzenia rzetelnego porównania ich oferty z ofertami innych wykonawców w tym zakresie. W konsekwencji Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej co do tego, iż treść oferty skarżących w omawianym zakresie nie odpowiadała treści SIWZ oraz że istniały przesłanki odrzucenia oferty przewidziane w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było prawidłowe.

Na aprobatę nie zasługiwały także zarzuty naruszenia prawa materialnego i procesowego sformułowane w punktach 10-11 skargi. Należy zgodzić się z Izba, że pojęcie istotnej części składowej ceny lub kosztu wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp nie zostało zdefiniowane, wobec czego dokonując kwalifikacji danej ceny składowej jako istotnej należy uwzględniać okoliczności faktyczne konkretnego postępowania, wobec czego w niniejszym postępowaniu istotną część składowej ceny wyznacza znaczenie odpowiadające tej cenie świadczenia dla należytej realizacji całego przedsięwzięcia i osiągnięcia celu zakładanego przez zamawiającego. Usługi dostępu do zasobów Architektury rozszerzonej w okresie wdrożenia oraz Architektury podstawowej w okresie eksploatacji mają znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania systemu, w konsekwencji odpowiadające im ceny to ceny składowe o istotnym znaczeniu. Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na skargę, jest to istotna część zamówienia, bowiem bez jej zakupu czy w ramach zamówienia czy w ramach prawa opcji zamówienie nie mogłoby być realizowane jako zasadniczo rozwiązanie chmurowe. Skoro zatem istotna część składowa ceny (o zł) winna wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, to zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający powinien zwrócić się do skarżących o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia tej ceny, a skoro tego zaniechał, to Izba zasadnie uznała, że odwołanie w zakresie tego zarzutu zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy za nieuzasadniony uznał również zarzut sformułowany w punkcie 12 skargi. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem skarżących, iż zapisy SIWZ nie precyzowały poziomu zaangażowania zespołu zamawiającego w wykonaniu umowy. Zamawiający w punkcie XIV SIWZ w ramach kryterium oceny ofert D podejścia do realizacji projektu określił swoje oczekiwania co do składu zespołu i jego zaangażowania po stronie zamawiającego. Zamawiający postanowił, że dla każdego pracownika oceniany będzie stopień zaangażowania rozumiany jako ilość

osób liczona w pełnych etatach w miesiącu w trakcie realizacji projektu oraz że ocena zostanie przeprowadzona na podstawie załącznika dołączonego do oferty zawierającego opis proponowanego zespołu po stronie zamawiającego. Konsorcjum (...) składając oświadczenie dotyczące wykazu osób do oceny kryterium nie uwzględniło zadań przewidzianych przez samego zamawiającego w odniesieniu do personelu zamawiającego, tj. zadań Dyrektora Projektu, Kierownika testów, Administratora baz danych czy też Kierownika utrzymania. Realizacja przez zamawiającego opisanych w SIWZ działań wymagałaby i tak zatrudnienia przez niego osób niezbędnych do ich realizacji, natomiast ich niewymienienie i wpisanie zaangażowania „zero” przez skarżącego wpływało na ocenę oferty. Prawidłowa realizacja zamówienia wymagała określonego współdziałania pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, a zatem oferowane przez wykonawcę świadczenie musiało uwzględniać określony współdziałanie zamawiającego w realizacji umowy. Oferta skarżących winna pozostawać nie tylko w zgodności z postanowieniami SIWZ sensu stricto, ale także SIWZ sensu largo, w tym innych istotnych dokumentów postępowania, w szczególności projektu umowy o realizację zamówienia wraz z Harmonogramem realizacji przedmiotu umowy.

W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie uznała, że sposób wykonania przedmiotu umowy objęty ofertą skarżących nie odpowiadał wymaganiom zamawiającego zawartym w SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie postanowień określających zakres udziału zamawiającego w realizacji projektu, a konsekwencją stwierdzenia niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia było nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Sąd Okręgowy nie podzielił także zarzutów skarżących zawartych w punktach 13 i 14 skargi.

Zgodnie z prawidłowymi ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej M. R. był zatrudniony u zamawiającego od 1 października 2017r. do 30 kwietnia 2018r. na 1/2 etatu jako główny specjalista ds. systemów informatycznych i w czasie jego zatrudnienia u zamawiającego przeprowadzona była procedura dialogu technicznego poprzedzającego ogłoszenie postępowania na zaprojektowanie i wdrożenie nowego systemu pobierania opłat za przejazd komunikacją publiczną w województwie (...). W ramach wspomnianej procedury w okresie od listopada 2017r. do marca 2018r. odbywały się spotkania z dostawcami systemów biletowych, podczas których M. R. miał możliwość zapoznania się z rozwiązaniami technicznymi proponowanymi przez innych wykonawców oraz problemami występującymi po ich stronie. Istotnym jest również, że M. R. brał udział w przygotowaniu SIWZ w części projektu odnoszącej się do wdrożenia standardów interoperacyjności oraz posiadał wiedzę o zakresie projektowanego systemu (...) przed jego upublicznieniem. Należy podkreślić, iż dialog techniczny to instrument wsparcia rozwiązań innowacyjnych i nowoczesnych, który pozwala na doradztwo w zakresie najlepszych, najnowocześniejszych i najkorzystniejszych technicznie, technologicznie, organizacyjnie i ekonomicznie rozwiązań mogących służyć realizacji potrzeb zamawiającego i być przedmiotem udzielonego zamówienia. M. R., który uczestniczył w procedurze dialogu technicznego poprzez udział w spotkaniach z wykonawcami obecnie wchodzi w skład personelu Konsorcjum (...) i brał udział w przygotowaniu oferty złożonej przez to konsorcjum w niniejszym postępowaniu, przy czym nie ma znaczenia, że osoba ta uczestniczyła w przygotowaniu postępowania poprzedzającego niniejsze postępowanie, które zostało unieważnione. Dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą ocena udziału M. R. w dialogu technicznym jako udziału w przygotowaniu postępowania jest w ocenie Sądu Okręgowego w pełni prawidłowa, zgodna z przepisami prawa polskiego i uwzględnia postanowienia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. W efekcie uzasadniony jest wniosek I., że udział w dialogu technicznym jest okolicznością, która powinna być przez wykonawcę ujawniona w JEDZ oraz co do której wykonawca powinien wykazać brak wpływu na konkurencję.

Jak słusznie wskazała Izba w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku z art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wynika, że stwierdzenie okoliczności brania udziału w przygotowaniu postępowania przez wykonawcę lub wskazane w tym przepisie osoby oznacza powstanie domniemania zakłócenia konkurencji i wymaga zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu zamówienia nie powoduje w danym przypadku zakłócenia konkurencji, co winno nastąpić w trybie art. 24 ust. 10 Pzp. Skoro M. R. uczestniczył w procedurze dialogu technicznego, a zatem brał udział w przygotowaniu postępowania, to zamawiający winien wystosować do Konsorcjum

(...) wezwanie w trybie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, a skoro tego zaniechał, to podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący tego uchybienia był uzasadniony.

W świetle powyższych rozważań wskazujących na prawidłowość rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty skarżących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp, bezzasadny pozostawał także zarzut sformułowany w punkcie 15 skargi odnoszący się do naruszenia prawa materialnego – art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przyjęcie, że oferta skarżących nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy oddalił skargę, o czym orzekł w punkcie I wyroku na podstawie art. 198f ust. 2 in principio Pzp.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono stosownie do jego wyniku, w oparciu o art. 198f ust. 5 p.z.p., obciążając nimi skarżących. W konsekwencji w punkcie II wyroku zasądzone od skarżących na rzecz zamawiającego kwotę 5.417 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi oraz w punkcie III zasądzone od skarżących na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej w G. i A. (...) s.r.l. z siedzibą w S. (...) zgłaszających przystąpienie do postępowania skargowego po stronie zamawiającego kwotę 5.417 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

Wysokość kosztów zastępstwa procesowego podlegających zwrotowi przez skarżących na rzecz zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej w G. i A. (...) s.r.l. w S. (...) ustalono na kwoty łącznie po 5417 zł mając na uwadze, że skarga odnosiła się do rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej dotyczących dwóch odwołań (2 x 2700 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł). Wysokość kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 2700 zł od skargi w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego każdego z odwołań ustalono w oparciu o § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972) w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 265). Wypada zauważyć, że żaden przepis nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Wobec powyższego należało przyjąć stawkę w wysokości 75% stawki wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą mając na uwadze, że postępowaniu ze skargi przed Sądem Okręgowym zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienie do postępowania skargowego po stronie zamawiającego reprezentowali inni pełnomocnicy niż w postępowaniu odwoławczym.

--	--	--