

Sygn. akt: KIO 719/11

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę

B3System S.A. z siedzibą przy ulicy Aleje Jerozolimskie 162A w Warszawie, 02-342 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ulicy Szamockiej 3,5 w Warszawie, 01-748 Warszawa

przy udziale wykonawcy

Teneo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce przy ulicy Bankowej 14D/2, 05-220 Zielonka

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 719/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża B3System S.A. z siedzibą przy ulicy Aleje Jerozolimskie 162 A w Warszawie, 02-342 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez B3System S.A. z siedzibą przy ulicy Aleje Jerozolimskie 162A w Warszawie, 02-342 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od B3System S.A. z siedzibą przy ulicy Aleje Jerozolimskie 162A w Warszawie, 02-342 Warszawa na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ulicy Szamockiej 3,5 w Warszawie, 01-748 Warszawa kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu świadczenia pomocy prawnej w przedmiocie zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą przy ulicy Szamockiej 3,5 w Warszawie, 01-748 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *dostawa 3415 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych* (Znak sprawy: TZ/370/90/10), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 221-338848.

29 marca 2011 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu - B3System S.A. z siedzibą przy ulicy Aleje Jerozolimskie 162 A w Warszawie, 02-342 Warszawa informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał ofertę wykonawcy Teneo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce przy ulicy Bankowej 14D/2, 05-220 Zielonka do realizacji zamówienia na dostawę 3415 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych.

5 kwietnia 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania czynności oraz czynności, których Zamawiający zaniechał a które naruszają następujące przepisy ustawy:

- odrzucenia oferty Teneo Polska Sp. z o.o., co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez spółkę jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że złożona przez wskazaną spółkę oferta jest niezgodna z ustawą oraz nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w związku z powyższym powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego,
- zaniechanie odrzucenia oferty Teneo Polska Sp. z o.o., co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych -Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez spółkę jako ofert najkorzystniejszej, pomimo że złożona przez wskazaną spółkę oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (urządzenie wielofunkcyjne proponowane przez spółkę nie spełnia minimalnych wymagań technicznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) i w związku z powyższym powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego,
- zaniechanie odrzucenia oferty Teneo Polska Sp. z o.o., co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - oferta złożona przez wskazaną spółkę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym wskazana oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego,

- zaniechanie odrzucenia oferty ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych; złożona przez wskazaną spółkę oferta jest niezgodna z ustawą oraz nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w związku z powyższym powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności w zakresie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 3415 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Oferta złożona przez Teneo Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogów określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), wobec czego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, zgodnie z art. art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy p.z.p. Do oferty nie dołączono aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków. Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. stanowi, że oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Art. 24 ustawy p.z.p. określa warunki, które muszą spełniać wykonawcy, aby mogli wziąć udział w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ustawy p.z.p. - ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednym z warunków udziału w postępowaniu, o których mowa powyżej, jest niezaleganie z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne (art. 24 ust. 1 pkt 3). Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że nie zalega on z ww. płatnościami. Ponadto w Rozdziale IV SIWZ zawarte zostało, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, a ponadto złożą ofertę wraz z wymaganymi dokumentami. W SIWZ wyraźnie wskazano, że do oferty należy dołączyć aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków. Wykonawca Teneo Polska Sp. z o.o. nie przedstawiła takiego zaświadczenia, wobec czego wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a przedstawiona przez nią oferta powinna ulec odrzuceniu. Z brzmienia wskazanego powyżej przepisu art. 24 ustawy p.z.p. wynika wprost, że wykonawca nawet

posiadający wszelkie wymagane przez Zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia, i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków.

Oferta złożona przez spółkę Teneo Polska Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ, gdyż oferowane urządzenie nie spełnia wymagań technicznych określonych w SIWZ. Zgodnie z informacją umieszczoną w podręczniku obsługi urządzenia FS-1028MFP na stronie *Dodatek 5*, urządzenie FS-1028MFP skanuje w rozdzielczościach 200dpi, 300dpi, 400dpi oraz 600 dpi. Urządzenie FS-1028MFP nie spełnia parametru wymaganego w SIWZ postępowania „optyczna rozdzielczość skanowania - 600 dpi z możliwością skanowania w rozdzielczościach 90 dpi (lub IOOdpi) i 200 dpi”. SIWZ precyzyjnie określa, jakie minimalne wymogi powinno spełniać urządzenie i żadne odstępstwa w tym zakresie nie są dopuszczalne. Pomimo zaistnienia powyższych okoliczności, Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez spółkę, przez co dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p.

Zamawiający naruszył swoimi działaniami również art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p., gdyż nie odrzucił oferty złożonej przez spółkę Teneo Polska Sp. z o.o., pomimo, iż zawierała ona rażąco niską cenę. Z analizy złożonych ofert jasno wynika, że oferta złożona przez Teneo Polska Sp. z o.o. zawiera cenę zdecydowanie niższą od cen oferowanych przez innych wykonawców. Oferta złożona przez tego wykonawcę na kwotę 3.486.373,50 zł, jest o ponad 520.000 zł (tj. ok. 15%) niższa od drugiej w kolejności oferty, tj. oferty złożonej przez Odwołującego na kwotę 4.009.551,50 zł. Pomiędzy kolejnymi ofertami, tj. złożonymi przez ARCUS S.A., Komputronik Business oraz Praxis S.A. nie ma aż tak dużych różnic cenowych. Wskazuje to jednoznacznie, że cena zaoferowane przez Teneo Polska Sp. o.o. jest rażąco niska. Fakt ten potwierdza również okoliczność, że to spółka ARCUS S.A., będąca jedynym oficjalnym dystrybutorem marki Kyocera Mita w Polsce, z założenia powinna posiadać najniższe ceny na oferowany sprzęt, a nie spółka Teneo Polska Sp. z o.o. Tymczasem spółka TENEOPOLSKA sp. z o.o., posiadając w ofercie sprzęt tej samej marki, zaoferowała cenę o ponad 600.000 zł (tj. ok. 17 %) niższą od spółki ARCUS S.A. W orzecznictwie wskazuje się, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cenę za rażąco niską można uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen. W niniejszym postępowaniu cena zaoferowana przez Teneo Polska Sp. z o.o. jest

wyraźnie niższa od cen pozostałych wykonawców. Przez cenę rażąco niską należy rozumieć również cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Wobec faktu, że jedyny oficjalny dystrybutor marki Kyocera Mita w Polsce - spółka ARCUS S.A. oferuje cenę zdecydowanie wyższą od ceny Teneo Polska Sp. z o.o., można zasadnie założyć, że wykonawca ten oferuje cenę poniżej kosztów wytworzenia i realizacji zamówienia. Mając powyższe na uwadze wskazuję, że Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Teneo Polska Sp. z o.o. Nie wypełniając powyższego obowiązku dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p.

Mając na uwadze argumentację przytoczoną powyżej, wskazujemy, że również oferta złożona przez ARCUS S.A. podlega odrzuceniu, jako niezgodna z art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy p.z.p. oraz treścią SIWZ. Spółka nie załączyła bowiem informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wymaganej w celu wykazania, iż spółka nie podlega wykluczeniu z postępowania. Z postępowania podlegają wykluczeniu, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Obowiązkiem spółki było wykazanie spełnienia powyższego warunku, poprzez przedstawienie stosowanej informacji o podmiocie zbiorowym z Krajowego Rejestru Karnego. Ponadto SIWZ wyraźnie precyzuje, jakie dokumenty należy załączyć do oferty w Rozdziale IV wskazuje się m.in., że konieczne jest dołączenie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 ustawy p.z.p. Wobec niedopełnienia powyższego obowiązku, oferta spółki ARCUS S.A. powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

19 kwietnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Teneo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce przy ulicy Bankowej 14D/2, 05-220 Zielonka.

Zgłaszający przystąpienie wskazał uzasadniając interes w zgłoszeniu przystąpienia, iż złożona przez niego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Kopię odwołania zgłaszający przystąpienie otrzymał 18 kwietnia 2011 roku, tym samym ustawowy termin na zgłoszenie przystąpienia został dochowany. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie a Zamawiający w toku badania i oceny ofert podjął prawidłową decyzję. Zgłaszający przystąpienie wskazał również w

zgłoszeniu przystąpienia, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 kwietnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzenie przesłania odwołania, w dniu 5 kwietnia 2011 roku, drogą elektroniczną na adres mailowy, który został zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu. Izba ustaliła, iż adres mailowy, na który została przesłana kopia odwołania jest adresem mailowym pracownika Zamawiającego, czego Zamawiający nie kwestionował. W ocenie Izby Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie. Przesłanie kopii nastąpiło przez Odwołującego przed upływem terminu do wniesienia odwołania tj. 5 kwietnia 2011 roku zgodnie z regulacją art. 27 ust. 2 ustawy tj. drogą elektroniczną. W ocenie Izby odwołanie zostało przesłane skutecznie, zgodnie z obowiązującą regulacją prawną wynikającą z art. 180 ust. 5 ustawy - *Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2.* Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania w terminie wskazanym w tym przepisie, tym samym nie została wypełniona przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przesłanie odwołania drogą elektroniczną jest możliwe niezależnie od formy porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami ustalonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes*

w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowód złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego – „Podręcznik obsługi” (wyciąg). Izba nie dopuściła dowodu złożonego przez uczestnika postępowania odwoławczego – „Service Manual” (wyciąg) z uwagi na złożenie tego dokumentu w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę Teneo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce przy ulicy Bankowej 14D/2, 05-220 Zielonka. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 18 kwietnia 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez Teneo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce przy ulicy Bankowej 14D/2, 05-220 Zielonka nastąpiło 19 kwietnia 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznała, iż wykonawca Teneo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce przy ulicy Bankowej 14D/2, 05-220 Zielonka stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego złożył pismo, zawierające stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego w sprawie. Uczestnik postępowania odwoławczego wyjaśnia w nim, że urządzenia zaoferowane Zamawiającemu zostały specjalnie wyposażone w unikalny firmware (oprogramowanie sterujące wewnątrz maszyny) przygotowane przez producenta sprzętu Kyocera Mita zgodnie i na potrzeby wymagań Zamawiającego. Zaoferowane urządzenie różni się w sposób istotny od urządzeń produkowanych seryjnie przeznaczonych do sprzedaży w kanale detalicznym. Fakt spełnienia przez zaoferowane urządzenie parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego potwierdzają testy techniczne przeprowadzone przez Zamawiającego oraz

dostarczona wraz z urządzeniem dokumentacja techniczna. Argumentacja odwołującego odnosi się - do poprzednich modeli urządzeń FS-1028 lub urządzeń zaoferowanych do sprzedaży detalicznej - do innych urządzeń niż te oferowane Zamawiającemu. Dołączone do odwołania wydruki z podręcznika obsługi zawierają informację, że specyfikacja ma charakter poglądowy i może ulec zmianie bez wcześniejszego powiadomienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty podniesione w odwołaniu należy podzielić na te odnoszące się do oferty złożonej przez wykonawcę Teneo Polska Sp. z o.o. (uczestnik postępowania odwoławczego) oraz do oferty złożonej przez ARCUS S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Teneo Polska Sp. z o.o. i naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jest niezgodna z ustawą;* art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;* art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy z powodu niezłożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca nie zalega z opłacaniem składek nie jest zasadny. Zamawiający 24 lutego 2011 roku wezwał wykonawcę Teneo Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo*

ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. – tj. do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatku, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Wykonawca Teneo Polska Sp. z o.o. uzupełnił w wyznaczonym terminie dokument, o którym mowa powyżej. Istotnym jest, co nie było kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie, iż Odwołujący dokonał weryfikacji ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia 21 lutego 2011 roku, co niewątpliwie miało wpływ na treść złożonego odwołania. W wyniku wykonania ciężącego na Zamawiającym obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca Teneo Polska Sp. z o.o. odpowiedział na wezwanie złożył dokument, tym samym zgodnie z pierwotnym żądaniem Zamawiającego, potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący nie kwestionował (nie stanowił podstawy zarzutu) uzupełnionego przez wykonawcę Teneo Polska Sp. z o.o. dokumentu mającego potwierdzić spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z powodu niezgodności przedmiotu zaoferowanego przez wykonawcę Teneo Polska Sp. z o.o. ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia nie jest zasadny. Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający wymagał dla zaoferowanego urządzenia wielofunkcyjnego aby „*optyczna rozdzielczość skanowania wynosiła 600 dpi z możliwością skanowania w rozdzielczościach 90 dpi (lub 100dpi) i 200 dpi*”. Odwołujący zakwestionował parametry zaoferowanego urządzenia powołując się na informacje jakie uzyskał na podstawie informacji pozyskanych ze stron internetowych dla urządzenia o symbolu FS-1028MFP. Należy nadmienić w tym miejscu, iż zgodnie ze złożoną w postępowaniu ofertą wykonawca będący uczestnikiem postępowania odwoławczego złożył w postępowaniu ofertę na urządzenie wielofunkcyjne o symbolu FS-1028MFP/DP. Faktu tego nie uwzględnił Odwołujący w złożonym odwołaniu a także nie podniósł argumentacji w tym zakresie na rozprawie. Zamawiający przedstawił na rozprawie dokumenty potwierdzające

przeprowadzenie testów zaoferowanych urządzeń oraz przeprowadzoną ocenę tych urządzeń w dniu 20 marca 2011 roku (urządzenie zaoferowane przez Odwołującego również podgalało badaniu testowemu). Przeprowadzony przez Zamawiającego test urządzenia wielofunkcyjnego o symbolu FS-1028MFP/DP zaoferowanego przez Teneo Polska Sp. z o.o. i sporządzony z tego testu dokument potwierdza, iż urządzenie to spełnia wymagania Zamawiającego. Słusznie podniósł Zamawiający, iż Odwołujący nie podważył przeprowadzonych przez Zamawiającego testów i nie zakwestionował wyników prowadzonych testów urządzenia wielofunkcyjnego zaoferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego. Natomiast w oparciu okazany przez uczestnika postępowania odwoławczego podręcznik obsługi, który został dołączony do urządzenia przedstawionego Zamawiającemu do testów (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) dedykowany dla zaoferowanego urządzenia, zawarta została informacja na temat możliwości dotyczącej skanowania w rozdzielczości 600 dpi, 400 dpi, 300 dpi, 200 dpi i 90 dpi. Tym samym dowód przedstawiony przez uczestnika postępowania odwoławczego wraz z przedstawionymi przez Zamawiającego wynikami testów urządzenia zaoferowanego przez Teneo Polska Sp. z o.o. potwierdzają spełnienie wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego dotyczących urządzenia wielofunkcyjnego.

Na uwagę zasługuje w tym miejscu fakt, iż posługiwanie się przez Odwołującego jako dowodem jedynie informacją pozyskaną ze stron internetowych (co nie było przez Odwołującego kwestionowane na żadnym etapie postępowania), nawet w przypadku gdy pochodzą one z oficjalnych stron producenta danych urządzeń nie mogą stanowić wystarczającego dowodu powodujące obalenie treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę w treści oferty. Tym samym informacje te nie mogą być same w sobie podstawą podważania prawdziwości oświadczeń wykonawców. Informacje te mogą pełnić jedynie funkcję informacji ogólnych co powoduje, że nie ma podstaw do traktowania ich jako zindywidualizowanej oferty (porówna: sygn. akt UZP/ZO/0-39/06, sygn. akt UZP/ZO/0-1626/05, sygn. akt UZP/ZO/0-2074/05). Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem przedstawione wydruki ze strony internetowej nie stanowią dowodu na to, że zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne przez uczestnika postępowania odwoławczego nie spełnia określonego przez Zamawiającego wymagania możliwości skanowania w rozdzielczości 90 dpi (lub 100dpi) a właśnie na to wskazywał Odwołujący. Podkreślić także należy, że informacje zawarte na stronach internetowych mają charakter informacji handlowych, a nie stanowią zawsze aktualnej informacji co do technicznych parametrów określonych urządzeń i nie mogą stanowić samoistnego dowodu na potwierdzenie, że określone urządzenie nie spełnia jakichś wymogów technicznych, o ile wprost nie została ta niezgodność na stronie

internetowej stwierdzona oraz nie zostało w jakiś sposób potwierdzone, że informacje na stronie są aktualne i wiążące jeśli chodzi o producenta urządzeń (porównaj: sygn. akt KIO 2792/10). W rozpoznawanej sprawie informacja jaką wykazywał się Odwołujący dotyczyła urządzenia wielofunkcyjnego o symbolu FS-1028MFP a także zawierała w swej treści wskazanie, iż informacje w niej zawarte mają charakter poglądowy i mogą ulec zmianie bez powiadamiania. Odwołujący nie przedstawił dowodów wskazujących na to, iż zaoferowane urządzenie nie posiada funkcji skanowania w rozdzielczości 90 dpi (lub 100 dpi), tym samym Izba nie mogła uznać zarzutu opartego jedynie na wskazanej powyżej argumentacji.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego – Teneo Polska Sp. z o.o., zawierającej rażąco niską cenę, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Odnosząc się do problemu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do ceny jaką zaoferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy badać czy za zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie cenę możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia – badamy „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Pomocną w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; oraz porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08)” czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-696/07). *„Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). *„Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Jednakże nie należy zapominać i w szczególności mieć na uwadze, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności możliwość realizacji zamówienia w stosunku do zaoferowanej ceny. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Samo stwierdzenie przez Zamawiającego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, powziął wątpliwości co do zaoferowanych przez wykonawców cen i zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienia zaoferowanych cen, w tym do wykonawcy Teneo Polska Sp. z o.o. zgodnie z regulacją art. 90 ust. 1 ustawy – *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielnie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.* Zamawiający zrealizował tym samym dyrektywy płynące

z zasad prawa zamówień publicznych, w szczególności zasada wskazanych w rozdziale 2 ustawy ale też nie podanych wprost lecz wynikających z regulacji ustawy a zobowiązujących go do jak najbardziej przejrzystego prowadzenia postępowania, którego celem jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy ale taki wybór może zostać dokonany jedynie wtedy, gdy sam Zamawiający prawidłowo przeprowadzi procedurę. Odwołujący na wniosek Zamawiającego udzielił wyjaśnień uzasadniając zaoferowaną przez siebie cenę w ofercie. Nadmienić należy w tym miejscu, iż wyjaśnienia złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego, które złożył zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, nie stanowiły przedmiotu zarzutu podnoszonego przez Odwołującego w odwołaniu. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego *do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę* – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08) dlatego też oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy Teneo Polska Sp. z o.o. i nie znalazł podstawy do odrzucenia jego oferty złożonej na kwotę 3 486 373,50 zł. Zasadnym jest wskazanie w tym miejscu, iż nie istnieje i nie można go wywieść na żadnej podstawie jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku). Tym samym podnoszona przez Odwołującego procentowa różnica cen pomiędzy ofertą uczestnika postępowania odwoławczego a Odwołującego (4 009 551,50 zł) wynosząca około 15% nie może stanowić samoistnej podstawy do uznania, iż oferta Teneo Polska Sp. o.o. zawiera cenę rażąco niską.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty ARCUS S.A. i naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jest niezgodna z ustawą*; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* bowiem złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z ustawą oraz nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w związku z powyższym powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Należy wskazać, iż Zamawiający sklasyfikował ofertę złożoną przez wykonawcę ARCUS S.A. na trzeciej pozycji w rankingu ofert dokonany na podstawie kryteriów oceny ofert

zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zaś oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Izba uznała, że Odwołujący, w zakresie zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy ARCUS S.A. nie spełnił przesłanki materialnoprawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy.

Wykazaniem interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, bowiem zadaniem środków korygujących jest ochrona indywidualnego interesu majątkowego. Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (uszczerbek majątkowy). W świetle art. 179 ust. 1 ustawy podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto

zaprzecza). Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę Teneo Polska Sp. z o.o. oferta powinna zostać odrzucona z postępowania z uwagi na niezgodność przedmiotu zaoferowane z przedmiotem zamówienia opisanym w SIWZ powinien był wykazać, że zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne o symbolu FS-1028MFP/DP nie spełnia wymaganych parametrów technicznych tj. nie posiada możliwości skanowania w rozdzielczości 90 dpi (lub 100dpi) zaś odwołanie się jedynie do wydruków ze stron internetowych dotyczących ogólnie urządzeń danego modelu z zawartym jednocześnie zastrzeżeniem, że informacje zawarte w tych dokumentach mogą ulegać zmianie nie stanowi argumentacji, która mogłaby stać się podstawą do uznania zarzutu. Odwołujący winien również był wykazać, powołując dowody na tę okoliczność, iż zaoferowana w ofercie uczestnika postępowania cena jest ceną rażąco niska; mógł między innymi Odwołujący wykazywać, że zaoferowana cena jest niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, cena zawarta w ofercie skalkulowana została poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia przedmiotu oraz że cena za jaką zaoferował wykonanie zamówienia nie pokrywa faktycznej realizacji zamówienia. Oparcie argumentacji, że cena zaoferowana przez Teneo Polska Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską jedynie na powiedzeniu, iż wykonawca Teneo poslak Sp. z o.o. nie posiada odpowiednio rozbudowanej sieci dystrybucji w tym serwisu a także, że przewidziany okres gwarancji (36 miesięcy) podnosi koszt całego zamówienia z uwagi na konieczność dokonywania przez wykonawcę wymiany części naturalnie zużywających się oraz wykonywania czynności konserwacyjnych zgodnie z wymaganiami producenta co w ocenie Odwołującego podnosi koszt całego zamówienia oraz podniesienie, że wyprodukowanie modelu spełniającego wymagania Zamawiającego może tym, iż ta cena jest rażąco niska nie posiada waloru dowodowego, który mógłby stanowisko Odwołującego potwierdzić. Odwołujący nie wykazał również, że wykonawca Teneo Polska Sp. z o.o. nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowania.

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

Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania - „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy” – Izba uwzględni wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....