

WYROK
z dnia 20 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2011 r. przez wykonawcę **Axel Computer Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Gdańsk – Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska w Gdańsku**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Miasto Gdańsk – Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska w Gdańsku**
 - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Beata Szulc Avena Technologie Beata Szulc w Gdyni do uzupełnienia we wskazanym zakresie następujących dokumentów:
 - Tabela nr I - 35 sztuk laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.
 - Tabela nr II - 5 sztuk laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit. potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star -

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr III - 2 sztuki laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr IV - 18 sztuk zestawów komputerowych - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr V - 3 Serwery - oferowane serwery muszą znajdować się na liście Windows Server Catalog i posiadać status „Designed for Windows” dla MS Windows Server 2003 w wersji x86 i x64, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr XIV - urządzenia wielofunkcyjne (format A3) - 2 sztuki - potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr XV - urządzenia wielofunkcyjne (format A4) - 2 sztuki - potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE

i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Gdańsk – Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska w Gdańsku**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Axel Computer Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **Gminy Miasta Gdańsk – Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska w Gdańsku** na rzecz **Axel Computer Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Gdańsk, w której imieniu działa Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację sprzętu informatycznego dla budynku Gdańskiego Inkubatora Przedsiębiorczości w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Gdański Inkubator Przedsiębiorczości w Gdańsku przy ul. Lęborskiej”.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp

Odwołujący się podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił się następujących działań i zaniechań niezgodnych z ustawą Pzp:

1. niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp w konsekwencji niedokonanie odrzucenia oferty oferenta Beaty Szulc prowadzącej działalność gospodarczą pn.: Avena Technologie Beata Szulc, ul. Solna 7 b, 81-577 Gdynia na podstawie przywołanego przepisu oraz rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania na korzyść oferenta Avena Technologie, którego oferta podlegała odrzuceniu z mocy ustawy;
2. naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia czynności wyjaśniających w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3;
3. naruszenie art. 83 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie oferty wariantowej Avena Technologie lub w przypadku nieuwzględnienia zarzutu - naruszenie art. 82 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie więcej niż jednej oferty oferenta Avena Technologie;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp , stanowiącego zasadę udzielania zamówień publicznych w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców;
5. niewłaściwe zastosowanie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na wyborze jako oferty najkorzystniejszej -oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ustawy Pzp, złożonej przez Beatę Szulc, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Avena Technologie Beata Szulc.

Odwołujący się wniósł o:

- a. dokonanie powtórnego badania ofert, złożonych w przetargu nieograniczonym na dostawę i instalację sprzętu informatycznego dla budynku Gdańskiego Inkubatora Przedsiębiorczości w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Gdański Inkubator Przedsiębiorczości w Gdańsku przy ul. Lęborskiej" (I/PNE/002/11), z uwzględnieniem art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp, art. 83 ust. 1 ustawy Pzp. oraz art. 7 ustawy Pzp. i oceny ofert;
- b. odrzucenie oferty Avena Technologie i

c. wybór oferty spółki pod firmą Axel Computer Spółka z o.o. złożonej w przetargu nieograniczonym dostawę i instalację sprzętu informatycznego dla budynku Gdańskiego Inkubatora Przedsiębiorczości w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Gdański Inkubator Przedsiębiorczości w Gdańsku przy ul. Lęborskiej” (I/PNE/002/11).

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty: spółki Axel Computer sp. z o.o. oraz ww. Avena Technologie. W ofercie Avena Technologie stwierdzono następujące uchybienia względem specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu:

a. W myśl Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na realizację zadania inwestycyjnego pn.: „Dostawa i instalacja sprzętu informatycznego dla Budynku Gdańskiego Inkubatora Przedsiębiorczości w ramach zadania Inwestycyjnego pn.: Gdański Inkubator Przedsiębiorczości w Gdańsku przy ul. Lęborskiej.” - Opis przedmiotu zamówienia - wykaz oferowanych urządzeń z parametrami, w zastrzeżeniach pod Tabelą V (sir. 27 i 28) wskazano, iż:

3 „Dostarczone laptopy, komputery i serwery powinny być wyposażone w dokumentację użytkownika w języku polskim. Oferowane modele notebooków i komputerów muszą posiadać certyfikat Microsoft. potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit (załączyć wydruk ze strony Microsoft WHCL), a oferowane serwery muszą znajdować się na liście Windows Server Catalog i posiadać status „Designed for Windows” dla MS Windows Server 2003 w wersji x86 ix64 (załączyć wydruk). 4. Oferowane laptopy, komputery, serwery i urządzenia wielofunkcyjne muszą spełniać wymagania dotyczące efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz być oznaczone znakiem CE, posiadać certyfikat CE lub deklarację zgodności CE (załączyć do oferty).”

Zgodnie z powyższym zapisem oferent Avena Technologie powinna była dołączyć do swojej oferty następujące dokumenty:

- Tabela nr I - 35 sztuk laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr II - 5 sztuk laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit. potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star -

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr III - 2 sztuki laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr IV - 18 sztuk zestawów komputerowych - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr V - 3 Serwery - oferowane serwery muszą znajdować się na liście Windows Server Catalog i posiadać status „Designed for Windows” dla MS Windows Server 2003 w wersji x86 ix64, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr XIV - urządzenia wielofunkcyjne (format A3) - 2 sztuki - potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr XV - urządzenia wielofunkcyjne (format A4) - 2 sztuki - potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

Wskazać należy, że żadne z tych dokumentów nie znalazły się w ofercie Avena Technologie pomimo wyraźnego wymogu wskazanego w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

b. W myśl zapisu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na realizację zadania inwestycyjnego pn.: „Dostawa i instalacja sprzętu informatycznego dla Budynku Gdańskiego Inkubatora Przedsiębiorczości w ramach zadania Inwestycyjnego pn.: 'Gdański Inkubator Przedsiębiorczości w Gdańsku przy ul. Lęborskiej.'” - Opis przedmiotu zamówienia - wykaz oferowanych urządzeń z parametrami, w Tabeli I pkt 2 Procesor, kolumna 3 „Parametry wymagane” wskazano: „Procesor klasy x86_64, min dwurdzeniowy. Zaoferowany procesor musi

uzyskiwać w teście Passmark CPU Mark wynik min 2590 punktów (wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie: <http://www.cpubenchmark.net>)"

Odwołujący się podniósł, że Avena Technologie w ofercie zaproponowała zamawiającemu Procesor Intel Core J3-2310M, którego wyniki testów według informacji na podanej przez zamawiającego stronie internetowej nie spełniają wymogów wskazanych w SIWZ. Liczba wymaganych na testach prowadzonych na stronie punktów w Specyfikacji została określona na poziomie 2590 a wynik dla proponowanego przez Avena Technologie Procesor Intel Core i3-2310M na dzień składania odwołania wynosi 2557. Przy czym podkreślić należy, iż z uwagi na stosowanie coraz lepszych i szybszych rozwiązań w branży komputerowej wyniki na ww. stronie mają charakter progresywny i każdego dnia są nieco wyższe w stosunku do wyniku z dnia poprzedniego. Zatem należy założyć, że w dniu składania ofert dysproporcja pomiędzy wymogami wskazanymi na stronie internetowej i w ofercie Avena Technologie była jeszcze większa. Zamiennie, w sposób nie usankcjonowany na gruncie SIWZ, Avena przeprowadziła testy we własnym zakresie, które w sposób oczywisty okazały się niezgodne z danymi na stronie, które Zamawiający wskazał jako wiążące dla oferentów.

W świetle cytowanego wymogu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, sytuacja w której oferent dostarcza przeprowadzone przez siebie wyniki testów procesora jest niedopuszczalna, z uwagi na to, że:

- zamawiający wyraźnie wskazał w SIWZ, iż wynik minimalny zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie www.cpubenchmark.net i przekraczać wartość 2590 punktów w testach - wynik procesora oferowanego przez Avena Technologie według danych wskazanych przez Zamawiającego jako wzorcowe nie przekraczał ww. prognozy;
- nawet przy wzięciu pod uwagę wyjaśnień Avena Technologie, co Odwołujący w tym przypadku uważa za nieuzasadnione, wyniki takich testów są bardzo łatwe do zmanipulowania poprzez np. podniesienie prędkości taktowania procesora, wyłączenie poszczególnych (wszystkich) aplikacji działających podczas pracy sprzętu, wyłączenie wszystkich komponentów takich jak, bluetooth, kamera, wi-fi, które mogłyby ograniczyć dostęp do pamięci operacyjnej procesora, dołożenie pamięci RAM (w tym wypadku testowany notebook zamiast 2GB RAM miał 4GB RAM), można również przyspieszyć działanie pamięci i procesora przez zmianę napięcia lub mnożnika.

c. W myśl specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 6.2.1 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków: posiadania wiedzy i doświadczenia” - „Warunek odpowiedniej wiedzy i doświadczenia ze strony oferenta zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) zrealizował co najmniej: - dwie dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości jednostkowej równej lub większej od 150.000 zł. brutto”.

Oferent Avena Technologie pierwotnie przedstawił dwa dokumenty referencyjne, z których wynikało kolejno, że:

- 1) w7 okresie od 1 stycznia 2009 roku do 15 sierpnia 2011 roku Avena Technologie dokonała dostaw sprzętu informatycznego na kwotę powyżej 150.000 zł. brutto na rzecz Łukasza Frąckowiaka prowadzącego działalność gospodarcza pn.: Lokis Łukasz Frąckowiak;
- 2) w okresie od 1 stycznia 2009 roku do 30 czerwca 2011 roku Avena Technologie dokonała dostaw sprzętu informatycznego na kwotę powyżej 150.000 zł. brutto na rzecz Smart Media sp. z o.o.;

Przedstawionym referencjom zarzucić można następujące uchybienia w stosunku do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu:

- dostawy, o których mowa nie mają charakteru jednostkowego. Stanowią one ogólną wartość wszystkich dostaw dokonanych przez Avena Technologie na przestrzeni 2 i pół roku na rzecz wymienionych podmiotów;
- pomimo wskazania takiego wymogu przez Zamawiającego, przedstawione referencje w żaden sposób nie określają czy przedmiotem wielu dostaw na przestrzeni ww. okresu był towar rodzajowo odpowiadający przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu. Podkreślić należy, iż „sprzęt informatyczny” jest określeniem bardzo ogólnym. Z równym powodzeniem oferent Avena Technologie mógł skupić się na np. szeroko zakrojonej dystrybucji dyskietek, płytek CD czy nośników danych innego rodzaju, w szczególności mając na uwadze długi okres w jakim następowały dostawy „sprzętu”. Mając na uwadze celowościową wykładnię cytowanego zapisu SRVZ, nie sposób jest interpretować go inaczej niż jako wymóg wykazania doświadczenia i wiedzy oferenta w zakresie dostaw w głównej mierze komputerów stacjonarnych, notebooków, laptopów, monitorów itp., które stanowiły przedmiot zamówienia.

Wskazać należy, iż na skutek prośby o wyjaśnienie skierowanej przez Zamawiającego do Avena Technologie, oferent zweryfikował swoje referencje, próbując dostosować je do wymogów SrWZ. W treści referencji zostało podkreślone, iż przedmiotowe dostawy miały charakter jednostkowy. Poprawionym referencjom zarzucić należy, że:

- trudno dać wiarę rzekomemu jednostkowemu charakterowi dostaw z uwagi na pozostawienie długiego okresu dostawy bez wskazania chociażby jednego kwartału czy miesiąca oraz roku, w którym dostawa jednostkowa miała być zrealizowana, tym bardziej, że w referencjach wystawionych przez Łukasza Frąckowiaka prowadzącego działalność gospodarczą Lokis nadal jest mowa o „dostawach” w liczbie mnogiej, co nadal sugeruje sukcesywność wielu mniejszych dostaw, a nie jedną transakcję;
- nadal nic potwierdzono, iż sprzęt będący przedmiotem dostaw na rzecz ww. podmiotów rodzajowo odpowiadał przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż referencje przedstawione przez oferenta Avena Technologie nie były zgodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

d. W myśl Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt 7.1.5 („Oświadczenie i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”) oferent jest zobowiązany przedstawić „informacje banku (...), w którym wykonawca posiada rachunek potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy”. Avena Technologie przedstawiła oświadczenie mBanku według którego na rachunku bankowym znajduje się kwota 500.566,44 PLN. Jak wynika z adnotacji placówki bankowej - dokument został wydany na prośbę klienta. Z uwagi na to, iż całość oferty jest firmowana działalnością Pani Beaty Szulc pn.: Avena Technologie -jak wynika z pieczętki na każdej stronie oferty - nie jest jasnym z jakiego powodu oferent przedstawił zaświadczenie z Banku wystawione na podmiot E- TEC Networks Beata Szulc. Jak wynika z zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej Beaty Szulc - są to działalności, prowadzone przez Panią Szulc odrębnie, co potwierdza wspomniane firmowanie oferty tylko jedną działalnością - Avena Technologie, której zaświadczenie z Banku nie dotyczy. Za niedopuszczalne należy uznać zaniechanie przez Zamawiającego uzyskania wyjaśnień w tym zakresie. W ocenie Odwołującego powyżej cytowany wymóg SIWZ nic został należycie spełniony przez oferenta.

Odwołujący się podniósł zarzut naruszenia przez wskazaną ofertę przepisów z zakresu zwalczania nieuczciwej konkurencji. Oferent Avena Technologie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zaoferowania do odsprzedaży towaru poniżej kosztów zakupu w celu wyeliminowania innego przedsiębiorcy - Axel Computer, a konkretniej jego oferty w przedmiotowym przetargu. Niewątpliwym jest, iż zaoferowanie przez Avena Technologie w swojej ofercie ceny tak dalece odbiegającej nie tylko od wartości rynkowej, ale od ceny producenta, zostało dokonane w celu wyeliminowania spółki Axel Computer, jako konkurenta w przedmiotowym postępowaniu. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż Zamawiający w sposób niewątpliwy uchybił przepisowi art. 89 ust. 1 pkt 4) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Avena Technologie.

Na podstawie danych zawartych w Załączniku nr 1 do SIWZ Tabela nr V, poz. 11 (str. 26) „Oprogramowanie”, Zamawiający wymaga dostarczenia dwóch licencji Microsoft Windows Server 2008 Enterprise R2 z 60 sztukami licencji dostępowych Windows Server 2008 Client Access Licence Device oraz jednej licencji Microsoft Exchange Server Standard 2010 z 42 sztukami licencji dostępowych Microsoft Exchange Server Standard CAL 2010 Device. Cena rynkowa zakupu takiego oprogramowania wynosi ponad 40,000 zł. Cena, za którą można zakupić ww. oprogramowanie od producenta - bez narzuconej marży - to koszt około 32 - 33 tysiące złotych. Spółka Axel Computer zaoferowała za ww. oprogramowanie cenę 40.000 zł., co oznacza, iż cenę producenta, powiększyła o ustaloną przez siebie, a podyktowaną warunkami rynkowymi, marżę. Avena Technologie za ww. oprogramowanie zaproponowała cenę 2311 zł. netto. Bezspornym pozostaje, że cena ta jest rażąco zaniżona. Przyjęcie innego założenia musiałoby prowadzić do wniosku, iż proponowane przez oferenta oprogramowanie pochodzi z innego niż legalne źródła, o

co Odwołujący nie podejrzewa Avena Technologie, mając na uwadze, iż oferta jest składana w przetargu dotyczącym zamówień publicznych o znacznej wartości, a oferent działa z pełną świadomością i rozeznanieniem konsekwencji dystrybucji nielegalnego oprogramowania. Podkreślić należy, iż cena proponowana przez Avena Technologie nie stanowi nawet 10% ceny producenta oprogramowania.

Odwołujący się stwierdził, że w toku przeglądania akt, Axel Computer odnalazł sprostowanie oferenta Avena Technologie z dnia 17 sierpnia 2011 roku - dotyczące wyników testów procesora. Niezgodność oferty z SIWZ punkt b. powyżej. Avena Technologie z uwagi na zaoferowanie procesora, którego wyniki były niższe niż wskazane na podanej przez Zamawiającego stronie internetowej, została poproszona o wyjaśnienia dotyczące testów oferowanego przez nią procesora. W odpowiedzi oferent powołał się na testy przeprowadzone przez siebie samodzielnie oraz wskazał, iż opcjonalnie może zaoferować inny procesor: Intel i3 Core - 2330 m. którego wyniki w testach nota bene, również były niższe niż wartości na które powołuje się w SIWZ Zamawiający, mianowicie wynik uzyskany w testach przez ww. urządzenie na dzień składania odwołania wynosił: 2504, tj. o 86 punktów mniej niż wymagał tego Zamawiający, przy wspomnianym wcześniej progresywnym charakterze tych wyników. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do przesłanego pisma, a rozstrzygnięcie przetargu na korzyść Avena Technologie wskazuje, iż zarówno wyjaśnienia tego oferenta, pomimo niezgodności z SIWZ, jak również propozycję rozważenia innej opcji zaakceptował.

Stwierdzić w tym miejscu należy, iż Zamawiający po raz kolejny zlekceważył okoliczność, której konsekwencją bezwzględnie winno być odrzucenie oferty.

W związku z powyższym, uznać również należy, że Zamawiający dopuścił ofertę wariantową lub przyjął drugą ofertę od Avena Technologie.

Odwołujący się podniósł, że w toku przedmiotowego postępowania zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2011 roku zwrócił się do Spółki Axel Computer z żądaniem na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż złożona przez Axel Computer polisa została opłacona. Wskazać należy, iż Axel Computer zawarł z Ubezpieczycielem umowę ubezpieczenia w dniu 4 listopada 2010, a termin opłacenia składki upływał w dniu 9 sierpień 2011. Axel Computer dostarczył potwierdzenie zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

Sytuacją kuriozalną wydaje się fakt, iż o uzupełnienie podobnych informacji nie została poproszona Avena Technologie. Podkreślenia wymaga fakt, iż dostarczona przez tego oferenta polisa ubezpieczeniowa z Ubezpieczycielem Ergo Hestia SA została zawarta w dniu 11 sierpnia 2011 roku, a termin opłacenia składki upływał w dniu 18 sierpnia 2011 roku, czyli 3 dni po terminie składania ofert. Wskazać w tym miejscu należy, że w myśl Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Hestia Business „OKRES UBEZPIECZENIA I CZAS TRWANIA ODPOWIEDZIALNOŚCI” § 135: „1. Odpowiedzialność Ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia i godziny wskazanej w umowie jako początek okresu ubezpieczenia, pod warunkiem że składka lub

jej pierwsza rata zostanie zapłacona w terminie wskazanym w umowie ubezpieczenia, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 i 3 poniżej. 2. W przypadku gdy Ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty, a składka nie zostanie zapłacona w terminie, Ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres przez który udzielał ochrony ubezpieczeniowej. W przypadku braku wypowiedzenia umowa wygasa z końcem okresu, na który przypadała niezapłacona składka. "Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia OWU Ergo Hestia Biznes, mające zastosowanie do polisy zawartej przez Avena Technologie, w szczególności termin opłacenia pierwszej składki przypadający 3 dni po terminie składania ofert oraz uzależnienie objęcia ochroną ubezpieczeniową oferenta pod warunkiem wpłacenia takiej składki, zastanawiającym wydaje się być fakt zażądania potwierdzenia opłaty składki ubezpieczenia od Axel Computer, przy jednoczesnym zignorowaniu tego braku po stronie Avena Technologie (w tym przypadku stan niepewności dotyczył istnienia ubezpieczenia w ogóle, albowiem zupełnie swobodnie można założyć, iż w dniu składania oferty - 15 sierpnia 2011 roku - oferent ten mógł nie być w żaden sposób objęty ochroną ubezpieczeniową z uwagi na nieuiszczenie składki, której termin zapłaty przypadał 18 sierpnia 2011 roku). Z nieznanых powodów nie zaniepokoiło to to Zamawiającego. Również w tym przypadku Zamawiający nie skorzystał ze swojego uprawnienia do pozywania wyjaśnienia kluczowych - w ocenie odwołującego - kwestii dotyczących Avena Technologie, z większą skrupulatnością pod tym względem indagując spółkę Axel Computer.

W ocenie odwołującego nie do przyjęcia jest sytuacja, w której pomimo wystąpienia tylu wyżej opisanych przesłanek odrzucenia oferty Avena Technologie, jest ona nie tylko brana pod uwagę w przedmiotowym postępowaniu, ale ponadto Zamawiający dokonuje rozstrzygnięcia na korzyść takiego oferenta, którego oferta podlega odrzuceniu.

Koniecznym wydaje się również przywołanie innych dodatkowych okoliczności, które mają wpływ na postrzeganie działań Zamawiającego jako niezgodnych lub co najmniej kontrowersyjnych w stosunku do Ustawy. Mianowicie:

1. Axel Computer w toku postępowania dwukrotnie zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wgląd do dokumentacji przetargowej. Druga prośba ze strony spółki została podyktowana faktem, iż za pierwszym razem Axel Computer nie otrzymał do wglądu pełnej dokumentacji, a akta postępowania, które zostały Spółce okazane, były w formie kserokopii, na podstawie których nie było możliwości zweryfikowania, czy wymagane przez zamawiającego dokumenty zostały złożone przez Avena Technologie w kopii czy w oryginale i w związku z tym, czy spełnione zostały wszystkie wymogi SIWZ;
2. Jak wynika z informacji ustnej jednego z pracowników Urzędu Miasta, przekazanej w toku czynności związanych z przetargiem wykonywanych przez Axel Computer - Gminę Miasta Gdańska łączy z oferentem Avena Technologie umowa na serwisowanie sprzętu komputerowego. W związku z powyższym istnieje uzasadnione podejrzenie, iż oferent ten mógł

nieoficjalnie brać udział w charakterze doradcy w sporządzaniu SIWZ do przedmiotowego przetargu, manipulując wymogami w stosunku do parametrów sprzętu w sposób umożliwiający temu podmiotowi jak największe prawdopodobieństwo wygranej w przetargu. W opinii Odwołującego niedopuszczalnym byłoby pozostawienie kwestii tego powiązania bez wyjaśnienia, biorąc pod uwagę ewentualne przesłanki wykluczenia na gruncie Pzp.

Wskazać ponadto należy, że Avena Technologie zaoferowała sprzęt niedostępny już na rynku branży komputerowej w postaci routera Mikrotik RB 1100 oraz switcha Dell Power Connect 5424P, które to urządzenia zostały wycofane ze sprzedaży na około 2 tygodnie przed składaniem ofert i według informacji i uzyskanych przez spółkę Axel Computer u dostawców - nie ma możliwości ich zakupu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego nie załączenia do oferty Avena Technologie certyfikatów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W myśl specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Opis przedmiotu zamówienia - wykaz oferowanych urządzeń z parametrami, w zastrzeżeniach pod Tabelą V (sir. 27 i 28) wskazano, iż:

3 „Dostarczone laptopy, komputery i serwery powinny być wyposażone w dokumentację użytkownika w języku polskim. Oferowane modele notebooków i komputerów muszą posiadać certyfikat Microsoft. potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit (załączyć wydruk ze strony Microsoft WHCL), a oferowane serwery muszą znajdować się na liście Windows Server Catalog i posiadać status „Designedfor Windows” dla MS Windows Server 2003 w wersji x86 ix64 (załączyć wydruk). 4. Oferowane laptopy, komputery, serwery i urządzenia wielofunkcyjne muszą spełniać wymagania dotyczące efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz być oznaczone znakiem CE, posiadać certyfikat CE lub deklarację zgodności CE (załączyć do oferty).”

Zgodnie z powyższym zapisem wykonawca Avena Technologie powinna była dołączyć do swojej oferty następujące dokumenty:

- Tabela nr I - 35 sztuk laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star -

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr II - 5 sztuk laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit. potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr III - 2 sztuki laptopów - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr IV - 18 sztuk zestawów komputerowych - wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym Windows Vista 32bit/64bit oraz Windows 7 32bit/64bit, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr V - 3 Serwery - oferowane serwery muszą znajdować się na liście Windows Server Catalog i posiadać status „Designed for Windows” dla MS Windows Server 2003 w wersji x86 i x64, potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr XIV - urządzenia wielofunkcyjne (format A3) - 2 sztuki - potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

- Tabela nr XV - urządzenia wielofunkcyjne (format A4) - 2 sztuki - potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących efektywności energetycznej, co najmniej równoważnej ze specyfikacjami programu Energy Star - Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 r. oraz Certyfikatu lub deklaracji CE.

Izba ustaliła, że wskazane wyżej dokumenty nie zostały dołączone do oferty wykonawcy Beata Szulc Avena Technologie.

Specyfikacja jest dokumentem mającym najistotniejsze znaczenie dla ustalenia wzajemnych praw i obowiązków stron, czyli zamawiającego i wykonawcy, a zatem klauzule zawarte w specyfikacji są wiążące dla wszystkich – bez wyjątku – uczestników postępowania. Oznacza to, że zamawiający, formułując obowiązki, jakie winni spełnić wykonawcy biorący udział w postępowaniu, obowiązany jest dokonywać weryfikacji każdej oferty pod względem ustalonych przez siebie wymogów. Skoro zatem sam zamawiający postawił wymóg dołączenia do oferty wskazanych wyżej certyfikatów i nie zmienił w tym zakresie treści specyfikacji, winien wymagać od wykonawców ich przedłożenia. Bez znaczenia jest w tej sytuacji fakt, że certyfikaty te są dostępne na stronie internetowej Microsoft. Wymóg dołączenia ich do oferty winien być respektowany zarówno przez wykonawców, jak i zamawiającego.

Wskazane certyfikaty są dokumentami mającymi potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W przypadku ich nie dołączenia do oferty zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Rozstrzygnięcie Izby zobowiązuje zatem zamawiającego, który uchybił temu obowiązkowi, do wezwania wykonawcy Avena Technologie do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie parametrów zaoferowanego procesora.

Izba ustaliła, że w myśl zapisu w specyfikacji istotnych warunków - Opis przedmiotu zamówienia - wykaz oferowanych urządzeń z parametrami, w Tabeli I pkt 2 Procesor, kolumna 3 „Parametry wymagane” wskazano: „Procesor klasy x86_64, min dwurdzeniowy. Zaoferowany procesor musi uzyskiwać w teście Passmark CPU Mark wynik min 2590 punktów (wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie: <http://www.cpubenchmark.net>)”

Odwołujący się podniósł, że Avena Technologie w ofercie zaproponowała zamawiającemu Procesor Intel Core J3-2310M, którego wyniki testów według informacji na podanej przez zamawiającego stronie internetowej nie spełniają wymogów wskazanych w SIWZ. Liczba wymaganych na testach prowadzonych na stronie punktów w specyfikacji została określona na poziomie 2590, a wynik dla proponowanego przez Avena Technologie Procesor Intel Core i3-2310M na dzień składania odwołania wynosi 2557. Odwołujący się podkreślił, iż z uwagi na stosowanie coraz lepszych i szybszych rozwiązań w branży komputerowej wyniki na ww. stronie mają charakter progresywny i każdego dnia są nieco wyższe w stosunku do wyniku z dnia poprzedniego.

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na okoliczność, która budziła wątpliwości odwołującego się, a mianowicie, na jaki dzień należało wykazać spełnienie parametru, skoro zamawiający nie wskazał takiego dnia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Otóż zasadą jest, że wykonawcy wykazują spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań w zakresie oferowanych dostaw,

usług lub robót budowlanych nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert. Wniosek taki wypływa z szeregu przepisów ustawy Pzp oraz przepisów wykonawczych, w szczególności z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym na wezwanie zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, wykonawca obowiązany jest złożyć oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie 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 do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Parametr procesora, w stosunku do którego został podniesiony zarzut powinien spełniać wymagania zamawiającego najpóźniej w dniu składania ofert.

Izba ustaliła, że zamawiający na potwierdzenie powyższego warunku nie zażądał żadnego dokumentu. Wynik zaproponowanego procesora musiał znajdować się na stronie: <http://www.cpubenchmark.net>.

Odwołujący się przyznał, że nie dysponuje żadnym dowodem na potwierdzenie, że w dniu składania ofert procesor zaoferowany przez Avena Technologie nie spełnił. Co więcej, odwołujący nie ma w ogóle wiedzy na temat tego, ile punktów miał procesor w dniu wyznaczonym na składania ofert. Odwołujący się wykazywał jedynie fakt niespełniania przez zaoferowany przez Avena Technologie procesor wymaganego parametru na dzień wniesienia odwołania, co jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wykonawca Avena Technologie w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, że zaoferowany przez niego procesor odpowiada wymaganiom zamawiającego. Wyjaśnienia te są w ocenie Izby wystarczające w sytuacji, gdy zamawiający nie żądał żadnych dokumentów na potwierdzenie powyższego warunku. Izba stwierdza, że to na odwołującym się – stosownie do art. 6 K.c. – ciążył obowiązek udowodnienia, że zaoferowany procesor jest niezgodny z przedmiotem zamówienia opisanym w specyfikacji. Odwołujący się żadnego dowodu dla wykazania swych twierdzeń nie przedłożył.

Izba uznała za niezasadny zarzut nie wykazania przez wykonawcę Avena Technologie warunków udziału w postępowaniu. W myśl specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 6.2.1 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków: posiadania wiedzy i doświadczenia” - „Warunek odpowiedniej wiedzy i doświadczenia ze strony oferenta zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) zrealizował co najmniej: - dwie dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości jednostkowej równej lub większej od 150.000 zł. brutto”.

Wykonawca Avena Technologie przedstawił dwa dokumenty referencyjne, z których wynikało kolejno, że:

- 1) w okresie od 1 stycznia 2009 roku do 15 sierpnia 2011 roku Avena Technologie dokonała dostaw sprzętu informatycznego na kwotę powyżej 150.000 zł. brutto na rzecz Łukasza Frąckowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pn.: Lokis Łukasz Frąckowiak;
- 2) w okresie od 1 stycznia 2009 roku do 30 czerwca 2011 roku Avena Technologie dokonała dostaw sprzętu informatycznego na kwotę powyżej 150.000 zł. brutto na rzecz Smart Media sp. z o.o.

W ocenie Izby Wykonawca Avena Technologie potwierdził, że spełnia wskazany wyżej warunek postępowania. W szczególności Izba stwierdza, że żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie wymaga, by wykonawcy obowiązani byli wykazać, że dostawa sprzętu miała charakter jednorazowy. Należy zgodzić się z zamawiającym, że warunek należy uznać za spełniony również w sytuacji, gdy podstawą dostawy była jedna umowa, ale realizowana sukcesywnie, w pewnych odstępach czasu. Odwołujący się nie udowodnił, że dostawy wykazane przez Avena Technologie na potwierdzenie powyższego warunku nie odpowiadały wymaganiom specyfikacji. Ponadto Izba stwierdza, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 wskazanego wyżej rozporządzenia wykonawcy obowiązani są wykazać doświadczenie w zakresie wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Wykazanie doświadczenia „w zakresie niezbędnym” nie oznacza, że wykonawcy obowiązani są wykazać, że wykonywali dostawy tożsame z przedmiotem zamówienia. Charakter wykazanych dostaw powinien być zbliżony do charakteru przedmiotowego zamówienia, ale nie musi być identyczny. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż sformułowanie, którym posłużył się zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zobowiązujące wykonawców do wykazania, iż realizowali dostawy odpowiadające rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, zawarte było w nieobowiązującym już rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605 ze zm.). Aktualnie obowiązujące rozporządzenie – jak to już wyżej wskazano – mówi jedynie o doświadczeniu w wykonywaniu dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania warunku. Pomimo nie uwzględnienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przepisu w aktualnym brzmieniu przepis ten obowiązuje zarówno zamawiającego, jak i wykonawców.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego złożonego wraz z ofertą Avena Technologie niewłaściwego zaświadczenia z banku prowadzącego rachunek wykonawcy. Odwołujący się zarzucił, że w myśl specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 7.1.5 („Oświadczenie i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”) oferent jest zobowiązany przedstawić „informacje banku (...), w którym

wykonawca posiada rachunek potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy". Avena Technologie przedstawiła oświadczenie mBanku, według którego na rachunku bankowym znajduje się kwota 500.566,44 PLN. Jak wynika z adnotacji placówki bankowej - dokument został wydany na prośbę klienta. Z uwagi na to, iż całość oferty jest firmowana działalnością Pani Beaty Szulc pn.: Avena Technologie -jak wynika z pieczętki na każdej stronie oferty - nie jest jasnym z jakiego powodu oferent przedstawił zaświadczenie z Banku wystawione na podmiot E- TEC Networks Beata Szulc. Jak wynika z zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej Beaty Szulc - są to działalności, prowadzone przez Panią Szulc odrębnie, co potwierdza wspomniane firmowanie oferty tylko jedną działalnością - Avena Technologie, której zaświadczenie z Banku nie dotyczy.

Izba stwierdza, że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 9 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów... zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Definicja wykonawcy zawarta jest w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, zgodnie z którym ilekroć w ustawie jest mowa o wykonawcy należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W rozpoznawanym przypadku ofertę, w stosunku do której podnoszone są zarzuty, złożyła Pani Beata Szulc i to ona posiada tutaj status wykonawcy. Bez znaczenia jest fakt, że Pani Beata Szulc prowadzi działalność gospodarczą pod różnymi firmami. Dokumenty i zaświadczenia wystawiane dla Pani Beaty Szulc zawsze dotyczą jej osoby bez względu na to, w związku z którą działalnością są wystawiane. Beata Szulc Avena Technologie i E TEC Network Beata Szulc pomimo różnych nazw, nie są odrębnymi podmiotami. Podmiotem i wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także – w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej jej oferty – stroną umowy jest Pani Beata Szulc. Nie ma zatem podstaw do kwestionowania wystawionego dla Pani Beaty Szulc zaświadczenia nawet w sytuacji, gdy wskazano inną nazwę prowadzonej przez nią działalności niż ta, pod którą złożyła ofertę.

Izba uznała za niezasadny zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę Avena Technologie czynu nieuczciwej konkurencji oraz skorelowanego z nim zarzutu rażąco niskiej ceny. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy w sposób rażąco zaniżona jest cena ofertowa za cały przedmiot zamówienia, nie zaś którykolwiek z jej składników. W rozpoznawanym przypadku odwołujący się podnosił, że zarzut rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji dotyczy ceny dwóch licencji Microsoft Windows Server 2008 Enterprise R2 z 60 sztukami licencji dostępowych Windows Server 2008 Client Access Licence Device oraz jednej licencji Microsoft Exchange Server Standard 2010 z 42 sztukami licencji dostępowych Microsoft Exchange Server Standard CAL

2010 Device. Wskazane oprogramowanie stanowi jedynie część całego przedmiotu zamówienia i cena za nie nie będzie przez zamawiającego płacona oddzielnie.

Zobowiązanie się zamawiającego do zapłaty ceny należy do przedmiotowo istotnych składników umowy sprzedaży. Kodeks cywilny nie definiuje ceny, określa ją natomiast art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach, stanowiąc, że ceną jest wielkość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą nabywca obowiązany jest zapłacić sprzedawcy. Z powyższego wynika, iż ceną jest wielkość określona przez strony w umowie, a w przypadku udzielania zamówienia publicznego, musi ona wynikać ze złożonej oferty. Przytoczona wyżej definicja oznacza, że poszczególne składniki ceny samą ceną jednak nie są. Ustalenie jednego czy kilku z nich na niższym poziomie nie przesądza o tym, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę. Aby mówić o rażąco niskiej cenie musi ona w sposób zauważalny odbiegać *in minus* zarówno od cen innych złożonych ofert, jak i ustalonej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia. Analiza dokumentacji postępowania, w tym złożonych ofert nie pozwala na stwierdzenie, że cena wykonawcy Avena Technologie jest rażąco niska. Szacunkowa wartość zamówienia została przez zamawiającego określona w wysokości 489.713,43 zł natomiast cena oferty odwołującego się wynosiła 491.971,71 zł. W tej sytuacji zarzut rażąco niskiej ceny jest bezpodstawny. Niezasadność tego zarzutu oznacza jednocześnie, że bezpodstawny jest zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę Avena Technologie czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała za niezasadny zarzut złożenia przez wykonawcę Avena Technologie oferty wariantowej w sytuacji, gdy złożenia takich ofert zamawiający nie dopuścił. W ocenie odwołującego się złożenie oferty wariantowej wynikało z odpowiedzi wykonawcy Avena Technologie na wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie parametrów procesora. Wykonawca powołał się na testy przeprowadzone przez siebie samodzielnie oraz wskazał, iż opcjonalnie może zaoferować inny procesor: Intel i3 Core - 2330 m.

Stanowisko odwołującego się należy uznać za bezzasadne. Nie sposób uznać za ofertę wariantową oświadczenia wykonawcy Avena Technologie złożonego w wyjaśnieniach treści oferty na etapie oceny ofert. Nie może być uznane za ofertę wariantową oświadczenie wykonawcy złożone po upływie terminu składania ofert. Oświadczenie takie nie jest elementem złożonej oferty, nie jest też nową ofertą złożoną w tym postępowaniu. Jest ono bezskuteczne wobec zamawiającego.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie przez zamawiającego żądania uzupełnienia przez wykonawcę Avena Technologie dowodu uiszczenia opłaty za polisę ubezpieczeniową.

Sam odwołujący się podniósł, że termin opłacenia pierwszej składki przez wykonawcę Avena Technologie upływał 3 dni po terminie składania ofert. Oznacza to, że w dniu składania ofert wykonawca nie był obowiązany do opłacenia składki, a zatem w tym dniu prawdopodobnie takim dokumentem nie dysponował. Nie oznacza to, iż w dniu składania ofert wykonawca nie spełniał

warunku udziału w postępowaniu. Jak już wyżej wskazano wykonawca obowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert i w ocenie Izby udowodnił, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Dowodem powyższego jest złożona przez wykonawcę polisa, z której wynika, że okres ubezpieczenia rozpoczął się przed dniem składania ofert. W myśl Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Hestia Business - „OKRES UBEZPIECZENIA I CZAS TRWANIA ODPOWIEDZIALNOŚCI” § 135: „1. Odpowiedzialność Ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia i godziny wskazanej w umowie jako początek okresu ubezpieczenia, pod warunkiem, że składka lub jej pierwsza rata zostanie zapłacona w terminie wskazanym w umowie ubezpieczenia, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 i 3 poniżej. 2. W przypadku gdy Ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. a składka nie zostanie zapłacona w terminie, Ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który udzielał ochrony ubezpieczeniowej. W przypadku braku wypowiedzenia umowa wygasa z końcem okresu, na który przypadła niezapłacona składka. ”

Z powyższego wynika jednoznacznie, że w dniu upływu terminu składania ofert wykonawca Avena Technologie objęty był ochroną ubezpieczeniową. Okres ochrony – jak wynika z polisy – rozpoczął się bowiem wcześniej, natomiast w dniu, kiedy upływał termin składania ofert, nie zaistniały nawet podstawy do wypowiedzenia umowy przez ubezpieczyciela. Tym samym w wyznaczonym dniu wykonawca spełniał postawione warunki. Zamawiający nie jest uprawniony do wezwania do uzupełnienia dokumentu, którego wykonawca nie był obowiązany posiadać w dniu wyznaczonym na składanie ofert. A zatem zarzut odwołania należy uznać za bezpodstawny.

Pozostałe okoliczności, które poruszył odwołujący się w odwołaniu nie zostały sformułowane w postaci zarzutów, lecz informacji mających na celu zwrócenie uwagi na budzące kontrowersje działania zamawiającego. Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że nie zostały one w żaden sposób przez odwołującego się udowodnione. Jeśli chodzi zaś o zaoferowanie przez wykonawcę Avena Technologie sprzętu wycofanego z rynku na 2 tygodnie przed terminem składania ofert, Izba stwierdza, że wykonawca mógł zaoferować sprzęt, który posiadał w swej bazie magazynowej, co jest o tyle bardziej prawdopodobne, że od jego wycofania do terminu składania ofert upłynął bardzo krótki okres.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....