

Sygn. akt: KIO 1955/15

WYROK
z dnia 24 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2015 r. przez Odwołującego **Partner XXI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Zabrze przy ul. Korczoka 14, 41-806 Zabrze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Izbę Skarbową w Lublinie**, ul. T. Szeligowskiego 23, 20-883 Lublin

przy udziale

wykonawcy **BIURPAP J.M.G. F. Spółka jawna** z siedzibą w Łodzi przy ul. Bukowej 28, 91-341 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 27 sierpnia 2015 r. polegającej na wyborze oferty BIURPAP J.M.G. F. Spółka jawna, jako najkorzystniejszej i nakazać powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy BIURPAP J.M.G. F. Spółka jawna do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, wezwanie wykonawcy BIURPAP J.M.G. F. Spółka jawna do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej – opinii bankowej.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Izbę Skarbową w Lublinie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Partner XXI Sp. z o.o. z/s w Zabrze tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego Izby Skarbowej w Lublinie. na rzecz Odwołującego – WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem oraz wynagrodzeniem pełnomocnika;

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Izbę Skarbową w Lublinie, w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę akcesoriów i materiałów biurowych na rzecz wszystkich Izb Skarbowych* (nr postępowania: L0-1/260-0004/15), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 30 czerwca 2015 r., 2015/S 123-225003, wobec zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy BIURPAP J.M.G. Sp. J. i odrzucenia jego oferty, w dniu 7 września 2015 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o. z/s w Zabrze (sygn. akt KIO 1955/15).

Informację o czynności stanowiącej podstawę odwołania Zamawiający przekazał wykonawcy w dniu 27.08.2015 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Biurpap J.M.G. F. Sp. z j. z/s w Łodzi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Biurpap;
2. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biurpap mimo, że oferta Biurpap zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biurpap mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Biurpap pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy;
5. Naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Biurpap pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie wykluczenia Biurpap, względnie wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, odrzucenie oferty Biurpap, powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biurpap mimo, że oferta Biurpap zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z ustalonymi w postępowaniu zasadami realizacji umowy, na całość przedmiotu zamówienia składać się mają dostawy poszczególnych produktów określonych w siwz, a wykonanie każdej z nich pozostaje w zasadzie niezależne od siebie. Z uwagi na specyfikę zamówienia oraz postanowienia siwz, Zamawiający powinien oceniać realność ceny na płaszczyźnie cen jednostkowych (niezmiennych w całym okresie realizacji umowy) za poszczególne elementy zamówienia i oceny czy podane przez wykonawcę Biurpap ceny jednostkowe są realne i czy można za nie wykonać poszczególne dostawy. Skoro bowiem Zamawiający uczynił ceny jednostkowe istotnym elementem oferty i kalkulacji to powinien weryfikować ich realność i rynkowość, a nie jedynie skupiać się na cenie globalnej, która ma być wartością maksymalną (vide: § 2 ust.2 załącznika nr 6 do siwz). W ocenie Odwołującego, wykonawca powinien był w sposób rzetelny wycenić te pozycje, a nie w sposób oderwany od specyfiki zamówienia i wbrew wymogom Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający miał dopuścić się zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Biurpap. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia wyceny pozycji 121 formularza oferty, tj. maszyny liczącej na taśmę typu Citizen 355DP lub równoważnej z taśmą barwiącą czarno-czerwoną, wycenioną na 2,00 zł. brutto za 1 sztukę. Biurpap stwierdził, że ceny wynikają z długoterminowych umów handlowych jakie łączą firmę z jej partnerami i uzyskanych rabatów i bonusów, a ponadto cena na poziomie 2,00 zł brutto za 1 szt. nie odbiega od cen pozostałych wykonawców (oferta nr 5).

Odwołujący ocenił wyjaśnienia jako gołosłowne i nie rozwiewające wątpliwości, gdyż powszechnym zjawiskiem jest zawieranie długoterminowych umów handlowych, pozwalających na uzyskanie rabatów, ulg i bonusów. Wykonawca nie przedstawił umowy pozwalającej na stwierdzenie realności ceny, objął natomiast tajemnicą przedsiębiorstwa informacje przekazane w wyjaśnieniach. Porównanie do oferty nr 5 może prowadzić wyłącznie do stwierdzenia, że cena za produkt Casio DR 320 z taśmą jest rażąco niska, a dodatkowo ofertę nr 5 Zamawiający odrzucił z powodu niezgodności z siwz, co wykonawca przyznał w wyjaśnieniach dotyczących oferty w pozycji 121, w której zaoferowana została za cenę 3,06 zł. brutto jedynie taśma barwiąca bez maszyny liczącej. Już w oparciu o tą wiedzę Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Biurpap, jako zawierającą rażąco niską cenę,

dotyczącą ceny jednostkowej stanowiącej podstawę rozliczenia dostaw. Dopuszczalność badania ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny w oparciu o ceny jednostkowe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, w tym w przywołanym wyroku KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1556/15 oraz w wyroku z 24 września 2014 r. o sygn. akt KIO 1844/14 i wyroku z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2734/15.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biurpap, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na wyczerpanie przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, przez zaoferowanie maszyny liczącej Casio DR 320 z taśmą za cenę 2,00 zł. brutto za 1 szt. z tym skutkiem, że oferta Odwołującego (droższa jedynie o 970,29 zł.) nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Ponadto Odwołujący wskazał na ustalone zasady dostawy, które mają być wykonana na własny koszt wykonawcy w sposób zapewniający całość i nienaruszalność towaru, obejmującej wyładunek oraz wniesienie do miejsc wskazanych przez poszczególnych Zamawiających, realizowane sukcesywnie (nie więcej niż 8 dostaw w trakcie obowiązywania umowy). Powyższe wymagało, aby koszty dostaw były rozliczane proporcjonalnie w każdej z pozycji formularza oferty.

W zaoferowanej cenie ujęta mają być koszty wyprodukowania maszyny liczącej, przetransportowania jej do Polski, dystrybucji oraz dostawy, zgodnie z zapotrzebowaniami Zamawiających, do wybranych Izb i Urzędów Skarbowych. Nie jest to możliwe do zrealizowania za 2,00 zł. brutto za 1 sztukę.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Biurpap mimo tego, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący zakwestionował przedłożoną przez Biurpap opinię bankową z dnia 07.07.2015 r., mającą wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000 zł. Zastrzeżenie wywołuje treść opinii:

„Firma może ubiegać się w naszym Banku o kredyt do kwoty 1 000 000,00 PLN.

Jednocześnie informujemy, że udzielenie zobowiązania o charakterze kredytowym w kwocie określonej w opinii uzależnione jest od spełnienia przez Wnioskodawcę wymogów formalno-prawnych obowiązujących w PKO Banku Polskim SA, od posiadania zdolności kredytowej

na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym (...)”

Treść opinii nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie potwierdza wprost, że wykonawca Biurpap posiada zdolność kredytową do wysokości podanej kwoty. Pojęcie zdolności kredytowej regulowane jest w art. 70 ust. 1 Prawa bankowego i rozumiana jest jako zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie.

W ocenie Odwołującego tego pojęcia o charakterze legalnym nie można zastępować jakimkolwiek innym pojęciem, z uwagi na ryzyko Zamawiającego w wyborze podmiotu, który nie daje należytej rękojmi wykonania zamówienia. Należy podkreślić, że potencjalnie możliwe jest uzyskanie kredytu bez posiadania zdolności kredytowej, lecz stoi to w sprzeczności z ustawą Pzp, ta bowiem wymaga posiadania zdolności kredytowej, a także wiąże się z dużym ryzykiem braku realności posiadania zasobu, bowiem uzyskanie takiego kredytu jest wysoce niepewne i obwarowane dodatkowymi warunkami. Niezbędne jest zatem wykazanie przez wykonawców, stosownie do przepisów ustawy, posiadania odpowiednich środków finansowych lub zdolności kredytowej. Takiego potwierdzenia nie dostarcza treść opinii obciążona znacznym stopniem niepewności co do rzeczywistego dostępu do tego zasobu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Biurpap pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący zakwestionował dwie dostawy objęte wykazem ze str. 20 oferty, tj. na rzecz Grupy Kapitałowej Pelion (na kwotę 3.100.000,00 zł.) oraz Rossmann Sp. z o.o., c do których zgłaszał Zamawiającemu wątpliwości na etapie badania oferty, a do których Biurpap złożyło wyjaśnienia. Wykonawca wskazał w nich, iż dostawa realizowana na rzecz spółek wchodzących w skład Grupy Kapitałowej była objęta umową zawartą ze spółką Daruma Sp. z o.o. Odwołujący opierając się na wiedzy zdobytej w postępowaniu prowadzonym przez PKP wskazał, iż przedmiotowa dostawa była wówczas określona na inną wartość, niż czyni to wykonawca w obecnym postępowaniu, a której to rozbieżności nie wyjaśnił. Ponadto w postępowaniu prowadzonym przez PKP terminy zakończenia obu dostaw były określone odmiennie, tj. dla Rossmann – 31.12.2014 r., a dla Daruma grupa Pelion – 31.07.2014 r. Obecnie wykonawca oświadczył, iż terminy obowiązywania umowy wynoszą odpowiednio

dla Daruma Sp. z o.o. Grupa Kapitałowa Pelion od 02.01.2013 r. do 30.06.2015 r., a w przypadku Rossmann Sp. z o.o. od 01.02.2013 r. do 30.06.2015 r.

Zdaniem Odwołującego wykonawca dokonał zsumowania wartości kilku umów, co było wykluczone w warunku udziału w niniejszym postępowaniu, a tym samym nie wykazał w sposób właściwy spełnienia warunku.

Ponadto Odwołujący wskazał na działanie spółki Daruma jako przedstawiciela w rozumieniu art. 95 k.c., tj. dokonującego czynności prawnej wywołującej skutki prawne bezpośrednio dla reprezentowanego, tj. spółek z grupy kapitałowej Pelion. Tym samym to te spółki były stronami umów zawartych przez Biurpap, co prowadzi do wniosku, iż dostawy nie wywodziły się z jednej umowy lecz szeregu umów zawartych w imieniu tych spółek przez Darumę Sp. z o.o. Potwierdza to również Biurpap w załączonym do wyjaśnień piśmie Daruma Sp. z o.o.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 18 września 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę, do udziału w której dopuszczony został wykonawca Biurpap J.M.G. F. Sp. j. (dalej jako Biurpap), który w terminie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności było dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Biurpap, która w ocenie Odwołującego podlegała odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu z postępowania. Odwołanie zmierza do uchylecia niekorzystnej dla Odwołującego czynności oceny złożonych oferty, a tym samym ma na celu ochronę interesu tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, poprzez powtórzenie czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu. W świetle powyższego należało uznać, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności związanych z podstawą podniesionych zarzutów, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biurpap mimo, że oferta Biurpap zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawa faktyczna zarzutu dotyczy wyceny pozycji 121 w ofercie Biurpap – maszyny liczącej Casio DR 320 z taśmą za cenę 2,00 zł. brutto za 1 sztukę. Zamawiający określił w siwz ilości podstawowe - 565 sztuk oraz opcjonalne - 113 sztuk. W pozostałych złożonych w postępowaniu ofertach pozycja 121 została wyceniona na kwoty brutto: 206,53 zł. (oferta nr 1), 275,51 zł. (oferta nr 2), 107,99 zł. (oferta nr 3), 275,94 zł. (oferta nr 4), 3,06 zł. (oferta nr 5).

Wartości całkowite ofert poddanych ocenie po poprawieniu omyłek rachunkowych wynoszą w kolejności od najtańszej: 7.295.543,15 zł (oferta nr 6 - Biurpap), 7.296.513,44 zł. (oferta nr 3 - Partner XXI Sp. z o.o.), 7.310.361,73 zł (oferta nr 4 - Biuro Plus S.A.), 7.923.599,56 zł. (oferta nr 2 - Kompania Biurowa Sp. z o.o.), 7.932.174,99 zł. (oferta nr 1 - konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o., Biurex R. D., Biuro-Land Sp. z o.o.). Różnica w cenie całkowitej pomiędzy ofertą Biurpap, a kolejną ofertą Odwołującego wynosi 970,29 zł brutto.

Zamawiający w toku badania ofert wystąpił do dwóch wykonawców, którzy zaoferowali najniższą cenę za przedmiot zamówienia objęty poz. 121, tj. *maszynę liczącą na taśmę typu Citizen 355DP lub równoważna z taśmą barwiącą czarno-czerwoną* o wskazanie konkretnej maszyny, jaka została wyceniona w tej pozycji. Wykonawca OSAA Sp. z o.o. w piśmie a dnia 14.08.2015 r. wskazał, iż cena 3,06 zł brutto za sztukę dotyczy samej taśmy barwiącej bez kalkulatora, co miało wynikać ze zmiany do siwz dokonanej wyjaśnieniem z dnia 29.07.2015 r., w którym Zamawiający wskazał na konieczność dostawy taśmy barwiącej czarno-czerwonej pasującej do kalkulatorów typu Citizen 355 DP II. Biurpap w wyjaśnieniach z dnia 18.08.2015 r. wskazał, iż w pozycji 121 zaoferował w cenie 2,00 zł. brutto za sztukę maszynę liczącą Casio DR 320 wraz z taśmą, która jest w pełni równoważna z taśmą barwiącą czarno-czerwoną pasującą do maszyny liczącej Citizen 355 DP. Postępowanie wyjaśniające nie było prowadzone przez Zamawiającego pod kątem rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazywał na potrzebę badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny przez pryzmat cen jednostkowych przedmiotu dostawy, stanowiących podstawę rozliczenia dostawy, a nie ceny całkowitej oferty uwzględniającej wartość maksymalną dostawy.

Na rozprawie uczestnik postępowania Biurpap przedłożył dowód na okoliczność możliwości zakupu na rzecz tego konkretnego zamówienia kalkulatora Casio DR-320 po

promocyjnej cenie, zastrzegając informacje zawarte w regulaminie sprzedaży jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uwagi na konieczność ochrony zastrzeżonych informacji w uzasadnieniu wyroku nie przytoczono konkretnych zapisów dokumentu, które miały wpływ na rozstrzygnięcie Izby.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż czynność wyboru oferty Biurpap nie została poprzedzona badaniem oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, co mogło prowadzić do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biurpap. W konsekwencji zaniechania wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty Biurpap, co do której istniało podejrzenie rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy może być uzasadnione nie tylko w przypadku, kiedy różnica w cenie w stosunku do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert przekroczy 30 %, ale również przy mniejszych różnicach, jeżeli okoliczności występujące w sprawie budzą uzasadnione podejrzenie co do rzetelności kalkulacji i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. W ocenie Izby sytuacja taka wystąpiła w badanej sprawie i wynikała z wyceny jednej pozycji kosztorysu ofertowego – 121, rażąco odbiegającej od cen rynkowych zaoferowanego produktu – kalkulatora Casio DR-320 z taśmą barwiącą. W dalszej kolejności Izba przyjęła, iż nie tylko cena całkowita oferty, ale również ceny jednostkowe mogą być obarczone podejrzeniem rażąco niskiej wyceny poszczególnych pozycji objętych przedmiotem dostawy, uzasadniającym wezwanie do wyjaśnień a w dalszej kolejności również odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. W niniejszej sprawie zaoferowanie maszyny liczącej rażąco poniżej ceny po jakiej jest ona dostępna na rynku, przy uwzględnieniu zamawianych ilości miało decydujące znaczenie dla uznania oferty Biurpap za najkorzystniejszą, a na co wskazuje niewielka różnica w wycenie oferty Odwołującego (drugiej w kolejności). O podjęciu przez Zamawiającego uzasadnionego podejrzenia realności wyceny poz. 121 wskazuje fakt wystąpienia do Biurpap oraz drugiego wykonawcy, który zaoferował równie niską cenę (3,06 zł. brutto) o wyjaśnienie wątpliwości, co do zaoferowanego asortymentu. Odpowiedź jakiej udzielił drugi z wykonawców, a w której przyznał, iż cena 3,06 zł. dotyczy samej taśmy bez urządzenia, uzasadniała dalsze wyjaśnienie podstaw kalkulacji oferty Biurpap. Nie może budzić wątpliwości, iż na cenę oferty w przedmiotowym postępowaniu składały się ceny jednostkowe, stanowiące podstawę ustalenia ceny brutto za całość dostawy rodzajowo niezależnych od siebie asortymentów. Izba uznała, iż w sytuacji kiedy dostawy mają być realizowane do różnych odbiorców, w zależności od ich potrzeb ceny jednostkowe musiały uwzględniać wszystkie koszty, w tym

związane z dostawą do odbiorców. Przy braku istnienia powiązań pomiędzy asortymentami faktycznie nie ma możliwości rozdzielenia kosztów ich zakupu na różne pozycje, jak dzieje się to przy wycenach kosztorysowych pozycji stanowiących element całości technologicznie powiązanych ze sobą prac. W związku z powyższym zasadnym było zwrócenie się do wykonawcy Biurpap o wskazanie dowodów potwierdzających rzetelność kalkulacji kosztów zakupu i dostawy kalkulatora Casio DR-320 wraz z taśmą barwiącą. Izba uznała, iż przedłożony na rozprawie dowód – regulamin sprzedaży z dnia 07.01.2015 r., nie rozwiewał w pełni wątpliwości, wymagających dalszego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, a dotyczących możliwości pozyskania wymaganej dla tego postępowania ilości kalkulatorów (dla zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego) po promocyjnej cenie, przy zbyt małej ilości asortymentu powiązanego objętego przedmiotem dostawy w tym postępowaniu. Przy oświadczeniu jakie złożył Biurpap na rozprawie, iż promocyjna cena dedykowana jest wyłącznie dla tego zamówienia i jednoczesnym braku dalszych wyjaśnień co do możliwości zakupu koniecznej dla utrzymania promocyjnej ceny kalkulatora, ilości asortymentu powiązanego, pozostają nadal wątpliwości co do możliwości dostarczenia po zaoferowanej cenie 2 zł. całości asortymentu objętego sprzedażą promocyjną. Wyjaśnienia wymaga również realność wyceny taśmy barwiącej stanowiącej element dostawy objęty poz. 121, co do której przedłożony na rozprawie regulamin sprzedaży z dnia 07.01.2015 r. się nie odnosi. Wykonawca w toku wyjaśnień składanych na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy powinien wykazać ponad wszelką wątpliwość, iż będzie w stanie w ramach realizowanych dostaw zakupić konieczną dla sprzedaży promocyjnej ilość asortymentu powiązanego, przedstawiając w tym celu np. zawarte i realizowane w okresie obowiązywania regulaminu sprzedaży promocyjnej dostawy. Powinien również wykazać możliwość zakupu w zaoferowanej za urządzenie cenie taśmy barwiącej. Bez wyjaśnienia z wykonawcą tych elementów mających wpływ na zaoferowaną w poz. 121 cenę jednostkową nie będzie możliwe uznanie, iż wycena ma charakter rynkowy i obejmuje koszty zakupu produktu dla tego zamówienia.

Ponieważ Zamawiający nie występował do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, wykonawca nie miał możliwości przedstawienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekonujących argumentów oraz dowodów pozwalających na pozytywną weryfikację podstawy wyceny poz. 121 oferty. W tej sytuacji uznanie na etapie postępowania odwoławczego, iż wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty Biurpap na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy czyniłoby taką czynność arbitralną, co stanowiłoby o naruszeniu zasady przejrzystości czynności podejmowanych w postępowaniu. W oparciu o powyższe Izba uznała, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej mogła naruszać przepisy Ustawy, tj. art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust.1 Ustawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biurpap, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na wyczerpanie przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, przez zaoferowanie maszyny liczącej Casio DR 320 z taśmą za cenę 2,00 zł. brutto za 1 szt. z tym skutkiem, że oferta Odwołującego (droższa jedynie o 970,29 zł.) nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący przedłożył do akt sprawy materiał dowodowy – oferty oraz korespondencję handlową dotyczącą dostępności kalkulatora Casio DR 320 i wysokości ceny. Wykonawca Biurpap przedłożył dowód na okoliczność możliwości zakupu na rzecz tego konkretnego zamówienia kalkulatora Casio DR-320 po promocyjnej cenie, zastrzegając informacje zawarte w regulaminie sprzedaży jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż wykonawca Biurpap oferując dostawę kalkulatora objętego poz. 121 nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na sprzedaży produktu poniżej ceny zakupu lub wytworzenia (art. 15 ust. 1 pkt uznk).

Izba przyjęła za wiarygodny dowód – regulamin sprzedaży promocyjnej przedłożony przez Odwołującego na okoliczność możliwości zakupu przez Biurpap kalkulatorów po cenie niższej niż rynkowa, która jednocześnie dla tego wykonawcy stanowi cenę zakupu produktu. Ponieważ Biurpap nie jest producentem, okoliczności dotyczące kosztów wytworzenia w ocenie Izby nie mogą podważać ustalenia o możliwości pozyskania produktu na warunkach specjalnych wypracowanych przez wykonawcę w ramach prowadzonej działalności handlowej. Tym samym Izba oparła się na ustaleniu, iż Biurpap oferując kalkulator Casio DR-320 zaoferowało cenę dostawy przewyższającą koszt zakupu, a tym samym brak było podstaw do przyjęcia, iż wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Ponieważ Biurpap nie był wzywany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a przedłożone przez Odwołującego na rozprawie dowody nie uwzględniały możliwości zakupu produktów po promocyjnej cenie, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż cena kalkulatora nie obejmuje kosztu taśmy barwiącej. Dopiero przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy dostarczyć może nowych dowodów w sprawie, na podstawie których możliwe będzie zajęcie stanowiska co do ewentualnego wystąpienia przesłanek do odrzucenia oferty Biurpap. Poboczną kwestią, obojętną dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest ocena dopuszczalności prowadzenia sprzedaży promocyjnej w ramach umów współpracy zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami, a także możliwości obrotu produktami uzyskanymi w ramach nagród, bonusów i wpływu tych praktyk na rynek

właściwy, co leży w kompetencji właściwych organów i wykracza poza zakres postępowania odwoławczego w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Biurpap mimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy.

Zamawiający w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej wymagał od wykonawcy wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 1 mln. złotych. (pkt V.1.1.4.1 siwz), co miało być wykazane za pomocą informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. W ofercie Biurpap na stronie 23 znajduje się opinia bankowa wystawiona przez PKO Bank Polski w dniu 07.07.2015 r., w której wskazuje się, iż „Firma może ubiegać się w naszym Banku o kredyt do kwoty 1 000 000,00 PLN.

Jednocześnie informujemy, że udzielenie zobowiązania o charakterze kredytowym w kwocie określonej w opinii uzależnione jest od spełnienia przez Wnioskodawcę wymogów formalno-prawnych obowiązujących w PKO Banku Polskim SA, od posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym (...)”.

Zamawiający nie wzywał Biurpap do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy i przyjął przedmiotową opinię jako wystarczającą dla potwierdzenia posiadania przez Biurpap zdolności kredytowej na kwotę 1 mln. zł.

Na rozprawie Biurpap przedłożył pismo wystawione przez PKO Bank Polski S.A. w dniu 15.09.2015 r. w nawiązaniu do opinii załączonej do oferty, w którym wskazano, iż Biurpap *posiada bieżącą zdolność kredytową umożliwiającą ubieganie się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym do kwoty 1 000 000,00 PLN.* W dalszej części pisma powtórzono zostało zastrzeżenie zawarte w opinii przywołane powyżej.

Odwołujący zakwestionował przedłożoną przez Biurpap opinię bankową z dnia 07.07.2015 r., mającą wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000 zł., w której treści wystawca oświadczył

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż wykonawca Biurpap nie potwierdził przedłożoną opinią, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt V.1.1.4.1 siwz., co czyniło zasadnym zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Dla rozstrzygnięcia decydujące znaczenia miała treść dokumentu przedłożonego w postępowaniu, w tym w szczególności zastrzeżenie zawarte w treści opinii i dotyczące deklaracji możliwości ubiegania się o kredyt do kwoty 1 000.000,00 PLN. Izba uznała, iż uzależnienie możliwości ubiegania się o kredyt do wskazanej kwoty od *posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym*, faktycznie czyni zaświadczenie nieprzydatnym dla stwierdzenia, iż bank potwierdził możliwość udzielenia kredytu do wskazanej kwoty. Jedyną informacją jaka jest pewna to ta, że Biurpap może ubiegać się o kredyt, co nie jest jednoznaczne z możliwością jego uzyskania. Tym samym Zamawiający nie mógł stwierdzić, że sytuacja finansowa i ekonomiczna wykonawcy jest wiarygodna, tj. była poddana obiektywnej ocenie banku. W ocenie Izby nie można utożsamiać deklaracji o możliwości wystąpienia o kredyt z ustaleniem przeprowadzenia weryfikacji sytuacji podmiotu, który z takiej możliwości miałby skorzystać. Złożenie opinii bankowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu sprawdzenie, czy wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej umożliwiającej wykonanie zamówienia. Jeżeli wykonawca nie posiada własnych środków finansowych opinia banku o zdolności kredytowej musi pozwalać na stwierdzenie, iż środki takie wykonawca uzyska. Sama deklaracja o możliwości ubiegania się o kredyt bez wskazania na posiadaną w momencie wystawienia opinii zdolność kredytową nie pozwala na stwierdzenie, iż wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej umożliwiającej wykonanie zamówienia. Nie można utożsamiać zdolności kredytowej z możliwością ubiegania się o kredyt. Decyzja o udzieleniu kredytu jest wynikiem przeprowadzonej oceny zdolności kredytowej, co wynika również z załączonej do oferty opinii, w której wskazuje się, iż udzielenie zobowiązania o charakterze kredytowym w kwocie określonej w opinii uzależnione jest od posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania. Przedłożona opinia stanowi wyłącznie zapowiedź przyszłego badania zdolności kredytowej wykonawcy w sytuacji gdyby wystąpił on o udzielenie przez bank kredytu. Przedłożone na rozprawie pismo banku z dnia 15.09.2015 r. odnosi się wprawdzie do posiadanej przez Biurpap *bieżącej zdolności kredytowej*, co jednak nie pozwala na jej weryfikację pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż zdolność ta nie została sprecyzowana kwotą, a dodatkowo nie można ustalić, czy zdolność ta istniała na dzień złożenia oferty. W świetle powyższego Izba uznała, iż zasadnym było zwrócenie się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, który powinien w swojej treści potwierdzać posiadanie zdolności kredytowej na kwotę 1 mln. złotych na dzień złożenia oferty.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Biurpap pomimo

tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy.

Zamawiający w pkt. V.1.1.2 siwz wskazał, iż uzna za spełniony warunek posiadanie wiedzy i doświadczenia, *jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie dostawy materiałów biurowych o wartości mnie mniejszej niż 2.000.000 zł. brutto każda. Nie dopuszcza się wykazania realizacji, w której przedmiot dostawy stanowił wyłącznie papier kserograficzny. W przypadku realizacji umów na dostawy sukcesywne, które przed upływem terminu składania ofert nie zostały zakończone, za potwierdzające spełnienie przedmiotowego warunku Zamawiający będzie uznawał dostawy zrealizowane w minimum 50% wartości do dnia, w którym upływa termin składania ofert. Nie dopuszcza się sumowania kilku realizacji w celu osiągnięcia wskaźników dotyczących wartości wykazywanych dostaw.*

Do oferty Biurpap dołączył na stronie 20 wykaz dostaw wraz z listami referencyjnymi dotyczącymi obu pozycji wykazu. Obie dostawy realizowane były do odbiorców zlokalizowanych na terenie całej Polski.

Zamawiający w toku badania oferty Biurpap skierował do tego wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień w związku z zastrzeżeniami jakie skierował do Zamawiającego Partner XXI, a odpowiedź jakiej udzielił Biurpap znajduje się w piśmie z dnia 18.08.2015 r. potwierdził w nich, iż wartości oraz okresy obowiązujących umów zawartych z Rossman SDP Sp. z o.o. i Daruma Sp. z o.o. są zgodne z rzeczywistością co zostało potwierdzone w listach referencyjnych dołączonych do oferty. Daruma Sp. z o.o. w imieniu Grupy Kapitałowej Pelion Healthcare Gropu od 02.01.2013r. – 30.06.2015 r. – wartość faktyczna 3.108.979,10 zł. brutto. Rossaman SDP Sp. z o.o. od 01.02.2013 – 30.06.2015 r. – wartość faktyczna 2.335.069,14 zł. brutto.

Odwołujący zakwestionował obie dostawy objęte wykazem, tj. na rzecz Grupy Kapitałowej Pelion (na kwotę 3.100.000,00 zł.) oraz Rossmann Sp. z o.o. (na kwotę 2.300.000,00 zł.), co do których zgłaszał Zamawiającemu wątpliwości na etapie badania oferty. Odwołujący opierając się na wiedzy zdobytej w postępowaniu prowadzonym przez PKP wskazał, iż dostawa realizowana na rzecz Darmua Sp. z o.o. (poz. 1 wykazu) była wówczas określona na inną wartość, niż czyni to wykonawca w obecnym postępowaniu, a której to rozbieżności nie wyjaśnił. Ponadto w postępowaniu prowadzonym przez PKP terminy zakończenia obu dostaw były określone odmiennie, tj. dla Rossmann – 31.12.2014 r., a dla Daruma grupa Pelion – 31.07.2014 r.

Zdaniem Odwołującego wykonawca dokonał zsumowania wartości kilku umów, co było wykluczone w warunku udziału w niniejszym postępowaniu, a tym samym nie wykazał w sposób właściwy spełnienia warunku.

Ponadto Odwołujący wskazał na działanie spółki Daruma jako przedstawiciela w rozumieniu art. 95 k.c., tj. dokonującego czynności prawnej wywołującej skutki prawne bezpośrednio dla reprezentowanego, tj. spółek z grupy kapitałowej Pelion. Tym samym to te spółki były stronami umów zawartych przez Biurpap, co prowadzi do wniosku, iż dostawy nie wywodziły się z jednej umowy lecz szeregu umów zawartych w imieniu tych spółek przez Darumę Sp. z o.o. Potwierdza to również Biurpap w załączonym do wyjaśnień piśmie Daruma Sp. z o.o.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż wykonawca Biurpap potwierdził załączonym do oferty wykazem dostaw oraz referencjami, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt V.1.1.2 siwz., co czyniło bezzasadnym zarzut zaniechania wykluczenia Biurpap z postępowania ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

W świetle złożonych w ofercie dokumentów, a także wyjaśnień składanych Zamawiającemu w toku badania oferty Biurpap nie było podstaw do zakwestionowania ich prawdziwości, czy też dokonania niedozwolonej w tym postępowaniu sumowania wartości dostaw. Przedstawione przez Odwołującego okoliczności dotyczące postępowania prowadzonego przez PKP w 2014 r., w którym Biurpap wykazywało się tymi samymi dostawami, nie podważały zgodności z rzeczywistością dostaw realizowanych w późniejszym okresie w ramach zawartych umów. Okoliczność, iż w innym postępowaniu okres zakończenia umów określony był wcześniej nie musi dowodzić tego, że strony łączyła więcej niż jedna umowa. Inny termin zakończenia umowy zapewne wynikał z faktu zakończonych na dzień złożenia oferty dostaw i nie obejmował tym samym przyszłych dostaw, jakie były realizowane do końca czerwca 2015 r. W świetle powyższego Izba uznała, iż brak było dowodu na okoliczność dokonania niedozwolonego zsumowania wartości kilku umów.

Izba uznała, iż nie było podstaw do stwierdzenia, aby Biurpap dokonało niedozwolonego zsumowania wartości kilku umów w związku z dostawami realizowanymi na rzecz podmiotów z grupy kapitałowej Pelion. Odwołujący próbował wywodzić z faktu dostaw realizowanych na rzecz kilku podmiotów należących do grupy kapitałowej Pelion, których podstawą była umowa zawarta z Daruma Sp. z o.o., iż stronami umowy były te podmioty. Izba nie przychyliła się do takiej wykładni, która w sposób arbitralny, z pominięciem woli stron umowy zmieniała treść stosunku zobowiązaniowego w zakresie istotnych postanowień umownych. Przy braku dowodów ze strony Odwołującego podstawę rozstrzygnięcia

stanowiły dokumenty przedłożone w ofercie oraz wyjaśnienia, jakich udzielił Biurpap w piśmie z dnia 18.08.2015 r., z których nie wynikało, aby potwierdzenie właściwej realizacji dostaw miało pochodzić od ich odbiorców, a nie strony umowy, tj. Spółki Daruma Sp. z o.o.

W związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołanie podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Ustawy.

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 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: