

Sygn. akt: KIO 1209/12

WYROK
z dnia 22 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Ewa Sikorska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2012 r. przez **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

1) **Monolit IT Sp. z o.o., ul. Batorego 28-32, 81-366 Gdynia,**

2) **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

3) **Qumak-Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,**

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Ministerstwo Spraw Wewnętrznych (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rozbudowę macierzy dyskowej DS. 8100 w Centrum Zapasowym SI CEPiK oraz zakup nowej macierzy dyskowej dla Centrum Podstawowego SI CEPiK”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 marca 2012 r. pod nr 2012/S 43-070206.

W postępowaniu tym wykonawca Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 8 czerwca 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. O wynikach tych czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu informację w dniu 28 maja 2012 r.

Na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2012 r. w dniu 13 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone po stronie Zamawiającego przez wykonawców Monolit IT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej: „Monolit”) oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Asseco”). W dniu 14 czerwca 2012 r. do Prezesa Izby wpłynęło także zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego złożone przez wykonawcę Qumak-Secom S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Qumak-Secom”). Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Monolit;

- 2) czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu oceny ofert;
- 3) czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu dokonania czynności odrzuceniu następujących ofert: Asseco, Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Advatech”) i Monolit;
- 4) czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującej jako oferty najkorzystniejszej;

z ostrożności procesowej wskazał też, że:

- 5) Zamawiający zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wykonawców: Asseco, Advatech, Monolit.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w trakcie przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Asseco, Advatech, Monolit, których treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona,
- 3) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców wskutek zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Asseco, Advatech, Monolit, które nie spełniają postawionych przez Zamawiającego w SIWZ wymagań i pomimo tego nie zostały odrzucone, a jedna z nich została wybrana jako najkorzystniejsza,
- 4) art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 3 i 5 ustawy Pzp ponieważ wykonawcy: Asseco, Advatech, Monolit, złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania poprzez dokonanie wyboru jednego z wykonawców oraz zaniechanie wykluczenia pozostałych wykonawców z udziału w postępowaniu,
- 5) art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 89 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że wykonawcy Asseco, Advatech, Monolit, posiadają wiedzę i doświadczenie umożliwiające ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Asseco, Advatech, Monolit, które zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 7) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawców: Asseco, Advatech, Monolit.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonej przez: Asseco, Advatech, Monolit;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wszelkich ofert, w szczególności oferty Odwołującej, a w rezultacie uznania oferty Odwołującej, jako oferty najkorzystniejszej;

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący wskazał, że w jego ocenie oferty wykonawców: Asseco, Advatech, Monolit nie spełniają poniżej wskazanego opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji powinny zostać odrzucone. W tym zakresie przywołał zapis opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu:

„Wykonawca wykaże się należytym wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiot zamówienia. Pod pojęciem dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia rozumie się dostawy (umowy) macierzy dyskowych wraz ze świadczeniem usług serwisowych, napraw gwarancyjnych, konsultacji i pomocy technicznej w zakresie działania dostarczonych urządzeń o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 PLN brutto (każda).”

Odwołujący podkreślił, że żaden z wykonawców nie kwestionował dokonanego przez Zamawiającego opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie stosownego odwołania na postanowienia treści SIWZ, przez co należy uznać je za wiążące w odniesieniu do wszystkich wykonawców. Wskazał, że wymienieni wykonawcy nie wykazali spełnienia tego warunku, co przesądza o obowiązku Zamawiającego wykluczenia wykonawców w wyniku braku spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał także, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów byłoby nieuprawnione, gdyż wykonawcy złożyli wymagane dokumenty, które nie zawierały błędów, a które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co wskazuje na brak uprawnienia po stronie Zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wskazał, że powyższe, przedłożone przez wykonawców dokumenty

mające wskazywać na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, są także oświadczeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Każdy z wykonawców jako profesjonalny podmiot działający wiele lat na rynku zamówień publicznych w sposób prawidłowy i literalny uznaje opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wobec czego – według niego - złożenie w niniejszym postępowaniu oświadczenia przez poszczególnych wykonawców w trybie art. 24 ustawy Pzp, to jest oświadczenia o braku wykluczenia oraz jednoczesne złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia opisu warunków udziału w postępowaniu, jest działaniem polegającym na podaniu nieprawdziwych informacji, które w sposób istotny miały wpływ na wynik postępowania. Podkreślił też, że obowiązek zbadania, czy oferta wykonawcy jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ należy do Zamawiającego, który dokonuje czynności oceny ofert. Podkreślił, że nie jest to jego uprawnienie, lecz ustawowo nałożony obowiązek. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09.

Wszystkie wymienione przez Odwołującego zarzuty dotyczące ofert firm: Asseco, Advatech i Monolit skutkują według niego koniecznością uznania tych ofert za oferty, których treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym koniecznością odrzucenia przez Zamawiającego każdej takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach orzeczeń: z dnia 3 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09), z dnia 3 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2303/10), z dnia 2 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2255/10) i z dnia 12 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2115/10).

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający, dopuszczając do wyboru w przedmiotowym postępowaniu oferty niezgodnej z SIWZ, naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania jest jedną z podstawowych zasad, zgodnie z którą Zamawiający powinien przeprowadzać postępowanie. Zasada równego traktowania oznacza przede wszystkim równe traktowanie wykonawców w znaczeniu stosowania takich samych warunków opisanych w SIWZ oraz takich samych sankcji, jakie przewidują przepisy ustawy Pzp za niedotrzymanie lub złamanie warunków przez któregośkolwiek z wykonawców. Podkreślił, że obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy wszystkich wykonawców, których oferty spełniają kryteria unormowane w ww. przepisie ustawy Pzp, a powyższa instytucja powinna w szczególności respektować zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia

12 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 133/09), z dnia 14 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 387/11), z dnia 26 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 555/10), z dnia 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt. KIO 733/11), z dnia 11 lutego 2011 r. (sygn. akt. KIO 184/11).

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie wykluczył wykonawców: Asseco, Advatech, Monolit z udziału w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał oceny szacunkowej wartości zamówienia w wysokości: 4 842 620,00 zł netto oraz przeznaczył na udzielenie niniejszego zamówienia kwotę: 5 956 422,60 zł. Poszczególni wykonawcy zaoferowali natomiast odpowiednio:

1. Monolit kwotę 2 795 483,66 zł, co stanowi 46,93 % wartości szacunkowej zamówienia,
2. Advatech kwotę 3 076 303,44 zł, co stanowi 51,65 % wartości szacunkowej zamówienia,
3. Asseco kwotę 3 222 799,26 zł, co stanowi 54,11 % wartości szacunkowej zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że oferta firmy Matic Sp. z o.o., która została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, obejmowała kwotę 2644 500,00 zł, co stanowi 44,40 % szacunkowej wartości zamówienia, wobec czego stwierdzić należy, że cena zaoferowana w pozostałych ofertach w sposób nieznaczny różni się od ceny zaoferowanej przez wykonawcę Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Matic”), którego oferta została odrzucona. Wobec powyższych okoliczności – według Odwołującego – Zamawiający, dokonując czynności badania ofert zobowiązany był do odrzucenia ofert wykonawców Asseco, Advatech i Monolit również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego w przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający nie był zobowiązany do przeprowadzania postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 91 ust 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawcy ci podlegają wykluczeniu, a oferty wykonawców wykluczonych uznaje się za odrzucone. Jednakże z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał jako zarzut zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zaoferowanej przez wykonawców ceny w ofertach. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok z dnia 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1443/08).

W toku rozprawy Odwołujący wycofał zarzuty odwołania dotyczące zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego co do rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wykonawców Asseco, Advatech i Monolit oraz zarzut zaniechania odrzucenia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odwołaniu, dodatkowo, wyjaśniając, że przy formułowaniu argumentacji dotyczącej zarzutu rażąco niskiej ceny co do wskazanych trzech ofert odnosił wartość tych ofert do wartości brutto, tj. kwoty na sfinansowanie zamówienia, jaką Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że obowiązujące przepisy nie nakładają na niego obowiązku przedkładania dowodów na poparcie stawianych zarzutów w samej treści odwołania, dlatego też wszelkie dowody na poparcie swoich zarzutów Odwołujący przedstawił na rozprawie.

Co do zarzutu odnoszącego się do niespełniania przez wskazanych trzech wykonawców opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazał, że ten dość rygorystyczny warunek postawiony przez Zamawiającego może być spełniony przez ograniczony krąg podmiotów, a powyższe dotyczy świadczenia usług napraw gwarancyjnych co do macierzy dyskowych. Podkreślił, że świadczenie tych usług może być realizowane tylko w odniesieniu do macierzy konkretnych producentów przez samych producentów tych macierzy (macierze IBM – usługi napraw gwarancyjnych tylko IBM, jeśli chodzi o HP – ten sam mechanizm). Wskazał, że co do wykonawcy Monolit i Asseco żadna z przedłożonych referencji nie potwierdza spełniania tak opisanego warunku, zaś w przypadku firmy Advatech tylko jedna z referencji dotycząca macierzy Hitachi potwierdza ten wymóg. Wskazał, że każdy z wykonawców, których oferty są kwestionowane, złożył swoją ofertę w oparciu o urządzenia producenta IBM i tylko ta firma może świadczyć usługi napraw gwarancyjnych. W toku rozprawy Odwołujący na potwierdzenie powyższego przedłożył pismo „Informacja” z 10 kwietnia 2012 r. firmy Techdata, autoryzowanego dostawcy firmy IBM. Przedłożył też pismo „Informację” z firmy HP z dnia 10 kwietnia 2012 r. na okoliczność wykazania, iż Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Przedłożył również korespondencję mailową z Centrum Informatyki Statystycznej wraz z załącznikami na okoliczność wykazania, że referencje przedstawione przez firmę Asseco od wskazanej jednostki nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, co do wartości i zakresu.

Co do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wszczął procedurę wyjaśnień w tym zakresie na skutek informacji od firmy Matic, co do istotnego błędu cenowego w ofercie tego wykonawcy, który poinformował Zamawiającego, że nie będzie mógł zrealizować zamówienia, oferując urządzenia IBM. Podniósł, że w wyjaśnieniach udzielonych przez wskazanych trzech wykonawców nie podali oni żadnych merytorycznych argumentów uzasadniających zaoferowaną cenę. Na skutek

tych wyjaśnień Zamawiający natomiast z niewiadomych względów dokonał odrzucenia oferty tylko jednego z wykonawców, tj. firmy Matic, zaś oferty Monolit, Advatech i Asseco zostały przez niego przyjęte.

II. Stanowisko Przystępującego Gumak-Sekom

Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wnosząc o jego uwzględnienie i wskazując, że postępowanie Zamawiającego jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp, gdyż dokonał on wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna podlegać odrzuceniu oraz zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawców, których oferty z mocy prawa podlegają odrzuceniu.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo wskazał na sformułowanie przez Zamawiającego w SIWZ opisu warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w szczególności na użyte tam sformułowanie „*wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych*”. Zamawiającemu zatem chodziło o takie doświadczenie wykonawców, którzy świadczyli usługi gwarancyjne, a nie tylko dostarczali gwarancje. Co do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał, że udzielone przez Asseco, Advatech i Monolit wyjaśnienia na żądanie Zamawiającego mają lakoniczny charakter, nie odnoszą się do konkretnego, tj. niniejszego zamówienia, i nie odnoszą się do sytuacji konkretnego wykonawcy, a tylko takiego rodzaju wyjaśnienia mogą zaprzeczyć rażąco niskiej cenie. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo KIO (sygn. akt: KIO/UZP/262/09) oraz orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie VCA2214/06. Podkreślił, że złożenie 3 czy 4 ofert na tym samym poziomie cenowym nie wyznacza jeszcze wysokości ceny rynkowej. Według niego Zamawiający prawidłowo oszacował wartość przedmiotu zamówienia. Wskazał także, że wartości cenowe ofert na tego typu zamówienia, tj. dostawy urządzeń kupowanych od ich producentów, nie mogą znacznie od siebie odbiegać i są to zamówienia niskomarzowe z punktu widzenia wykonawców.

III. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający swoje stanowisko wyraził w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy (pismo z dnia 21 czerwca 2012 r.). Wniósł w nim o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że odwołanie nie spełnia wymogów formalnych, bowiem w jego treści brak jest wskazania, w jaki sposób

Zamawiający naruszył cytowane przez Odwołującego normy prawne. Podkreślił, że powyższe zapewne wynika z faktu, że Odwołujący złożył odwołanie w dniu 8 czerwca 2012 r., zaś wniosek o wgląd do ofert został przez niego złożony w dniu 12 czerwca 2012 r., jednak nienależyta staranność ze strony Odwołującego w tym zakresie nie może stanowić podstawy do dowolnego rozszerzania odwołania po terminie do jego wniesienia. Wskazał również, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zwarte w odwołaniu, zaś jako zarzutu nie można traktować jedynie wskazania samej normy prawnej. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzeczenie Izby, tj. wyrok z dnia 26 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1995/11). Wskazał także, że stawianie blankietowych zarzutów utrudnia zajęcie stanowiska przez Zamawiającego i pozostałych uczestników postępowania oraz mogłoby wypaczać istotę instytucji związanej z możliwością podjęcia obrony przez Zamawiającego lub uwzględnienia odwołania.

Z ostrożności procesowej jednak Zamawiający odniósł się także do stanowiska Odwołującego. Zaprzeczył jakimkolwiek naruszeniu przepisów i zasad postępowania wskazanych przez Odwołującego. Podkreślił, że Odwołujący nie podał, na czym niespełnianie warunku udziału w postępowaniu miałyby polegać, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów, które miałyby wykazywać zasadność jego stwierdzenia. Podkreślił, że Zamawiający szczegółowo ocenił wszystkie oferty i stwierdził, że każdy z wykonawców wykazał postawiony w SIWZ warunek, co potwierdzają złożone przez tych wykonawców dokumenty, złożone także w prawidłowej formie. Zamawiający podkreślił, że w przepisach prawa, w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie znajduje odzwierciedlenia pogląd Odwołującego, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawców do uzupełniania dokumentów zawierających błędy. Co do zarzutu nieprawdziwych informacji Zamawiający podkreślił, że skoro wykonawcy spełniali warunki udziału w postępowaniu nie można mówić o podaniu przez nich nieprawdziwych informacji. Wskazał także, że Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać sprzeczność złożonych ofert przez trzech wykonawców treścią SIWZ. Nie naruszona została także w tym zakresie – w jego ocenie – zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Do każdego z wykonawców były bowiem stosowane takie same reguły i warunki wynikające z SIWZ i obowiązujących przepisów prawa, a także każda z ofert została oceniona na podstawie tych samych kryteriów.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem nieprzeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp co do ofert Asseco, Advatech i Monolit, bowiem Zamawiający w tym zakresie zwrócił się do tych wykonawców w dniu 14 maja 2012 r. o udzielenie przez nich stosownych wyjaśnień. Wskazał także, że wykonawcy ci złożyli wyjaśnienia, które dowiodły, że nie doszło do zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zwrócił także uwagę na okoliczność, iż cztery

spośród sześciu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu zawierały zbliżone cenowo oferty i tylko jedna z nich – najtańsza została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę, gdyż wykonawca wprost przyznał, że popełnił błąd w kalkulacji. Na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 27 października 2011 r. (sygn. akt: KIO 2238/11), wskazując, że wartości ofert nie można odnosić jedynie do szacunku zamówienia dokonanego przez Zamawiającego ponieważ – jak wynika ze złożonych ofert jest on zawyżony. Zamawiający bowiem często szacując przedmiot zamówienia nie wie jakiej wysokości rabaty dostają konkretne podmioty, które następnie mogą złożyć ofertę w postępowaniu. Tym samym szacunek Zamawiającego opiera się na cenie wyjściowej, np. producenta lub pośrednika, która obowiązywałaby dla podmiotu, który nie współpracuje stale z nim i nie ma wynegocjowanych rabatów. Powyższe potwierdzając – w jego ocenie – także wyjaśnienia udzielone przez wykonawców. Podkreślił także, że art. 90 ustawy Pzp nie odnosi rażąco niskiej ceny do szacunków Zamawiającego, a do przedmiotu zamówienia czyli do jego rynkowej wartości. W tym zakresie powołał się na wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 460/12). Powołując się również na wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 517/12), wskazał, że za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która jest nierealna w odniesieniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. taką ceną, która wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Zwrócił także uwagę na fakt, że złożenie 3 z 5 ważnych ofert na zbliżonym poziomie cenowym wskazuje, że ceny tych ofert są cenami rynkowymi, tj. umożliwiającymi wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i dodatkowo, odnosząc się do stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie wskazał, że obowiązujące przepisy prawa nie ograniczają w żaden sposób prawa do świadczenia usług gwarancyjnych; powyższe może wynikać jedynie z ograniczenia przewidzianego w umowie, w której strony mogą także ustalić inny sposób świadczenia tych usług. Podkreślił, że dowody przedłożone przez Odwołującego nie wskazują na to, że kwestionowane firmy nie mogły świadczyć tego rodzaju usług. Co do przedłożonego przez Odwołującego pisma Techdata wskazał, że zostało ono wystawione nie przez IBM, a przez inny podmiot trzeci. Co do pisma HP nie odniósł się, wskazując, że nie dotyczy ono zarzutów odwołania. Podkreślił także, że Odwołujący i Przystępujący Qumak-Sekom w sposób nieuprawniony wskazują na zawężającą interpretację warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Co do korespondencji mailowej złożonej wraz z załącznikami przez Odwołującego w toku rozprawy, a dotyczącej oferty Asseco wskazał, że Zamawiający w postępowaniu opierał się na dokumentach przedłożonych przez Asseco, które potwierdzały wymogi Zamawiającego;

dokumenty referencji zaś nie muszą potwierdzać wszystkich elementów wynikających z opisu warunku udziału w postępowaniu.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, że wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie nastąpiło z ostrożności, z powodu poinformowania Zamawiającego przez jednego z wykonawców o problemach z wyceną. Zamawiający przy ocenie wyjaśnień wziął pod uwagę najistotniejszy element tych wyjaśnień, tj. rabat związany ze stałą współpracą z producentem czy pośrednikiem, na który wskazywali wykonawcy. Podkreślił, że wyraźnie w niniejszym postępowaniu można zaobserwować zjawisko zbliżonych do siebie cen w 4 ofertach, które oferowały urządzenia IBM; pozostałe dwie oferty oferujące sprzęt HP są droższe. Podkreślił, że szacunek Zamawiającego był wyższy niż oferowane i kwestionowane w odwołaniu ceny, ponieważ Zamawiający brał pod uwagę także sprzęt droższy oferowany np. przez HP. Wskazał, że cena rynkowa przedmiotu zamówienia zbliżona jest do kwoty ok. 3 mln zł brutto.

Zamawiający wskazał także, że korespondencja mailowa przedłożona przez Odwołującego jako dowód w sprawie ma mniejszą wartość dowodową niż oświadczenie złożone przez Asseco w ofercie tego wykonawcy, ponieważ oświadczenie to zostało złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej, zaś korespondencję mailową wysłał pracownik sekretariatu, powołując się na upoważnienie określonej osoby, które to upoważnienie nie zostało przedłożone wraz z korespondencją mailową Izbie. Zamawiający podkreślił również, że większość wykonawców prawidłowo zrozumiała warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia. Opis tego warunku z zasady nie można ograniczać podwykonawstwa, toteż w jego opisie nie było zastrzeżenia co do samodzielnego świadczenia usług serwisowych czy tego, że wykonawcą mógł być tylko producent sprzętu.

Zamawiający wyjaśnił, że odrzucił ofertę wykonawcy Matic, a inaczej potraktował wykonawców, których dotyczą zarzuty odwołania, z uwagi na to, że Matic wprost poinformował o rażąco niskiej cenie w swojej ofercie, inni wykonawcy zaś ją wyjaśniali i tłumaczyli. Podkreślił też, że nieuprawnione jest utożsamianie sytuacji wykonawcy Matic z sytuacją trzech pozostałych wykonawców. Rabaty udzielone tym firmom przez IBM mogą być różne i inne od udzielonych firmie Matic.

IV. Stanowisko Przystępującego Monolit

Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazał, że treść ofert wskazanych

w odwołaniu wykonawców była zgodna z SIWZ, a dodatkowo Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, na czym ta niezgodność miałby polegać, a skoro nie było podstaw do odrzucenia tych ofert słusznie Zamawiający dokonał wyboru oferty Monolit jako oferty najkorzystniejszej. W tym także zakresie według niego nie naruszono zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał, że Monolit spełnia warunki udziału w postępowaniu i informacje i dokumenty przedstawione w tym zakresie przez niego są prawdziwe. Podkreślił też, że cena zaoferowana przez Monolit nie jest rażąco niską. Wskazał, że elementy cenowe szeroko wyjaśnił Zamawiającemu na jego żądanie. Podniósł także, że skoro trzech wykonawców, w tym Monolit, zaoferowało zbliżoną cenę, to powyższe wskazuje na to, że w istniejących warunkach rynkowych możliwe jest i opłacalne wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę zaoferowaną przez Monolit.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo wskazał, powołując się na orzecznictwo KIO (sygn. akt: KIO 1403/11), że ciężar dowodu co do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, kiedy wykonawca kwestionuje działania Zamawiającego co do przyjęcia do oceny oferty innego wykonawcy z określoną ceną ofertową, spoczywa na wykonawcy, który kwestionuje te wyjaśnienia. Przystępujący Monolit wskazał także, że z opisu warunków udziału w tym postępowaniu nie sposób wysnuć tezy, aby usługi gwarancyjne musiały być wykonywane wyłącznie przez wykonawcę. Przy takim rozumieniu warunku jego spełnienie byłoby ograniczone wyłącznie do producentów sprzętu - IBM, HP. Wskazał również na taką okoliczność, iż przy realizacji tego typu zamówień dochodzi jednocześnie do zakupu kontraktu serwisowego od producenta sprzętu. Producent zaś na podstawie tego kontraktu ma obowiązek świadczenia usług gwarancyjnych. Podkreślił, że przy realizacji tego typu zamówień dochodzi także do faktycznej współpracy pomiędzy producentem sprzętu, a firmą dostarczającą ten sprzęt, np. w sytuacji, kiedy chodzi o przywrócenie utraconych danych. Co do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał dodatkowo, że przy szacowaniu ceny ofertowej założył marżę na określonym poziomie, której w toku rozprawy z uwagi na tajemnicę handlową nie może ujawniać i jej uzyskanie jest możliwe. Przyznał także, że tego rodzaju kontrakty są kontaktami niskomarżowymi, ale odnieść je należy do wartości danego przedmiotu zamówienia. Wskazał także, że być może Odwołujący, składając swoją ofertę w niniejszym postępowaniu, przyjął funkcjonalności do oferowanego sprzętu na poziomie wykraczającym ponad wymagania Zamawiającego, co także wpłynęło na ustalenie ceny ofertowej wykonawcy.

V. Stanowisko Przystępującego Asseco

Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wskazując, że Zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Asseco, natomiast argumentacja podniesiona przez Odwoływającego jest bezzasadna.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwoływający ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności badania ofert w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzuty odwołania odnoszą się do trzech ofert sklasyfikowanych przez Zamawiającego powyżej pozycji rankingowej Odwoływającego na pozycjach od 1 do 3. Powyższe wskazuje w sposób bezpośredni na pozbawienie Odwoływającego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także skuteczność zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego dokonanych przez wykonawców Monolit i Asseco po stronie Zamawiającego oraz Qumak-Sekom po stronie Odwoływającego. Izba oddaliła w toku posiedzenia z udziałem stron zgłoszoną przez Zamawiającego opozycję co do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego przez wykonawcę Qumak-Sekom, uznając, że wykonawca ten wykazuje się interesem w zgłoszeniu swojego przystąpienia

do postępowania odwoławczego. Izba uznała, że interes w zgłoszeniu przystąpienia nie może być zawężany do pojęcia: „interes w uzyskaniu zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, regulującym przesłankę materialnoprawną skuteczności składania środków ochrony prawnej, tj. złożenia odwołania, czy też skargi na orzeczenie KIO. Ustawodawca, regulując instytucję przystąpienia do postępowania odwoławczego zdecydował się na inny sposób ukształtowania tej przesłanki skuteczności złożenia przystąpienia niż miało to miejsce w przypadku odwołania i skargi. Interes w zgłoszeniu przystąpienia wyraża się w tym przypadku tym, że wykonawca zgłaszający przystąpienie musi wykazać się interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, tj. w tym przypadku Odwołującego. Izba stwierdziła więc, że pojęcie interesu w zgłoszeniu przystąpienia uregulowane w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp jest pojęciem szerszym niż pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym zatem wykazywanie przez Zamawiającego, że uwzględnienie odwołania nie pozwoli wykonawcy Qumak-Sekom na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, nie może stanowić o nieskuteczności zgłoszenia przystąpienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 2 marca 2012 r. W SIWZ dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, m.in. wskazując na wymóg: *„Wykonawca wykaże się należytych wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiot zamówienia. Pod pojęciem dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia rozumie się dostawy (umowy) macierzy dyskowych wraz ze świadczeniem usług serwisowych, napraw gwarancyjnych, konsultacji i pomocy technicznej w zakresie działania dostarczonych urządzeń o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 PLN brutto (każda).”*

Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę: 4 842 620,00 zł netto. Zamawiający na otwarciu ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w wysokości: 5 956 422,60 zł brutto. Termin składania ofert w postępowaniu został ustalony na dzień 10 kwietnia 2012 r.

W terminie tym do Zamawiającego wpłynęło 6 ofert z następującymi cenami brutto za realizację przedmiotowego zamówienia:

- 1) oferta Odwołującego – 4 551 861,00 zł brutto
- 2) oferta Matic – 2 644 500,00 zł brutto
- 3) oferta Qumak-Sekom – 5 956 380,78 zł brutto
- 4) oferta Monolit – 2 795 483,66 zł brutto
- 5) oferta Asseco – 3 222 799,26 zł brutto, poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na cenę: 3 184 713,54 zł brutto
- 6) oferta Advatech – 3 076 303,44 zł brutto.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2012 r. wykonawca Matic poinformował Zamawiającego o tym, że wycena otrzymana od firmy Arrow ESC Sp. z o.o. – dystrybutora firmy IBM, na bazie której wykonawca przygotował ofertę w postępowaniu, zawierała istotny błąd cenowy mający wpływ na ostateczną cenę rozwiązania i z uwagi na powyższe, wskazując, że realizacja zamówienia nie jest z tego powodu możliwa przez tego wykonawcę, wniósł on o odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający pismami z dnia 14 maja 2012 r. zwrócił się do następujących wykonawców: Monolit, Matic, Advatech, i Asseco z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co do elementów oferty, które miały wpływ na wysokość ceny ofertowej. W wyznaczonym w tym zakresie terminie do dnia 16 maja 2012 r. wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia w tej sprawie. Wszyscy wykonawcy za wyjątkiem wykonawcy Matic wskazywali na określone okoliczności usprawiedliwiające określenie ceny ofertowej na określonym poziomie. Wykonawca Matic podtrzymał swoje stanowisko wyrażone Zamawiającemu w piśmie z dnia 24 kwietnia 2012 r. o błędzie w wycenie jednego z elementów składowych oferty, wskazując na konieczność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 28 maja 2012 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Monolit oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Matic na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił w tym zakresie, że w udzielonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach wykonawca ten potwierdził, że w złożonej przez niego ofercie wystąpił istotny błąd cenowy, mający znaczący wpływ na ostateczną cenę oferty, w związku z czym nie jest on w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła konieczność odniesienia się do zarzutu odwołania dotyczącego rażąco niskiej ceny. Izba uznała, że oferty wykonawców: Monolit, Advatech i Asseco nie zawierały rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dokonując oceny wskazanego zarzutu odwołania Izba oparła się na dotychczasowym stanowisku prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej znajdującym swoje oparcie w brzmieniu przepisów ustawy Pzp odnoszących się do tego zagadnienia, tj. do art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp.

Pierwszy z tych przepisów wskazuje na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy, która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie definiuje pojęcia: „rażąco niska cena”, stąd też w praktyce każdorazowo należy dokonywać oceny konkretnego stanu faktycznego i wszystkich okoliczności w sprawie, aby móc stwierdzić, czy mamy do czynienia z rażąco niską cenę, czy też zaproponowana cena daje realne szanse na wykonanie danego zamówienia. Przyjmuje się, że pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do ceny nierealnej, nierzeczywistej, nie znajdującej oparcia w danych warunkach gospodarczych, która to cena nie daje możliwości wykonania przez wykonawcę zamówienia bez poniesienia określonych strat z tego tytułu. W przypadku zatem stwierdzenia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną ofertę wykonawcy należy odrzucić. Praktyka orzecznicza, jak i stanowisko doktryny wypracowały w tym zakresie określony sposób postępowania wskazujący na poprzedzenie czynności odrzucenia oferty ze wskazanego powodu procedurą wyjaśnienia zaproponowanej przez wykonawcę ceny, o której to procedurze stanowią przepisy art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Przepisy te nakazują zamawiającemu przed odrzuceniem oferty zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę podlegają ocenie Zamawiającego pod kątem obiektywnych czynników. Przykładowo przepis wskazuje tutaj na oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązanie techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Jeśli udzielone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wówczas dopiero zamawiający ma prawo odrzucić tę ofertę.

Przy ocenie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny – tak w pierwszej fazie, kiedy zamawiający decyduje się na skierowanie zapytania do wykonawcy o wyjaśnienie elementów jego ceny, jak i w drugiej fazie tej oceny, gdy zamawiający ocenia udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia – należy wartość cenową oferty odnosić do przedmiotu zamówienia. Wartość przedmiotu zamówienia to przede wszystkim wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego z należytą starannością w trybie

art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, która dla celów porównania z ceną ofertową należy podnieść o wartość podatku VAT. Ta wartość stanowi podstawowy element porównania ceny ofertowej pod kątem jej realności. Wielokrotnie zdarza się jednak, że szacunek wartości przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego odbiega od realiów rynkowych i gospodarczych, w których konkretne oferty w konkretnym postępowaniu są składane. Z tych też względów dla prawidłowej weryfikacji, czy oferta zawiera cenę realną, czy też rażąco niską, koniecznym jest także obok wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, należy wziąć pod uwagę także inne wyznaczniki, takie jak ceny ofert złożonych w danym postępowaniu, czy też ceny rynkowe na dane usługi, produkty czy roboty budowlane.

Odnosząc powyższe teoretyczne rozważania do stanu faktycznego w niniejszej sprawie należy zauważyć, że Zamawiający dysponując czterema ofertami odbiegającymi od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT i pozostałymi dwoma ofertami zbliżonymi do tej wartości oraz uwzględniając okoliczność, że wiarygodność ceny na niższym poziomie została w odniesieniu do jednej oferty podważona przez samego wykonawcę, słusznie zwrócił się do czterech wykonawców z wezwaniem do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Powyższe było tym bardziej uzasadnione, że ci czterej wykonawcy oferowali urządzenia jednego producenta – firmy IBM. Udzielone przez trzech kwestionowanych w odwołaniu wykonawców wyjaśnienia wskazywały w sposób zasadniczy na korzystanie przez nich z określonych upustów uzyskanych u producenta oferowanych urządzeń. W ocenie Izby udzielone przez tych wykonawców wyjaśnienia, odnoszące się do sytuacji każdego z tych wykonawców, uwiarygodniają zaoferowanie przez każdego z nich realnej i rynkowej ceny ofertowej. Ukształtowanie przez każdego z tych wykonawców cen na różnych poziomach świadczyć może o różnej wysokości uzyskanych przez każdego z nich upustów bądź też o założonych na różnym poziomie zyskach z tytułu realizacji zamówienia.

Podobnie nie można uważać za słuszny argumentu wskazywanego przez Odwołującego, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Matic, a nie odrzucił ofert trzech pozostałych wykonawców korzystających z produktów firmy IBM przy kształtowaniu swoich ofert. Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu jednej oferty, a jednocześnie o pozostawieniu jako ważnych trzech pozostałych ofert oferujących produkty IBM w oparciu o wyjaśnienia udzielone przez wykonawców. Wykonawca Matic samodzielnie kształtując swoją cenę ofertową, która była najniższą złożoną w postępowaniu, przyznał, że jest to cena nierealna w związku z popełnionym błędem w jej ustaleniu. Pozostali zaś wykonawcy wyjaśniali, na jakiej podstawie przyjęli ceny ofertowe na takim, a nie innym poziomie.

Przy ocenie cen ofertowych złożonych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba wzięła także pod uwagę charakter niniejszego przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń, które występujący w postępowaniu wykonawcy zakupią od dwóch producentów sprzętu, konkurujących na rynku informatycznym – IBM i HP. Oferty złożone w tym postępowaniu ułożyły się w taki sposób, że czterech wykonawców oferujących sprzęt IBM podało w swoich ofertach ceny na porównywalnym do siebie poziomie, który nieco odbiegał od szacunku dokonanego przez Zamawiającego. Dwóch pozostałych wykonawców, oferując urządzenia HP podało w swoich ofertach ceny na nieco wyższym poziomie niż oferty: Matic, Monolit, Advatech i Asseco, a zbliżone do szacunku Zamawiającego. Powyższe w sposób wiarygodny pokazuje pewne odzwierciedlenie rynku tego rodzaju dostaw. Tymczasem Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodowy nie podał żadnych argumentów i nie wykazał żadnymi dowodami, że ceny zaproponowane przez Advatech, Monolit i Asseco są cenami niewiarygodnymi. Nie wykazał on, że wykonawcy ci nie będą w stanie osiągnąć jakichkolwiek zysków z tytułu dostawy danych urządzeń do Zamawiającego. Nie wykazał nawet w żaden sposób, że ceny rynkowe urządzeń producenta IBM są znacząco wyższe od cen zaoferowanych na ten sprzęt w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawców Monolit, Advatech i Asseco. Swoje twierdzenia Odwołujący opierał jedynie na procentowej różnicy cenowej pomiędzy jego ofertą, a ofertami wskazanych trzech wykonawców oraz na argumencie konieczności porównania cen tych wykonawców z ceną wykonawcy Matic, którego ofertę Zamawiający odrzucił. Wskazane argumenty samodzielnie w żadnej mierze nie mogą stanowić podstawy do wykazania, że w tym przypadku mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Izba odnosząc się do stanowiska Odwołującego co do naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że wykonawcy Monolit, Advatech i Asseco posiadają wiedzę i doświadczenie, umożliwiające ubieganie się o zamówienie publiczne, stwierdziła, że w tym zakresie stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – Izba jest związana wyłącznie granicami zarzutów odwołania. W tym przypadku natomiast Odwołujący zarzutu w treści odwołania de facto nie podniósł, wskazując jedynie na podstawę prawną rzekomego naruszenia, którego dopuścił się Zamawiający. W komparcji odwołania Odwołujący nie dookreślił w minimalny nawet sposób okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Także w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał jedynie na treść opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie dookreślając, w jaki sposób i dlaczego przywołani przez niego trzej wykonawcy rzekomo nie spełniają tego warunku. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący w sposób minimalny dookreślił ten zarzut, wskazując,

że warunek ten nie może być spełniony przy wykazywaniu się przez wykonawców doświadczeniem, w ramach którego napraw gwarancyjnych nie wykonywali producenci dostarczanych macierzy. Powyższe doprecyzowanie w toku rozprawy świadczy dopiero o skonstruowaniu przez Odwołującego zarzutu, który nie został formalnie powołany w odwołaniu i jako taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę, stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp. Podkreślić należy, że przywołanie w treści odwołania jedynie przepisu prawa, który wedle Odwołującego został przez Zamawiającego naruszony bez określenia w jaki sposób miałyby do tego dojść, poprzez dokonanie jakiej czynności bądź jej zaniechanie i poprzez to doprecyzowanie okoliczności faktycznych określonego naruszenia, nie może stanowić o określeniu formalnego zarzutu odwołania, który w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp podlega rozpoznaniu przez Izbę. Z tych też względów Izba nie rozpoznawała dowodów przedłożonych w tym zakresie przez Odwołującego w toku rozprawy.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji w ofertach Monolit, Advatech i Asseco, które mają wpływ na wynik postępowania skonstruowany przez Odwołującego de facto w uzasadnieniu odwołania opiera się na konstrukcji uznania, że wykonawcy ci nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a złożyli oświadczenie o ich spełnieniu. W związku z brakiem stwierdzenia przez Izbę okoliczności niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez wskazanych wykonawców brak także w konsekwencji podstaw do uznania, że mamy w tym przypadku do czynienia z podaniem nieprawdziwych informacji. Na marginesie tylko należy zauważyć, że ewentualne samo niespełnienie warunków udziału w postępowaniu wprost nie może potwierdzać jednocześnie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu nierównego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji .

Izba także nie rozpoznawała zarzutów odwołania, co do których w toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie o ich niepodtrzymywaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....