

WYROK

z dnia 17 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 31 maja 2010 r. przez Konsorcjum: **ARCHUS Spółka z o.o., ul. Józefowska 5, 40-144 Katowice oraz GAMA Jacek Lipik, Sądów 268, 32-048 Jerzmanowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Warszawski, Biblioteka Uniwersytecka w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** protestu z dnia 12 maja 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. Kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Warszawski, Biblioteka Uniwersytecka w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Konsorcjum: **ARCHUS Spółka z o.o., ul. Józefowska 5, 40-144 Katowice oraz GAMA Jacek Lipik, Sąspów 268, 32-048 Jerzmanowice;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Uniwersytet Warszawski, Biblioteka Uniwersytecka w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** na rzecz Konsorcjum: **ARCHUS Spółka z o.o., ul. Józefowska 5, 40-144 Katowice oraz GAMA Jacek Lipik, Sąspów 268, 32-048 Jerzmanowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum: **ARCHUS Spółka z o.o., ul. Józefowska 5, 40-144 Katowice oraz GAMA Jacek Lipik, Sąspów 268, 32-048 Jerzmanowice.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Uniwersytet Warszawski, Biblioteka Uniwersytecka w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Digitalizacja czasopism ze zbiorów Biblioteki Uniwersyteckiej w Warszawie dla projektu: NUKAT Autostrada Informacji Cyfrowej objętego finansowaniem ze środków Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, priorytet 2.3."

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 18.01.2010 r. przekazaniem do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ogłoszenia zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 20.01.2010 r. pod numerem ogłoszenia 2010/S 13-016772.

Zamawiający pismem z dnia 15.04.2010 r. wezwał Odwołującego do złożenia w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący pismem z dnia 20.04.2010 r. przekazał Zamawiającemu kalkulację cenową na podstawie której została sporządzona jego oferta.

Zamawiający pismem z dnia 26.04.2010 r. zwrócił się do Odwołującego o złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ujęcia wszystkich urządzeń w wykazie sprzętu, planowanej wydajności poszczególnych skanerów, obsługi serwisowej skanerów, dysponowania sprzętem zastępczym, liczebności zespołu i sposobu jego uzupełnienia w okresie absencji poszczególnych pracowników.

Odwołujący w dwóch pismach datowanych na dzień 27.04.2010 r. złożył dodatkowe wyjaśnienia w zakresie zapytania skierowanego przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał modele i ilość skanerów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia (skaner BookEye 3 color format A1, skaner BookEye 3 color format A2 oraz skaner rezerwowo ATIZ Book Drive Pro). Wskazał również wydajność skanerów i ustalony przez Odwołującego procentowy wskaźnik wykorzystania ich dziennej maksymalnej wydajności. Odwołujący wyjaśnił również, że właściciel skanerów gwarantuje na czas naprawy dostawę skanera zastępczego, wskazał w jakim trybie i liczebności zostanie zatrudniony personel do ich obsługi oraz wskazał źródło pozyskania personelu zastępczego. W drugim piśmie Odwołujący dokonał szczegółowego określenia trybu pracy z uwzględnieniem przewidzianych do wykonania kopii i czasu niezbędnego na ich wykonanie.

W dniu **04.05.2010 r.** Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części I zamówienia. W zakresie części I zostały złożone 2 oferty. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez wykonawcę ArchiDoc S.A. z siedzibą w Katowicach, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 4.721.400,00 zł

brutto. Odwołujący się wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 2.478.003,00 zł brutto. W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym, w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego podniósł, iż Zamawiający przeznaczył na wykonanie części I zamówienia kwotę 4.300.000,00 zł brutto, zaś Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie części I za kwotę 2.478.003,00 zł brutto, tj. 57,6% założonej wartości.

Zamawiający wskazał również, iż z uzyskanych wyjaśnień wynika, że do realizacji zamówienia Odwołujący wykorzystał 2 skanery BookEye 3. Zdaniem Zamawiającego biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest skanowanie XIX-wiecznych zbiorów cennych czasopism o złym stanie zachowania (80% całości zbioru wg załącznika nr 1 do SIWZ), wymagających szczególnego traktowania podczas skanowania, a co za tym idzie, zwiększonej czasochłonności, wykonanie zamierzonej ilości skanów na ww. sprzęcie i w czasie, który jest na to przewidziany, fizycznie nie jest możliwe.

Tym samym w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych czynników, czy wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych dla niego, oryginalności projektu ani rozwiązań technicznych przemawiających za oszczędnością metody wykonania zamówienia. Zdaniem Zamawiającego z przedstawionych informacji wynika, że Odwołujący sztucznie zaniżył koszty wykonania przedmiotu zamówienia przeznaczając do jego realizacji znikomą ilość sprzętu, za pomocą którego nie będzie w stanie w wyznaczonym czasie wykonać przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż na podstawie art. 90 ustawy Pzp odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia **12.05.2010** r. Odwołujący wniósł protest dotyczący następujących czynności Zamawiającego:

- 1) ustaleniu wartości zamówienia bez zachowania przez Zamawiającego należytej staranności;
- 2) odrzuceniu oferty jako rażąco niskiej pomimo wykazania przez Konsorcjum szczegółowej kalkulacji oraz zysku na poziomie ponad 20%, bez merytorycznego uzasadnienia;
- 3) przyjęcie przy wyborze oferty innych niż w SIWZ wymagań w zakresie przeznaczonego na realizację zamówienia sprzętu - zarzucenie Wykonawcy, że do realizacji przedmiotowego zamówienia zamierza użyć znikomej ilości sprzętu.

Takie postępowanie Zamawiającego narusza, zdaniem Odwołującego:

- 1) art. 32 ust. 1 ustawy Pzp: podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- 1) Powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert;
- 2) Powstrzymanie się od podpisania umowy do momentu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (numer pisma BUW-OA-RG/371-2-102/10) podał następujące uzasadnienia prawne w zakresie odrzucenia jego oferty: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - rażąco niska cena.

Odwołujący nie zgodził się z zarzutem Zamawiającego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Wskazał, że w 2009 r. ogłoszono i rozstrzygnięto kilka przetargów na digitalizację zbiorów bibliotecznych, wśród których wskazał przykładowo:

- a) Biblioteka Publiczna m. st. Warszawy ogłosiła przetarg na skanowanie XIX i XX wiecznych archiwaliów: zszytych, oprawnych oraz poszytych zawierających łącznie ok. 60 000 stron. W wyniku przetargu została wybrana oferta opiewająca na kwotę 46. 800 zł. netto. Cena 1 skanu brutto 0,9516. Przy czym należy zwrócić uwagę, że w cenie tej zawarty jest również konwersja zeskanowanego materiału do formatu DjVu.
- b) Dom Żołnierza Polskiego w Warszawie ogłosił i rozstrzygnął przetarg składający się z dwóch części:
 - 1 część na digitalizację 16.008 stron kart dokumentów z lat 1918-1938. W wyniku przetargu została wybrana oferta opiewająca na kwotę 7.811,90 zł brutto. Cena skanu brutto - 0,48799zł.
 - 2 część na digitalizację 52.000 stron dokumentów. W wyniku przetargu została wybrana oferta opiewająca na kwotę 25.370,00zł brutto. Cena skanu brutto - 0,488 zł. Przy czym należy zwrócić uwagę, iż cenie tej zawarte było również mikrofilmowanie zadanego materiału, zapisanie w formacie PDF, opisanie i grupowanie na cyfrowych nośnikach danych.

Zdaniem Odwołującego z przytoczonych powyżej przykładów wynika, że zważywszy na wielkość przetargu i zakres prac (tylko skanowanie) cena 0,826zł. brutto (bez zapisu w formacie DjVu) za wykonanie 1 skanu, zaproponowana przez Odwołującego nie odbiega w znaczący sposób od cen oferowanych w innych przetargach. Duża dysproporcja cenowa pomiędzy wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego a zaproponowaną przez Odwołującego wynika raczej z przeszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, niż zaniżenia ceny przez oferenta.

Zdaniem Odwołującego zarzut Zamawiającego, że wykonanie zamierzonej ilości skanów na 2 skanerach BookEye 3 o formatach A1+ i A2 w czasie, który jest na to przewidziany, faktycznie nie jest możliwe stoi w sprzeczności z wymaganiami, które Zamawiający zawarł w art. 4 § 1 SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”. W artykule tym Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby ten w celu realizacji zamawianej usługi zainstalował we wskazanym miejscu w siedzibie Zamawiającego dwa skanery bezdotykowe - książkowe do digitalizacji zbiorów zszytych i oprawnych, co najmniej jeden do formatu A2, drugi do formatu A1+. Ponadto wykonawca musi posiadać minimum 3 pracowników zdolnych do wykonania zadania. Zamawiający sam określił parametry i ilość skanerów oraz ilość pracowników potrzebnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Określenia „co najmniej” i „minimum” Odwołujący rozumie w powiązaniu z wymaganiami oddania 25.000 skanów tygodniowo, a mianowicie, że żądana przez Zamawiającego ilość sprzętu oraz pracowników zaangażowanych w wykonanie zadania powinna wystarczyć do uzyskania 25.000 skanów tygodniowo. Zdaniem Odwołującego to ilość wykonanych skanów jest wyznacznikiem wykonania lub nie wykonania umowy, nie zaś samo zamontowanie wymaganego sprzętu i oddelegowanie 3 pracowników.

Odwołujący wskazał, że w toku przygotowania oferty przetargowej opierając się na własnym doświadczeniu oraz wykonanych próbach i pomiarach długości skanowania starych i zniszczonych czasopism ustalił, że 2 skanery wymagane przez Zamawiającego i 4 osoby do ich obsługi powinny wystarczyć do realizacji zamówienia. Z ostrożności w kalkulacji został uwzględniony koszt najmu lub kupna 3 skanerów i oddelegowania 5 pracowników. Wyliczenie zostało przedstawione Zamawiającemu w piśmie z dnia 24.07.2010 r.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia **21.05.2010** r. poprzez jego oddalenie. Zamawiający wskazał, iż w treści protestu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 32 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie następujących czynności:

- 1) ustalenie wartości zamówienia bez zachowania przez Zamawiającego należytej staranności,

- 2) odrzuceniu oferty jako rażąco niskiej pomimo wskazania przez konsorcjum szczegółowej kalkulacji oraz zysku na poziomie ponad 20 %, bez merytorycznego uzasadnienia,
- 3) przyjęcie przy wyborze oferty innych niż w SIWZ wymagań zakresie przeznaczonego na realizację zamówienia sprzętu - zarzucenie Wykonawcy, że do realizacji przedmiotowego zamówienia zamierza użyć znikomej ilości sprzętu.

Zamawiający ponadto wskazał, że w treści protestu Odwołujący wnosił o:

- 1) Powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert,
- 2) Powstrzymaniu się od podpisania umowy do momentu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu

W zakresie zarzutu dotyczący naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu podniósł, że zbiory Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego przeznaczone w prowadzonym postępowaniu do digitalizacji, stanowią szczególną kolekcję w skali kraju. Podjęte działania prowadzące do digitalizacji zbiorów mają na celu uniknięcie dalszego jej niszczenia. Określenie stanu zbiorów, sposobu postępowania przy ich skanowaniu, w tym czasu potrzebnego do prawidłowego ich skanowania bez zniszczenia wymaga wyjątkowo specjalistycznej wiedzy. Wiedzę taką, bez wątpienia, posiadają osoby mające ciągły i bezpośredni kontakt ze zbiorami BUW. Opierając się na tej wiedzy, uwzględniając wszelkie czynniki mające wpływ na wartość zamówienia, przeprowadzono wnikliwą analizę rynku w wyniku której ustalono wartość zamówienia. Jako wyznacznik prawidłowości działania zamawiającego przyjąć można jej akceptację przez instytucję wdrażającą Program Operacyjny Innowacyjna Gospodarka. Brak wiedzy na temat stanu i specyfiki zbiorów BUW w praktyce uniemożliwia ustalenie wartości zamówienia. Zbiorów nie można też porównać z innymi występującymi na rynku. Ogólna wiedza i znajomość standardowych cen rynkowych nie jest w tym przypadku wystarczająca do ustalenia wartości zamówienia. Ze względu na indywidualny charakter zamówienia nieuprawnionym jest wskazywanie przykładowych cen z prowadzonych przez inne instytucje postępowań i przyjmowanie ich jako podstawę wyliczenia wartości zamówienia. Wobec czego zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 32 ust. 1 uznać należy za chybiony.

W odniesieniu do stawianego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający uznał, że Odwołujący w treści protestu nie wskazał żadnej argumentacji przemawiającej za stawianym twierdzeniem. W proteście nie można doszukać się jakiegokolwiek uzasadnienia odnoszącego się do naruszenia przez Zamawiającego wskazanego przepisu.

Ponadto Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z tym przepisem dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej, czyli w tym przypadku protestu, konieczne jest wykazanie uszczerbku - rzeczywistego lub potencjalnego - w swoim interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, który to uszczerbek powstał na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W świetle przywołanego przepisu dla skuteczności złożenia protestu, istotne jest więc wypełnienie przez wykonawcę trzech przesłanek: uszczerbku w interesie prawnym związanym z uzyskaniem danego zamówienia, naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy i związku przyczynowego pomiędzy konkretnym naruszeniem, a powstaniem, bądź możliwością powstania uszczerbku w interesie prawnym. Przesłanka ta winna być wskazana w proteście i nie podlega domniemaniu. Brak wskazania przez protestującego naruszenia jego interesu prawnego (na czym polega, że doznał lub może doznać uszczerbku) uniemożliwia rozpoznanie protestu i skutkuje jego oddaleniem. W tym konkretnym przypadku zamawiający pismem z dnia 04.05.2010 r. poinformował wykonawcę, że działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odrzucił jego ofertę. W złożonym proteście wykonawca nie oprotestował naruszenia przez Zamawiającego wskazanego przepisu. Tym samym, wobec braku oprotestowania naruszenia tego przepisu w ustawowym terminie, decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty protestującego stała się ostateczna i nie podlega wzruszeniu w trybie postępowań przewidzianych w ustawie.

Dodatkowo wykonawca nie żąda uznania jego oferty za prawidłową i wyboru jej jako najkorzystniejszej, co w efekcie doprowadziłoby do uzyskania zamówienia. Protestujący formalnie przestał być podmiotem, który jest zainteresowany uzyskaniem tego konkretnego zamówienia w wyniku swoich własnych zaniechań, przez co utracił interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Wobec powyższego zamawiający postanowił jak we wstępie.

W dniu **31.05.2010** r. wykonawca Konsorcjum: ARCHUS Spółka z o.o., ul. Józefowska 5, 40-144 Katowice oraz GAMA Jacek Lipik, Sąspów 268, 32-048 Jerzmanowice wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w zakresie części I zamówienia dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wraz z ofertą Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający określając minimalne warunki udziału w postępowaniu w art. 4 § 1 pkt 3.2 lit. a i d SIWZ wskazał, że udział w postępowaniu mogą wziąć wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i kadrowy oraz łączne kwalifikacje i doświadczenie):

- a) Wykonawca CZĘŚCI I posiada minimum 3 pracowników zdolnych do wykonania zadania i mających min. 2 letnie doświadczenie z zakresu digitalizacji zbiorów bibliotecznych i archiwalnych,
- d) Posiadają specjalistyczny sprzęt i programowanie w tym skanery bezdotykowe - książkowe do digitalizacji zbiorów zszytych i oprawnych, co najmniej jeden do formatu A2, drugi do formatu A1+ (...).

Zamawiający określił również (art. 3 § 1 pkt 4 zd. 1 SIWZ), że wykonawca powinien sporządzać tygodniowo nie mniej niż 25.000 skanów.

W toku badania oferty Odwołującego Zamawiający powziął wątpliwości, co do jej prawidłowej kalkulacji, co wyraził w pismach z dnia 15 i 26 kwietnia 2010 r.

W odpowiedzi na te pisma Odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 20 kwietnia 2010 r. i dwóch pismach z dnia 27 kwietnia 2010 r. kalkulację cenową, na podstawie której została opracowana oferta przetargowa. Jako dowód Odwołujący wskazał pisma znajdujące się w dokumentacji postępowania.

Odwołujący wskazał, że w dniu 4 maja 2010 r. Zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż w ocenie Zamawiającego złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

W dniu 12 maja 2010 r. Odwołujący wniósł protest na czynność odrzucenia jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1, art. 32 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu ustalenie wartości

szacunkowej zamówienia bez zachowania należytej staranności, odrzuceniu jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przyjęcie przy ocenie oferty Odwołującego innych niż w SIWZ wymagań. Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert. Pismem z dnia 21 maja 2010 r. Zamawiający oddalił w całości protest Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że brak wiedzy na temat stanu i specyfiki zbiorów BUW w praktyce uniemożliwia ustalenie wartości zamówienia. Ponadto Zamawiający podniósł, że oddalenie protestu jest również wynikiem tego, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia.

Podtrzymując wnioski i zarzuty zawarte w proteście Odwołujący podniósł, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tego przepisu do każdego wykonawcy powinny być stosowane te same zasady oceny jak również te same reguły i zasady prowadzenia postępowania. Wykonawca, jak i złożona przez niego oferta nie powinna być oceniana w sposób inny niż to wynika z przepisów ustawy i reguł określonych postanowieniami SIWZ.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił jakimi minimalnymi cechami musi charakteryzować się wykonawca aby był zdolny do terminowego i efektywnego zrealizowania zamówienia. Zamawiający dokonał tego w szczególności poprzez opisanie w art. 4 § 1 pkt 3.2 lit. a i d SIWZ wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W tym zakresie Zamawiający w sposób wyraźny określił, że zamówienie jest zdolny wykonać w warunkach opisanych w SIWZ każdy wykonawca, który posiada minimum 3 pracowników oraz 2 skanery bezdotykowe - książkowe do digitalizacji zbiorów zszytych i oprawnych (jeden do formatu A2 oraz jeden do formatu A1+).

Inaczej mówiąc, każdy wykonawca charakteryzujący się powyższymi cechami gwarantuje rzetelne i prawidłowe wykonanie zamówienia. W doktrynie wskazano przy tym, że system zamówień publicznych rozróżnia dwa rodzaje czynności dokonywanych przez zamawiającego w zakresie oceny ofert. Do pierwszej grupy czynności należy sprawdzenie zdolności wykonawcy w zakresie wykonania danego zamówienia, do drugiej grupy dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, (zob. P. Granecki, kom. do art. 22 zamieszczony w systemie informacji prawnej Legalis, t. 1). Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków polega przy tym na określeniu przez zamawiającego przejrzystych kryteriów,

jakimi będzie się kierował przy podejmowaniu decyzji dotyczących spełniania warunków określonych w SIWZ na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy. Stawianie warunków podmiotowych służyć ma zamawiającemu przede wszystkim do wyłonienia podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczenia do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością (por. opinia UZP powołana przez P. Graneckiego w komentarzu do art. 22 zamieszczonego w systemie informacji prawnej Legalis, t.2).

Odwołujący opisane przez Zamawiającego cechy w sposób nie ulegający wątpliwości posiada. Odwołujący wskazał, że do wykonania zamówienia użyje 2 skanery BookEye color format A1+ oraz A2 oraz 4 osoby do ich obsługi.

Bez wątpienia zatem Zamawiający nie mógł uznać, że Odwołujący nie jest w stanie wykonać w sposób prawidłowy zamówienia, na podstawie zapisów SIWZ. To z kolei musi prowadzić do konstatacji, że Zamawiający oceniając zdolność Odwołującego do prawidłowego wykonania zamówienia zastosował kryteria, które nie były postawione w postępowaniu, a tym samym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego ten ostatni wskazał, iż Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Odrzucając ofertę Zamawiający nie wskazał żadnych zarzutów podważających wyjaśnienia odwołującego na temat kalkulacji ceny oferty, przedstawionych w piśmie z dnia 20 kwietnia 2010 r. oraz dwóch pismach z dnia 27 kwietnia 2010r. Podniósł jedynie, że „Wykonawca sztucznie zaniżył koszty wykonania przedmiotu zamówienia przeznaczając do jego realizacji znikoma ilość sprzętu”. Tymczasem przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w sposób rzetelny przedstawiają sposób kalkulacji oferty. Znamienne przy tym jest, że urządzenia, które Odwołujący przeznaczył do wykonania zamówienia gwarantują wymaganą tygodniowo ilość skanów. Ponieważ przedstawione w toku postępowania wyjaśnienia odwołującego potwierdzają prawidłowość przyjętej kalkulacji oferty to uznanie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, a w konsekwencji odrzucenie oferty nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zdaniem Odwołującego odrzucając jego ofertę Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy. W tym zakresie Odwołujący powołał się na argumentację przedstawioną w pierwszej części uzasadnienia.

Odwołujący podniósł również, że wbrew stanowisku wyrażonemu przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący w sposób oczywisty ma interes

prawny we wniesieniu odwołania albowiem, gdyby Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa to oferta Odwołującego podlegałaby ocenie, a w konsekwencji musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą, jako oferta z najniższą ceną. Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania również z tego powodu, że oprotestował w proteście czynność odrzucenia jego oferty z powodu uznania jej za złożoną z rażąco niską ceną. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie jest tym samym ostateczna, a Odwołującemu w dalszym ciągu przysługuje przymiot wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

W zakresie przesłanek formalnych wniesienia odwołania w uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego z pisma doręzonego w dniu 4 maja 2010 r., na które to czynności wniósł protest do Zamawiającego w dniu 12 maja 2010 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu rozstrzygnięcie protestu w dniu 21 maja 2010 r., wniesienie odwołania w dniu 31 maja 2010 r. następuje z zachowaniem ustawowego 10 dniowego terminu (art. 184 ust. 2 ustawy).

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania oraz poprzedzającego go protestu była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, o której to czynności informację dnia 04.05.2010 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z protestem, odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie złożoną na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Powyższe wynika z faktu, iż w niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści SIWZ wraz z załącznikami oraz z korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, dowodów z dokumentów złożonych na rozprawie oraz oświadczeń stron złożonych ustnie do protokołu.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację postępowania, tj. SIWZ, ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego, korespondencję pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia, dowody z dokumentów i oświadczenia stron złożone na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu:

W toku przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył dla części I ofertę z ceną ofertową wynoszącą 2.478.003,00 zł brutto przy cenie jednostkowej dla jednego skanu w wysokości 0,67705 zł netto.

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w dniu 10.02.2010 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części I zamówienia. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na rażąco niską cenę. Jako uzasadnienie faktyczne powyższej czynności Zamawiający odniósł się do ustalonej przez siebie kwoty, jaką przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia w zakresie części I zamówienia w wysokości 4.300.000,00 zł brutto.

W odniesieniu do powyższego Izba pragnie wskazać, iż szacunki Zamawiającego w zakresie wartości zamówienia lub kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na jego sfinansowanie nie mogą stanowić jedyne i wiarygodnego dowodu, że zaoferowana w postępowaniu przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską, tylko i wyłącznie dlatego, że odbiega od dokonanego przez Zamawiającego szacunku. Otóż cenę badanej oferty można odnieść do wartości przedmiotu zamówienia pod warunkiem, iż czynność szacowania została dokonana przez Zamawiającego z należytą starannością. Przywoływane przez Zamawiającego w uzasadnieniu oddalenia protestu argumenty dotyczące trudności w ustaleniu wartości zamówienia ze względu na nietypowy charakter zamówienia powodujące, że taką czynność w sposób prawidłowy może wykonać jedynie Zamawiający są, zdaniem Izby, nieprzekonywujące. Czynności stanowiące przedmiot zamówienia są czynnościami typowymi i powtarzalnymi, zaś przedmiot tych czynności i ich stan nie odbiega od posiadanych przez inne biblioteki i instytuty zbiorów. Wskazana przez Zamawiającego unikatowość zbiorów nie dotyczy wszakże ich formy (stanu technicznego, sposobu zszycia, formatu, rodzaju oprawy) ale treści, dat i miejsc wydania, ich autorów oraz pochodzenia poszczególnych egzemplarzy. Wobec powyższego trudno jest uznać, iż ze względu na unikatowy charakter zbiorów ich skanowanie miałoby utracić swój typowy charakter i tym samym konieczna stałaby się ich specyficzna wycena. Tym samym cena niższa niż wartość szacunkowa lub niższa niż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia może wyłącznie skutkować wszczęciem przez tego ostatniego procedury wyjaśniania w trybie art. 90 ustawy Pzp. Nie jest natomiast samoistną przesłanką uprawniającą Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Podjmując decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy odnieść oferowaną cenę do realnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za kwotę, którą wskazał wykonawca. Istotne jest przeprowadzenia przez Zamawiającego porównania i analizy poszczególnych elementów cenotwórczych w ramach wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz dostępnych danemu wykonawcy technik i metod, które wpłynęły na dokonana przez wykonawcę wycenę. Zamawiający

uznając cenę zaofertowaną przez Odwołującego za rażąco niską nie kwestionuje w zasadzie samej wyceny przez tego ostatniego przedstawionych etapów i elementów składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający zarówno w piśmie z dnia 04.05.2010 r. zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również w rozstrzygnięciu protestu zawartym w piśmie z dnia 21.05.2010 r. swoje wnioski dotyczące rażąco niskiej ceny wyprowadził w sposób pośredni z przewidzianego przez Odwołującego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia – uznając go za nieprawidłowy ze względu na znikomą ilość sprzętu i personelu. Zdaniem Zamawiającego biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest skanowanie XIX-wiecznych zbiorów cennych czasopism o złym stanie zachowania (80% całości zbioru wg zał nr 1 do SIWZ), wymagających szczególnego traktowania podczas skanowania, a co za tym idzie, zwiększonej czasochłonności, wykonanie zamierzonej ilości skanów na ww. sprzęcie i w czasie, który jest na to przewidziany, fizycznie nie jest możliwe.

W tym miejscu Izba pragnie zwrócić uwagę na fakt, iż Zamawiający w art. 4 § 1 pkt 3 ppkt 3.2. lit. b i d (Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis dokonywania oceny spełniania tych warunków) określił, iż wykonawcy dla części I winni dysponować minimum 3 pracownikami zdolnymi do wykonania zadania i mającymi minimum 2-letnie doświadczenie z zakresu digitalizacji zbiorów bibliotecznych i archiwalnych oraz posiadać specjalistyczny sprzęt i oprogramowanie, w tym skanery bezdotykowe - książkowe do digitalizacji zbiorów zszytych i oprawnych, co najmniej jeden do formatu A2 i drugi do formatu A1+. Oznacza to, iż przy założeniu adekwatności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia oraz zdolności technicznej takie sformułowanie warunków wskazuje, iż Zamawiający określił minimum umożliwiające wykonawcom wykonanie zadania w preferowany przez niego sposób. Wobec powyższego należy założyć, iż każdy wykonawca będący w stanie spełnić warunki udziału w postępowaniu nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i tym samym posiada on realną zdolność wykonania w sposób należyty przedmiotu zamówienia. Przeciwnie rozumowanie stałoby w sprzeczności z normą prawną wyrażoną w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, tj. dopuszczałoby do udziału w postępowaniu wykonawców niezdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkowałoby uznaniem, iż działanie Zamawiającego sprzyja naruszeniu uczciwej konkurencji.

Tym samym, zdaniem Izby, Zamawiający w zakresie badania kwestii odrzucenia oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę skupił się w głównej mierze na możliwości zrealizowania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia w sposób należyty pod względem jakościowym i terminowy. Swoje stanowisko Zamawiający wywodzi z faktu, iż ze

względu na ilość oraz stan zasobów archiwalnych podlegających skanowaniu, przy uwzględnieniu ilości i jakości urządzeń oraz przy wskazanych przez Odwołującego zasobach kadrowych nie będzie on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia. Powyższe wnioski Zamawiającego opierają się jedynie na domniemaniach dotyczących nienależytego wykonania zamówienia które, zdaniem Izby, nie mogą w żadnym wypadku stanowić przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Uregulowane w art. 89 ustawy Pzp przesłanki odrzucenia oferty winny mieć swoje źródło w faktach, nie zaś w pozbawionych dowodów przypuszczeniach.

Tym samym Zamawiający wskazuje, iż jedynie zwiększenie ilości urządzeń oraz liczebności personelu do ich obsługi umożliwi Odwołującemu wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty, co jednocześnie, zdaniem Zamawiającego, winno wiązać się ze zwiększeniem kosztów własnych Odwołującego. W zakresie powyższego Izba ustaliła, iż Zamawiający nie udowodnił, że przyjęta przez Odwołującego technika i sposób realizacji usługi uniemożliwiają jej prawidłowe wykonanie, jak również nie udowodnił, iż za zaoferowaną przez Odwołującego kwotę nie sposób w obiektywnym znaczeniu wykonać przedmiotu zamówienia. Jak wynika z treści oferty Odwołującego spełnił on minimalne wymagania sprzętowe i kadrowe wskazane w SIWZ. Nie oznacza to wszakże, iż w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy nie przysługuje prawo do zwiększenia swojego potencjału kadrowego i technicznego, zmiany techniki wykonania usługi lub posłużenia się podwykonawcami w celu usprawnienia całego procesu i spełnienia oczekiwań Zamawiającego. Jak wynika z analizy umowy stanowiącej załącznik do SIWZ (Dział III SIWZ) ma ona charakter umowy rezultatu i za jej należyte wykonanie należy uznać osiągnięcie zamierzonego przez Zamawiającego efektu, tj. przekazania Zamawiającemu dysków z danymi w postaci wykonanej założonej ilości (25.000 skanów tygodniowo) w formacie TIFF o określonych parametrach jakościowych. Oznacza to, iż wykonawcy mają swobodę w doborze techniki realizacji przedmiotu zamówienia, o ile doprowadzi ona do zamierzonego efektu jakościowego, ilościowego i terminowego. Jednocześnie nie sposób założyć, iż każda zmiana sposobu wykonania przedmiotu zamówienia niesie ze sobą zmianę lub zwiększenie kosztów własnych wykonawcy.

Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił dowód w postaci dodatkowej symulacji kosztów przy założeniu pracy 2 skanerów i 4 osób oraz 3 skanerów i 6 osób. Z przedstawionej symulacji wynika, iż całkowita cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie ulegnie zmianie. Jednakże w takim wypadku ze względu na planowane przez Odwołującego skrócenie czasu realizacji z 30 do 20 miesięcy zmianie uległy wartości poszczególnych etapów i elementów, w tym zmniejszeniu przy użyciu 3 skanerów i 6 osób personelu uległy koszty najmu pomieszczeń, koszty przejazdów, koszty delegacji, koszty

bezpośrednie, zaś zwiększeniu uległ zysk wykonawcy. Powyższa symulacja zawiera w sobie realną prawidłowość, iż zwiększenie ilości urządzeń i obsady osobowej do ich obsługi o 33% pozwala o identyczną wartość skrócić czas realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym koszty związane z dzierżawą skanerów oraz robocizną, pomimo zwiększenia liczby urządzeń i obsady personelu nie uległy zmianie. Powyższa symulacja potwierdza, iż rozumowanie Zamawiającego, że zwiększenie liczby urządzeń i obsady osobowej do ich obsługi zawsze musi nieść ze sobą zwiększenie kosztów wykonawcy obarczone jest błędem. Zamawiający pominął wszakże istotny fakt, iż zwiększenie liczby urządzeń oraz personelu o pewną ilość ma proporcjonalny wpływ na przyspieszenie procesu skanowania i tym samym skrócenie czasu realizacji przedmiotu zamówienia. W przypadku braku takiego wpływu zwiększenie liczby urządzeń i liczebności personelu byłoby wszakże działaniem pozbawionym sensu. Na powyższe wskazuje także fakt, iż Odwołujący zapoznał się z przedmiotem zamówienia, na dowód czego przedstawił wykonaną w trakcie wizji lokalnej dokumentację fotograficzną oraz dokonał analizy procesu skanowania podobnych obiektów i wykonał eksperyment pozwalający wykazać, jakiej czasochłonności wymaga skanowanie księgozbiorów oraz czasopism wielkoformatowych (wydruki skanowanych dokumentów i raportu z pracy skanera dla Biblioteki Zakładu Narodowego im. Ossolińskich we Wrocławiu oraz Biblioteki Śląskiej).

Ponadto Izba uznała za udowodnione, że oferowany przez Odwołującego koszt jednostkowy wykonania 1 skanu w wysokości netto 0,67705 zł uznać należy za zbliżony do wartości rynkowej. Wszakże dla części I zamówienia poza czynnościami skanowania, opisywania plików, ich przechowywania i udostępniania na zewnętrznych dyskach twardej przedmiot zamówienia nie obejmuje żadnych dodatkowych operacji. Tym samym, w związku z brakiem kwestionowania przez Zamawiającego, Izba uznała, iż cena jednostkowa skanu odpowiada rynkowej cenie tego typu czynności. Biorąc pod uwagę złożone w trakcie postępowania wyjaśnienia przez Odwołującego, w tym przedłożone w postaci dowodu w trakcie rozprawy dodatkowe symulacje wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku użycia 2 i 3 skanerów oraz 4 i 6 pracowników uprawdopodobniły, zdaniem Izby, że w przedmiotowym stanie faktycznym brak jest podstaw do uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ramach analizy projektu umowy (załącznik do SIWZ – Dział III) Izba uznała, iż Zamawiający zabezpieczył w wystarczający sposób swoje materialne interesy w przypadku, gdyby realizacja przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, któremu zostanie udzielone zamówienia dla części I zamówienia, było realizowane w sposób nienależyty (§ 6 – reklamacje i kary umowne). W przypadku przekazania skanów na uszkodzonych dyskach, przekazania mniejszej ilości skanów w określonym terminie, odrzucenia skanów w procesie kontroli Zamawiający przewidział dotkliwe sankcje finansowe i cywilnoprawne. Tym samym

w ocenie Izby interes ekonomiczny Zamawiającego w przypadku nienależytego wykonania przedmiotu umowy został w wystarczającym stopniu zabezpieczony. Jednakże same przypuszczenia Zamawiającego, że Odwołujący nie będzie w stanie wykonać zgodnie z umową swojego zobowiązania nie mają związku z wyceną przedmiotu zamówienia przez tego ostatniego i tym bardziej nie mogą przesądzać, iż oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby jeżeli Zamawiający w toku badania ofert powziął wątpliwości, co do realnej możliwości technicznej i organizacyjnej wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia mógł zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wszakże Odwołujący w toku wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykazał, iż dokonana przez niego kalkulacja oparta została na realistycznych założeniach ekonomicznych, których Zamawiający de facto bezpośrednio nie kwestionował. Dopiero stwierdzenie przez Zamawiającego, iż ze względów technicznych i kadrowych przy takich założeniach nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia doprowadziło Zamawiającego do dalszych wniosków. W wyniku własnej analizy Zamawiający wskazał, iż tylko zwiększenia liczby urzędzeń i personelu umożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia, zaś to ostatnie doprowadziło Zamawiającego do kolejnej implikacji, że zwiększenie liczby urzędzeń i liczby personelu musi skutkować wzrostem kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Zwiększenie obsady personelu i zwiększenie liczby urzędzeń wszakże bezpośrednio wpływa na zwiększenie kosztów, lecz jednocześnie prowadzi do zwiększenia wydajności, która skutkuje bezpośrednio skróceniem czasu realizacji. Poza tym koszty dysków zewnętrznych i wewnętrznych, koszty najmu mieszkania, najmu pomieszczeń w bibliotece nie uległyby zmianie nawet przy braku skrócenia terminu realizacji. W przypadku skrócenia terminu, jak wynika z dodatkowej kalkulacji kosztów złożonej jako dowód przez Odwołującego w toku rozprawy, poszczególne koszty uległy zmniejszeniu, nawet te, które mogłyby zostać wygenerowane dodatkowymi potrzebami związanymi ze zwiększeniem liczebności kadry i liczby urzędzeń.

Zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut sformułowany przez Zamawiającego, że Odwołujący sztucznie zaniżył koszty wykonania przedmiotu zamówienia przeznaczając do jego realizacji znikomą ilość sprzętu, za pomocą którego nie będzie w stanie w wyznaczonym czasie wykonać przedmiotu zamówienia. Powyższe nie przesądza o kwestii rażąco niskiej

ceny, gdyż Zamawiający nie udowodnił, iż zmiana sposobu spełnienia świadczenia polegająca na zwiększeniu obsady kadrowej i liczby urządzeń prowadzi w sposób bezsporny do zwiększenia kosztów własnych Odwołującego się wykonawcy.

Za znamienne dla wykazania naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała treść oferty złożonej dla części I zamówienia przez wykonawcę ArchiDoc S.A. z siedzibą w Katowicach. Choć na str. 10 wykonawca ten wskazał 8 urządzeń typu BookEye 3, to jak wynika z zawartego na str. 9 ww. oferty (wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie) przewidział do realizacji przedmiotu zamówienia 4 osoby, w tym 3 osoby do wykonywania czynności operacyjnych, zaś 1 do nadzoru nad czynnościami operacyjnymi. Jednakże w odniesieniu do powyższego wykonawcy Zamawiający nie podniósł braku fizycznej możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia, chociażby ze względu na liczebność przewidzianego personelu. Wszakże Odwołujący wskazał do wykonania przedmiotu zamówienia również 3 osoby do obsługi skanerów, 1 osobę do obsługi skanera i konwersji plików oraz 1 osobę do obsługi komputera. W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż w każdym wypadku odrzucenie oferty wykonawcy bez podstawy prawnej stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców. Tym bardziej w przypadku, gdy oferty innych wykonawców są, co do treści tożsame z treścią oferty wykonawcy, która stanowiła podstawę odrzucenia oferty. Nawet w przypadku, gdy tak jak w przedmiotowym stanie faktycznym, podstawa ta jest jedynie elementem pośrednim czynności odrzucenia oferty.

Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym nie miał podstaw do uznania, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji ceny rażąco niskiej. W doktrynie i orzecznictwie utarł się pogląd, iż cena rażąco niska jest to cena nierealistyczna, która uniemożliwia w sposób całkowicie bezsprzeczny wykonanie przedmiotu zamówienia przez konkretnego wykonawcę w konkretnych warunkach gospodarczych, technologicznych i organizacyjnych. Za cenę rażąco niską należy zatem uznać cenę nierealną i nieadekwatną do przedmiotu zamówienia w obiektywnym tego słowa znaczeniu. Ceny rażąco niskiej nie sposób skalkulować dokonując jej rozłożenia na poszczególne czynniki cenotwórcze, gdyż w takim wypadku dojdzie zawsze do wykazania, że wykonawca zaniżył w sposób rażący poszczególne składniki ceny lub je całkowicie pomiął. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający kwestionuje całkowitą cenę wskazaną przez Odwołującego nie podejmując próby wykazania, że wykonawca ten w toku przedstawionych kalkulacji zaniżył jej poszczególne składniki lub je

całkowicie pominął w toku wyliczenia wynagrodzenia. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, przekazane przez Zamawiającego pismem z dnia 04.05.2010 r., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie odnosi się do treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku postępowania. W szczególności brak jest tam odniesienia do kalkulacji kosztów zawartej w piśmie Odwołującego z dnia 20.04.2010 r. oraz dodatkowych wyjaśnień zawartych w dwóch kolejnych pismach z dnia 27.04.2010 r. Biorąc pod uwagę doniosłość czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający winien wykazać przy użyciu dostępnych środków dowodowych w sposób bezsprzeczny, że w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską. Zdaniem Izby w przedstawionych powyższej okolicznościach nie sposób dojść w sposób bezsprzeczny do takiej konkluzji. Skoro szczegółowa kalkulacja przedstawiona przez Odwołującego zawiera koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia w całości, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, jak również koszty dodatkowe niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, oraz zysk w racjonalnej wysokości nie sposób uznać ją za cenę rażąco niską.

Z ustaleń Izby wynika ponadto, iż Odwołujący w treści odwołania nie podtrzymał zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Izba nie poddała rozpatrzeniu ww. zarzutu zawartego w proteście.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i w związku z powyższym doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

