

Sygn. akt: KIO 1015/13

WYROK
z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia 30 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II, 00-175 Warszawa,**

przy udziale

- A) wykonawcy **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B) wykonawcy **IT CULTURE Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769 i poz. 1101**). na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zakup usługi informatycznej w zakresie wsparcia technicznego dla elementów infrastruktury IT oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego wykorzystywanego przez ARiMR w okresie 01.01.2013-31.12.2015«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **06.11.2012 r.** pod nrem **2012/S 213-352307.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769 i poz. 1101**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **24.04.2013 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **IT CULTURE Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa.**

Wykonawca Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł **30.04.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie:

- 1) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę IT CULTURE Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa, dalej „IT CULTURE”;
- 2) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE, pomimo że jej przedmiot (treść) nie odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) oraz wyjaśnieniach do specyfikacji;
- 3) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz.

1503 ze zm.), dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, w szczególności określona w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przejawiający się w wyborze oferty wykonawcy IT CULTURE, która to oferta jest sprzeczna z prawem, dobrymi obyczajami oraz narusza interes odwołującego i zamawiającego; ponadto wybrana oferta zawiera informacje wprowadzające w błąd i służące dokonaniu wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co oznacza że wykonawca IT CULTURE dopuścił się popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a dodatkowo oferta wykonawcy IT CULTURE w sposób nieuprawniony utrudnia odwołującemu dostęp do rynku w szczególności rynku zamówień publicznych;

- 4) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE, która została złożona przez wykonawcę który powinien zostać wykluczony z postępowania;
- 6) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności uznania wyjaśnień wykonawcy IT CULTURE z 22 kwietnia 2013 r. jako potwierdzających zgodność oferty wykonawcy IT CULTURE z wymogami przedmiotowego postępowania określonymi w specyfikacji oraz wyjaśnieniach do specyfikacji, których udzielił zamawiający;
- 7) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy IT CULTURE, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechania uznania złożonej przez wykonawcę IT CULTURE oferty za odrzuconą;
- 8) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności wezwania wykonawcy IT CULTURE do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;
- 9) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności wezwania wykonawcy IT CULTURE do złożenia wyjaśnień odnośnie usług wskazanych w wykazie usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 10) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności wezwania wykonawcy IT CULTURE do uzupełnienia:
 - a) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dla Prezesa zarządu wykonawcy IT CULTURE, Pani Katarzyny Żurawieckiej,
 - b) wykazu usług, przez przedstawienie nowych usług w sytuacji gdy przedstawione

wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie potwierdziły, że wskazane w wykazie usług prace spełniają warunki udziału w postępowaniu;

- 11) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego HP Polska jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 12) od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności uwzględnienia przez zamawiającego własnych wyjaśnień do specyfikacji kształtujących treść specyfikacji.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy IT CULTURE niezgodnie z przepisami Pzp,
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez uznanie, że wykonawca IT CULTURE wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu;
- 3) art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie, że wykonawca IT CULTURE nie podlega wykluczeniu, co powoduje, że jego oferta nie jest traktowana jak odrzucona;
- 4) art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania przejawiające się w:
 - a) zaniechaniu wezwania wykonawcy IT CULTURE do uzupełnienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dla członka zarządu wykonawcy IT CULTURE K..... Ż.....,
 - b) zaniechaniu wezwania wykonawcy IT CULTURE do uzupełnienia wykazu usług w sytuacji gdy przedstawione wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie potwierdziłyby, że wskazane w wykazie usług prace potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, pomimo że pisma wskazane w wykazie usług wykonawcy IT CULTURE nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 6) art. 38 ust. 4 w związku z art. 38 ust. 1 Pzp przez zaniechanie oceny oferty wykonawcy IT CULTURE zgodnie z treścią udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień stanowiących integralną treść specyfikacji;
- 7) art. 87 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione uznanie wyjaśnień wykonawcy IT CULTURE z 22 kwietnia 2013 r. jako potwierdzających zgodność oferty wykonawcy IT CULTURE z wymogami postępowania określonymi w specyfikacji oraz w wyjaśnieniach do specyfikacji;

- 8) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuzasadnione uznanie, że zaoferowany przez wykonawcę IT CULTURE przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami opisanymi w specyfikacji i w konsekwencji nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE;
- 9) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 10) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieuzasadnione uznanie, że oferta wykonawcy IT CULTURE nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE;
- 11) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE, która to oferta została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania;
- 12) art. 90 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie wezwania wykonawcy IT CULTURE do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE;
- 13) art. 91 ust. 1 Pzp przez nieuzasadniony wybór oferty wykonawcy IT CULTURE jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego HP Polska jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy IT CULTURE, jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnego badania i oceny ofert;
- 3) dokonania wykluczenia a także uznania oferty złożonej przez wykonawcę IT CULTURE za odrzuconą oraz odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę IT CULTURE;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego HP Polska jako najkorzystniejszej;
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Argumentacja odwołującego

1. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE z racji na niezgodność ze specyfikacją, która to niezgodność polega na niezaoferowaniu całego przedmiotu zamówienia uwzględniającego wymagania zamawiającego określone w specyfikacji oraz wyjaśnieniach do specyfikacji z 20 grudnia 2012 r.

Odwolujący wskazuje, że oferta wykonawcy IT CULTURE jest niezgodna ze specyfikacją, gdyż wykonawca IT CULTURE nie uwzględnił w swojej ofercie wszystkich wymagań zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w szczególności określonych w wyjaśnieniach do specyfikacji z 20 grudnia 2012 r., w których zamawiający precyzyjnie określił wymagany zakres świadczenia wykonawcy. Zamawiający w wyjaśnieniach do specyfikacji, stanowiących integralną część dokumentacji postępowania, udzielił następujących odpowiedzi:

»Odpowiedź 74

„Zamawiający informuje, że w ramach aktualnie realizowanej umowy posiada support do serwisowanych urządzeń i oprogramowania, jednak zamawiający nie zainstaluje i nie udostępni najnowszych wersji oprogramowania”.

Odpowiedź 79

„Zamawiający informuje, że usługodawca zobowiązany będzie do dostarczenia Usługobiorcy ostatniej poprawnie działającej wersji oprogramowania. W przypadku, gdy wersja ta nie usuwa awarii – usunięcie problemu będzie leżało po stronie usługobiorcy”.

Odpowiedź 88

„Działając na podstawie przepisu art. 38 ust. 4 Pzp zamawiający zmienia treść specyfikacji w poniższy sposób. Załącznik nr 2 do wzoru umowy, część 1 ust. 17 i 18 otrzymują następujące brzmienie:

17. Raz na pół roku Usługodawca zobowiązany jest w odniesieniu do serwerów HP 9000 oraz macierzy dyskowych (HP SureStore XP), urządzeń SAN i bibliotek taśmowych, dokonywać weryfikacji poprawności działania sprzętu wraz z diagnostyką wbudowanego oprogramowania. Powyższe czynności usługodawca wykona po uzyskaniu akceptacji usługobiorcy.

18. Raz na pół roku usługodawca zobowiązany jest dostarczać w odniesieniu do serwerów HP 9000 oraz macierzy dyskowych (HP SureStore XP), urządzeń SAN i bibliotek taśmowych, najnowszych rekomendowanych przez producenta sprzętu wersji oprogramowania i sterowników sprzętu”.

Odpowiedź 92

„2. Wykonawca w ramach zawieranej umowy (UWT) zapewni zamawiającemu wsparcie (nowe wersje, upgrade'y, patche) do przedmiotowego oprogramowania przez wykupienie wsparcia u producenta”«.

Wyjaśnienia zamawiającego z 20 grudnia 2012 r. jednoznacznie wskazują na elementy oferty, które powinny podlegać zaoferowaniu oraz wycenienie przez wykonawcę. Stanowi to zakres świadczenia, które składa się na zobowiązanie wykonawcy.

Zamawiający wezwał wykonawcę IT CULTURE w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień tej kwestii, jednak dokonana ocena wyjaśnień była wadliwa. Wykonawca IT CULTURE udzielił w swoim piśmie z 22 kwietnia 2013 r. wyłącznie twierdzącej odpowiedzi na pytanie zamawiającego o posiadaniu wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania HP, wskazując jednocześnie na kompletność swojej oferty. Odwołujący wskazuje, że nieuprawnione są twierdzenia wykonawcy IT CULTURE, akcentujące, że zamawiający nie wymagał zapewnienia wsparcia producenta sprzętu Hewlett-Packard. Wykonawca IT CULTURE pomija treść odpowiedzi nr 92 na pytania do specyfikacji, w których zamawiający dokładnie sprecyzował zakres zobowiązania wykonawcy.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca IT CULTURE nie posiada wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania HP wymaganego przez zamawiającego. Polityka koncernu HP, którego częścią jest HP Polska wprowadza określone procedury, których spełnienie umożliwi współpracę z koncernem HP, a w konsekwencji możliwość dokonania zakupu określonych usług HP. Wykonawca IT CULTURE nie posiada takiego wsparcia, więc złożona oferta jest niezgodna ze specyfikacją i winna podlegać odrzuceniu.

Nieuprawnione są również twierdzenia wykonawcy IT CULTURE, że weryfikacja posiadania wsparcia producenta możliwa będzie na etapie realizacji umowy. Odwołujący wskazuje, że każdy z wykonawców biorący udział w postępowaniu powinien wycenić te elementy w swojej ofercie. Jednocześnie, odwołujący podnosi, że według wymagań zamawiającego każdy wykonawca powinien zaoferować zamawiającemu oraz uwzględnić w cenie oferty także *„wsparcie (nowe wersje, upgrade'y, patche) do przedmiotowego oprogramowania przez wykupienie wsparcia u producenta”* nie tylko dla elementów wymienionych w odpowiedzi nr 92 zamawiającego, ale w odniesieniu do całości posiadanego przez zamawiającego sprzętu produkcji HP.

Wobec powyższego oferta wykonawcy IT CULTURE jest niezgodna ze specyfikacją i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący w pełni aprobuje stanowisko zawarte w poniższych orzeczeniach KIO: „Treść specyfikacji to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego” (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08) – wyrok KIO z 30 lipca 2010 r. (sygn. akt. KIO 1484/10).

2. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE z racji na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w złożonej ofercie oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty w tym oferta odwołującego oraz oferta wykonawcy IT CULTURE. Odwołujący wskazuje, że cena oferty wykonawcy IT CULTURE znacząco odbiega od cen pozostałych ofert w postępowaniu, co wskazuje że jest ona ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy. Jednocześnie zamawiający prowadząc postępowanie z należytą starannością powinien zwrócić się do wykonawcy IT CULTURE z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający zaniechał wezwania, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawcy IT CULTURE do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. Odwołujący wskazuje, że pojęcie „rażąco niskiej” ceny nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy.

Jednak jego zdefiniowaniem wielokrotnie zajmowało się orzecznictwo sądowe, które wskazywało m.in., że: »Pojęcie ceny „rażąco niskiej” pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika języka polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak „wyraźna” czy „bardzo duża” różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: (...) niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych” – wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 88/09).

Odwołujący podnosi, że jak wynika z opinii Urzędu Zamówień Publicznych („Rażąco niska cena”): „Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, że za ofertę z rażąco niska cena można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień” (źródło: www.uzp.gov.pl).

Odwołujący podziela stanowisko, że art. 90 ust. 1 Pzp został wprowadzony w celu ochrony zamawiających przed nierzetelnymi wykonawcami, a jego zastosowanie po stronie zamawiających jest obowiązkowe w przypadku uzasadnionej wątpliwości co do ceny zaoferowanej oferty jak w rozpoznawanym postępowaniu. Samo porównanie cen pozostałych ofert w postępowaniu obligowało zamawiającego do podjęcia niezbędnych działań w celu weryfikacji czy wykonawca wykonawcy IT CULTURE daje rękojmię wykonania przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący podziela stanowisko zawarte w poniższych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”), gdzie wskazywano m.in., że: „Artykuł 90 ust. 1-3 Pzp został wprowadzony nie tylko w celu ochrony zamawiającego przed składaniem ofert, których realizacja jest wątpliwa, ale również przepis ten ma chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” – wyrok KIO z 31 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1793/11.

Podsumowując powyższe, odwołujący wskazuje, że punktem odniesienia dla uznania ceny za rażąco niską powinny być w szczególności ceny rynkowe przedmiotu zamówienia, jak również szacunkowa wartość zamówienia oraz ceny innych ofert w postępowaniu – doświadczenie odwołującego w realizacji podobnych zamówień, które przekłada się na precyzję wykonanej w celu wycenienia kalkulacji oferty, jak i ogólna wiedza odwołującego na temat branży prowadzą do wniosku, że cena zaoferowana przez wykonawcę IT CULTURE znacznie odbiega od cen rynkowych za rzeczywiste koszty realizacji zamówień podobnych do przedmiotowego zamówienia i należy uznać, że jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca IT CULTURE oferuje zamawiającemu swoje usługi na dużo niższym poziomie niż pozostali wykonawcy, gdyż nie wycenił wszystkich czynników cenotwórczych w szczególności kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do sprzętu i oprogramowania HP, które to elementy powinna zawierać oferta wykonawcy w świetle wymagań specyfikacji oraz wyjaśnień z 20 grudnia 2012 r.

Odwołujący HP Polska wskazuje, że wykonawca IT CULTURE nie występował z prośbą o wycenę usług wymaganych przez zamawiającego w specyfikacji do koncernu HP, a zatem cena oferty wykonawcy IT CULTURE nie uwzględnia wszystkich czynników cenotwórczych, nosi zatem ona znamiona ceny rażąco niskiej.

Wszystkie powyżej wskazane argumenty, w odniesieniu do ceny oferty wykonawcy IT CULTURE prowadzą do wniosku, że wykonawca ten w postępowaniu zaproponował

realizację przedmiotu zamówienia za cenę, którą należy uznać za nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a jednocześnie za cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych za realizację tego typu zamówień.

Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu powinien również kierować się koniecznością wyboru oferty wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Ma to szczególnie istotne znaczenie w odniesieniu do zamawiającego, który jako jednostka sektora finansów publicznych powinien dokonywać swoich wydatków, zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157 poz. 1240), który stanowi, że:

„Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań”.

W ocenie odwołującego wykonawcy IT CULTURE wycenił swoją ofertę na poziomie nie gwarantującym należytego wykonania zamówienia, co powoduje, że oferta wykonawcy IT CULTURE zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna być odrzucona. Wybór oferty wykonawcy IT CULTURE narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego, wykonawca IT CULTURE oferując cenę na wskazanym poziomie dopuścił się również czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co rodzi również obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca IT CULTURE zaniżając ceny w swojej ofercie w odniesieniu do sprzętu i oprogramowania HP dążył wyłącznie do uzyskania przewagi konkurencyjnej, co służyło dokonaniu wyboru oferty wykonawcy IT CULTURE narusza art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez [...] działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru [...] określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy”.

Odwołujący podziela poglądy piśmiennictwa (Marian Zdyb (red.) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, LEX 2011), które wskazuje: „Utrudniać dostęp do rynku to stwarzać przeszkody innym w prowadzeniu działalności gospodarczej na tymże rynku. Działanie to musi być dokonywane przez uczestniczących w obrocie przedsiębiorców w stosunku do innych, chociażby potencjalnych jego uczestników. Utrudnianie dostępu do rynku to szereg działań faktycznych lub prawnych, które mają wpłynąć na zwiększenie wolumenu sprzedaży u przedsiębiorcy”.

Działania wykonawcy IT CULTURE nie można uznać za zgodnych z prawem i dobrymi obyczajami. Służą one wyłącznie bezprawnemu uzyskaniu zamówienia publicznego oraz utrudnieniu odwołującemu dostępu do rynku w szczególności rynku zamówień publicznych.

Odwołujący podziela pogląd zawarty w poniższym orzecznictwie sądów powszechnych, zgodnie z którym: „Dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru dokonania czynu o takim charakterze. Wystarczy bezprawność działania, aby uznać że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy” – wyrok Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2004 r., sygn. III CK 15/04.

3. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy IT CULTURE i odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z aktualnym odpisem z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego wykonawca IT CULTURE reprezentowane jest przez komplementariusza IT CULTURE Sp. z o.o., tym samym w ofercie wykonawcy IT CULTURE powinna znaleźć się informacja z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu komplementariusza.

W złożonej ofercie nie została złożona aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dla Prezesa Zarządu IT CULTURE Sp. z o.o. K..... Ż....., która jest jedyną osobą wchodzącą w skład zarządu komplementariusza IT CULTURE. Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia powyższego dokumentu wykonawcę IT CULTURE, czym naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazuje, że zamawiający wymagał w specyfikacji wykazania przez wykonawców spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w następującym zakresie:

„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 (dwie) usługi wsparcia technicznego serwerów i sprzętu sieciowego (serwis gwarancyjny lub pogwarancyjny serwerów i serwis gwarancyjny lub pogwarancyjny sprzętu sieciowego) o wartości każdej z

usług, co najmniej 2 500 000 zł brutto (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych zero groszy) i świadczonej przez okres, co najmniej 6 miesięcy każda”.

Wykonawca IT CULTURE złożył wykaz zawierający 3 usługi, które w ocenie odwołującego nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w odniesieniu do usług wskazanych w wykazie powinien zwrócić się do wykonawcy IT CULTURE z prośbą o wyjaśnienie, jaka była wartość usług zrealizowanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert i czy wynosiła ona co najmniej 2 500 000 zł brutto, zgodnie z wymogami specyfikacji.

Należy bowiem wskazać, że wszystkie wskazane usługi w rubryce termin rozpoczęcia zawierają daty wcześniejsze niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert, więc zamawiający powinien tę okoliczność wyjaśnić.

Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w poniższym orzecznictwie KIO: „Nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, iż wystąpił do Wykonawcy dar System S.A. z prośbą o wyjaśnienie, w tym doprecyzowanie, jaka jest wartość ww. usługi w przedziale czasu, który podlega ocenie w zakresie warunku SIWZ. Tego rodzaju zachowanie Zamawiającego jest jak najbardziej zgodne z prawem i wręcz pożądane. Należy uznać, iż Zamawiający w niniejszej sytuacji jak najbardziej był uprawniony do żądania wyjaśnień i oczekiwania od Wykonawcy Clar System S.A. doprecyzowania wartości usługi w przedziale trzech lat wstecz od dnia składania ofert i w taki sposób postąpił” – wyrok KIO z 6 września 2011 r. sygn. akt KIO 1834/11. „Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. O istnieniu takiego obowiązku świadczy dobitnie użyte przez ustawodawcę pojęcie »wzywa«, gdyby ustawodawca jedynie nadał zamawiającemu prawo do wyjaśniania dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, to posłużyłby się pojęciem »może wezwać«. (...) Zamawiający powinien w ocenie Izby, korzystać z niego zarówno w sytuacji wątpliwości, co do złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, jak i w sytuacji, gdy sam takich wątpliwości nie ma, ale zwrócenie się o wyjaśnienia umożliwi usunięcie ewentualnego sporu pomiędzy stronami. Należy również podkreślić to, że zamawiający ma możliwość weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, w tym poprzez zwrócenie się do inwestora z prośbą o informacje, jednakże dla zapewnienia równego traktowania wykonawców powinien umożliwić odwołującemu ustosunkowanie się do uzyskanych informacji dotyczących złożonych przez odwołującego oświadczeń. W przeciwieństwie bowiem do możliwości zamawiającego zasięgania informacji u innych podmiotów procedura wyjaśnień dokumentów jest uregulowana w specyfikacji i należy do obowiązków zamawiającego” – wyrok KIO z 18 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 40/12.

Zamawiający zaniechał dokonania powyższej czynności, czym naruszył art. 26 ust. 4 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp, który powinien zostać zastosowany gdyby wyjaśnienia

wykonawcy IT CULTURE nie potwierdziły, że wskazane w wykazie usługi potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje więc, że przedmiotowy zarzut jest uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

W zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, że odwołanie jest w pełni zasadne, a zatem zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **30.04.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **30.04.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

30.04.2013 r. wykonawca COMP SA z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116, 02-678 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

02.05.2013 r. wykonawca IT CULTURE Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Pańska 98/52, 00-837 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1)** wycięcia odwołującego odnośnie oferty wykonawcy IT CULTURE i oferty odwołującego, **z których odwołujący wywodzi, że wykonawca IT CULTURE zaoferował zbyt niską cenę, aby wykonać zamówienie;**
- 2) (dowód nr 2)** kopię pisma Newsweek z **26.04.2013 r. gdzie na str. 24-26 zostało przedstawione, że Prezes IT CULTURE Pani K..... Ż..... była karana;**
- 3 i 4) (dowody nr 3 i 4) oświadczenia** odwołującego na okoliczność, że zgodnie ze wskazaniami zamawiającego wykonawca musi zapewnić wsparcie producenta, ale zgodnie z regulacjami koncernu HP nie jest możliwe zapewnienie takiego wsparcia bez wykupienia usługi serwisowej w HP, zaś oświadczenie nr 4 na okoliczność, że

HP Polska posiada autoryzację producenta sprzętu HP na świadczenie usług serwisowych dla sprzętu wskazanego przez odwołującego;

5 i 6) (dowody nr 6 i 7) oświadczenia HP, z których odwołujący wywodzi, że w systemie HP (światowe) brak jest wykazania, że IT CULTURE nie będzie mogło korzystać z tej oferty gdyż jest ona tylko dla HP ze względu na to, że tylko HP wystąpiło o tę ofertę, a z kolei Comp wystąpił do HP Polska i otrzymał ofertę;

7) (dowód nr 8) umowa licencyjna wskazująca, że IT CULTURE nie będzie mogła użyć oprogramowania kupionego z naruszenie zasad licencyjnych HP, a obecnie nie ma takich licencji IT CULTURE;

8) (dowód nr 9) tłumaczenie tekstu z płyty dostarczanej razem z software, że IT CULTURE nie będzie mogło odsprzedawać oprogramowania;

9) (dowód nr 10) mówi, że IT CULTURE nie jest autoryzowanym partnerem HP

i dowodu złożonego przez przystępującego IT CULTURE:

10) (dowód nr 5) „Oferta na wsparcie serwisowe oprogramowania HP” podmiotu S4E S.A. z siedzibą w Krakowie

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w związku z

art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez uznanie, że wykonawca IT CULTURE wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

W stosunku do zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy IT CULTURE odwołujący stwierdził, że prezes zarządu wykonawcy IT CULTURE, Pani K..... Ż..... była karana i usługi wskazane w wykazie usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie zostały wykonane w zakreślonym przez zamawiającego terminie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie ma prawa badać oferty pod kątem karalności członka zarządu komplementariusza. Stanowi o tym art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, który brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego«. W rozpoznawanej sprawie komplementariuszem w spółce komandytowej jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, która – będąc osobą prawną – nie może być skazana za wymienione przestępstwa. Przestępstwa te mogą popełnić przez osoby fizyczne. Dlatego art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może być zastosowany. Także bezprzedmiotowe jest żądanie złożenia zaświadczeń o niekaralności członków zarządu spółki będącej komplementariuszem. Również nie można rozciągać karalności komplementariusza na karalność członków organu zarządzającego takiego podmiotu. Podobnie wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 474/12 i 654/12.

Ponadto w stosunku do zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy IT CULTURE odwołujący stwierdził, że wskazane w wykazie usług prace nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Jednak zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący nie wziął pod uwagę pełnej treści § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przepis ten brzmi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów [...] wykazu wykonanych, a

w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na których rzecz dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie».

Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać wykazu wykonanych czyli zakończonych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert [Izba w rozpoznawanym zakresie nie bierze pod uwagę unormowania dotyczącego świadczeń okresowych lub ciągłych]. Natomiast odwołujący odczytywał, że zgodnie z tym przepisem zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców wykazywania doświadczenia na podstawie wykonanych i jednocześnie wykonywanych (a więc rozpoczętych i zakończonych) usług we wskazanym okresie.

Wobec powyższego zarzut – naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – nie może zostać uwzględniony przez skład orzekający Izby.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie, że wykonawca IT CULTURE nie podlega wykluczeniu, co powoduje, że jego oferta nie jest traktowana jak odrzucona – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 4 Pzp brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Odwołujący nie wykazał, o czym mowa wyżej, że zamawiający miał podstawy do wykluczenia wykonawcy IT CULTURE z postępowania, a tym bardziej odwołujący nie wykazał, że zamawiający miał podstawy do uznania oferty wykonawcy IT CULTURE za odrzuconą.

Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania przejawiające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy IT CULTURE do uzupełnienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dla członka zarządu wykonawcy IT CULTURE oraz wykazu usług w sytuacji gdy przedstawione wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie

potwierdziłyby, że wskazane w wykazie usług prace potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

Odwołujący nie wykazał, o czym wyżej, że wykonawca IT CULTURE nie spełnił warunków udziału w postępowaniu dokumentami pierwotnie załączonymi do oferty, a tym bardziej odwołujący nie wykazał, że zamawiający był obowiązany – zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp – wezwać wykonawcę do złożenia wskazanych dokumentów.

Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut zaniechania zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp, pomimo że pisma wskazane w wykazie usług wykonawcy IT CULTURE nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 26 ust. 4 Pzp brzmi »Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1«.

Odwołujący nie wykazał, o czym wyżej, że wykonawca IT CULTURE nie spełnił warunków udziału w postępowaniu dokumentami pierwotnie załączonymi do oferty, a tym bardziej odwołujący nie wykazał, że zamawiający był obowiązany – zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp – wezwać wykonawcę do złożenia wskazanych dokumentów.

Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 w związku z art. 38 ust. 1 Pzp przez zaniechanie oceny oferty wykonawcy IT CULTURE zgodnie z treścią

udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień stanowiących integralną treść specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że rozpoznając kwestie postawione przez odwołującego należy odnieść się nie tylko do przepisu art. 38 ust. 4 Pzp, ale także do przepisu art. 38 ust. 1 *in initio* Pzp.

Przepis art. 38 ust. 1 *in initio* Pzp brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie [...]«.

Przepis art. 38 ust. 4 Pzp brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przed upływem terminu składania ofert zamawiający może w stosunku do specyfikacji dokonać dwóch rodzajów działań: [1] wyjaśnień [art. 38 ust. 1 *in initio* Pzp] i [2] zmiany [art. 38 ust. 4 Pzp] – treści specyfikacji. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający dokonał tylko wyjaśnień treści specyfikacji, a więc treść specyfikacji nie uległa zmianie. Gdyby zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji musiałby powołując się na art. 38 ust. 4 Pzp stosować szczególne formuły. Jest to bogato opisane w literaturze, np. str. 90, 91, Emil Norek „Zamówienia publiczne. Wzory dokumentów” Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2005 r. czy str. 99-101, Ewa Marcjoniak „Zamówienia publiczne. Wzory pism i dokumentów”, Lex 2013 r.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie dokonywał zmiany specyfikacji, a jedynie dokonał wyjaśnień treści specyfikacji, a więc pozostawił w mocy całość specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na którą składają się postanowienia zawarte w dokumencie o tej nazwie, ale także wyjaśnienia zamawiającego udzielone przed upływem terminu składania ofert. Podczas dalszego procedowania zamawiający i wykonawcy muszą stosować się do uregulowań zawartych w tych dokumentach. Tak też odbyło się w rozpoznawanym postępowaniu i odwołujący nie wykazał, że zamawiający i wykonawca IT CULTURE nie stosowali się do wszystkich postanowień specyfikacji i wyjaśnień treści specyfikacji.

Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione uznanie wyjaśnień wykonawcy IT CULTURE z 22 kwietnia 2013 r. jako potwierdzających zgodność oferty wykonawcy IT CULTURE z wymogami postępowania

określonymi w specyfikacji oraz w wyjaśnieniach do specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«, zażądał 17 kwietnia 2013 r. wyjaśnień dotyczących treści oferty. W szczególności, zgodnie ze specyfikacją oraz odpowiedziami na pytania 74, 79, 88 i 92 zamawiający zażądał wyjaśnień dotyczących zaoferowania wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania objętych zamówieniem. Żądanie to zostało wystosowane bo w toku postępowania zamawiający uzyskał informacje, że wykonawca IT CULTURE nie posiada wymaganego wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania Helwett-Packard. Dalej zamawiający zastrzegł, że konsekwencją braku wsparcia byłoby odrzucenie oferty wykonawcy IT CULTURE. W związku z tym zamawiający zażądał wyjaśnień odnośnie posiadania tego wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania Helwett-Packard oraz informacji w jaki sposób to wsparcie zostało zapewnione i czy w ofercie wykonawca IT CULTURE uwzględnił wycenienie wsparcia również w zakresie nowych wersji, upgrade'ów, patche.

W wyznaczonym terminie wykonawca IT CULTURE udzielił wyjaśnień w wystarczającym zakresie odnośnie wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania Helwett-Packard oraz wykonawca IT CULTURE potwierdził spełnianie wymogów specyfikacji. Na podstawie tych wyjaśnień i całości dokumentacji, komisja przetargowa zamawiającego zaproponowała zamawiającemu wybór oferty wykonawcy IT CULTURE i tak też postąpił zamawiający.

Z tego względu skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuzasadnione uznanie, że zaoferowany przez wykonawcę IT CULTURE przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami opisanymi w specyfikacji i w konsekwencji nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący nie wykazał, że zamawiający uznał w sposób nieuzasadniony, że zaoferowany przez wykonawcę IT CULTURE przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami opisanymi w specyfikacji i w konsekwencji zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE. Wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – nie może zostać uwzględniony przez skład orzekający Izby.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieuzasadnione uznanie, że oferta wykonawcy IT CULTURE nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE i zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie wezwania wykonawcy IT CULTURE do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i w konsekwencji nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający podczas bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp. Przepis art. 86 ust. 3 Pzp brzmi »Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia«.

Następnie zamawiający, w wyznaczonym terminie, dokonał otwarcia ofert i podał ceny zawarte w tych ofertach. Okazało się, że cena oferty wykonawcy IT CULTURE była niższa o ok. 6% od wyceny szacunkowej zamawiającego i około 23% i 24% od pozostałych dwóch cen ofert (700 000, 900 000 i 920 000 zł).

Ocenienie czy w ofercie została zawarta rażąco niska cena należy do zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku zamawiający wziął przede wszystkim pod uwagę swoje oszacowanie dokonane przed terminem otwarcia ofert (około 6%) oraz rozbieżność między cenami ofert (około 25%). Te różnice nie nasunęły zamawiającemu wątpliwości, że wykonawca IT CULTURE zaoferował rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, że obecnie obowiązujące przepisy obligują zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniania wysokości ceny przy takiej różnicy cen i oszacowaniu wartości zamówienia przez zamawiającego, jakie miały miejsce w rozpoznawanym postępowaniu, oraz odwołujący nie wykazał, że zamawiającemu musi nasunąć się wątpliwość odnośnie zastosowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę IT CULTURE.

Wobec powyższego zamawiający nie był zobligowany do wszczęcia procedury wyjaśniania zastosowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę IT CULTURE i zamawiający mógł wybrać ofertę tego wykonawcy, jako najkorzystniejszą, bez przeprowadzania dodatkowych czynności, o których mowa w art. 90 Pzp. Przepisy art. 90 ust. 1-3 Pzp brzmią: »1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. 2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla

wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia».

Ponadto zamawiający bez stwierdzenia zastosowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny nie może odrzucić oferty takiego wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE i zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wobec tego zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 1 – nie mogą zostać uwzględnione.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«.

Odwołujący uzasadnił swój zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji zaoferowaniem przez wykonawcę IT CULTURE realizacji cyt. »przedmiotu zamówienia za cenę, którą należy uznać za nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a jednocześnie za cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych za realizację tego typu zamówień«. Jednocześnie odwołujący nie wykazał, że cena ofertowa wykonawcy IT CULTURE nierealistyczności tej ceny ani znaczącego odbiegania od cen przyjętych za realizację tego typu zamówień.

Wobec tego zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 1 – nie mogą zostać uwzględnione.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy IT CULTURE, która to oferta została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wskazanego przez odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie stosuje się w trybie przetargu nieograniczonego, w którym jest prowadzone rozpoznawane postępowanie. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, którą złożył wykonawca wykluczony z udziału w postępowaniu.

W trybie przetargu nieograniczonego oferty składają wszyscy zainteresowani wykonawcy i dopiero potem, w trakcie procedowania, zamawiający ocenia spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów stanowiących część oferty. Wynika to przede wszystkim z art. 39 Pzp, który brzmi »Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy«.

Natomiast np. w trybie przetargu ograniczonego zamawiający najpierw bada wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do tego. Wynika to przede wszystkim z art. 47 Pzp, który brzmi »Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert«. Ponadto zgodnie z art. 51 ust. 2 zdanie drugie Pzp wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 51 ust. 2 zdanie drugie Pzp brzmi »Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia«.

W trybie przetargu nieograniczonego stosuje się wyżej przytaczany art. 24 ust. 4 Pzp, którego naruszenie też było rozpoznawane przez skład orzekający Izby i także ten zarzut nie został uwzględniony. W związku z tym skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który nie ma zastosowania do rozpoznawanego postępowania.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez nieuzasadniony wybór oferty wykonawcy IT CULTURE jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego HP Polska jako najkorzystniejszej w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, jak to zostało wykazane wyżej, nie miał powodu do wykluczenia wykonawcy IT CULTURE ani odrzucenia oferty tego wykonawcy. W związku z tym zamawiający miał obowiązek dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w

specyfikacji. Wobec powyższego skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy IT CULTURE niezgodnie z przepisami Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy art. 7 ust. 1 i 3 Pzp brzmią »(1) Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. (3) Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Odwołujący nie wykazał naruszenia tych przepisów przez zamawiającego. Wprost przeciwnie – z rozpoznania całego postępowania i analizy wszystkich, pozostałych zarzutów postawionych przez odwołującego wynika, że zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego i uczestnika postępowania IT CULTURE. Jednak były to tylko oświadczenia podmiotów składających te dowody, gdyż przede wszystkim do żadnego z dowodów nie został dołączony dokument, z którego wynikałoby uprawnienie do reprezentowania danego podmiotu, z wyjątkiem oświadczeń samego odwołującego, do których Izba dysponuje odpowiednimi dokumentami stwierdzającymi umocowanie do reprezentowanie samego odwołującego.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....