

Sygn. akt: KIO/UZP 1038/09

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Ewa Jankowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego, 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 47** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, 00-911 Warszawa, ul. Nowowiejska 26A** protestu z dnia 8 lipca 2009 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego "DEMAR-BIS" Tomasz Dewódzki, 34-400 Nowy Targ, ul. Ludźmierska 29** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego, 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 47

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnię Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego, 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 47,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego, 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 47.**

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

Zamawiający Minister Obrony narodowej, w którego imieniu działa Agencja Mienia Wojskowego w Warszawie, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest dostawa trzewików górskich, numer postępowania 30/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2009. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 3 196 721,31 zł (równowartość 824 513,50 euro).

02.05.2009 r. ukazało się ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym UE nr 2009/S 84-121031.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej Pzp.

02.06.2009 r. wykonawcy złożyli 4 oferty.

03.07.2009 r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Demar-Bis Tomasz Dewódzki Nowy Targ. Zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy ani nie odrzucił żadnej oferty.

08.07.2009 r. wykonawca Spółdzielnia Pracy Wyrobów Skórzanych im. Jana Kilińskiego Gdynia złożył protest na:

- l) zaniechanie wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w sytuacji złożenia przez wykonawcę dokumentów błędnych;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Demar-Bis na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy (...).

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 1 i 2, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Protestujący zażądał odrzucenia oferty wykonawcy Demar-Bis i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

10.07.2009 r. wykonawca Demar zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

15.07.2009 r. zamawiający oddalił protest.

Odnosząc się do zarzutu, iż referencje nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, zamawiający stwierdza, że w rozdziale V specyfikacji został zawarty warunek, cyt.: „(...) W postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, w szczególności w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują) dostawy trzewików o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 2 730 000,00 PLN, w tym nie mniej niż 50% wymaganej wartości stanowiły trzewiki montowane systemem bezpośredniego wtrysku podeszew dwuwarstwowych oraz wyposażone w membranę paroprzepuszczalną.”.

Zamawiający żądał, aby wykonawca w ww. wykazie cyt. "(...) ujawnił wartości, przedmioty, daty wykonania dostaw i odbiorców tych dostaw oraz załączył dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie (...).”.

Wykonawca "DEMAR-BIS" w wykazie dostaw załączonym do złożonej oferty wykazał dostawy, cyt.: „(...) trzewików montowanych systemem bezpośredniego wtrysku podeszew dwuwarstwowych oraz wyposażonych w membranę paroprzepuszczalną (...)”, a na potwierdzenie należytego wykonania dostaw przedstawił referencje wystawione przez AMW, czyli zamawiającego – tym samym spełnił wymagania określone przez zamawiającego w specyfikacji.

Przedstawione na potwierdzenie ww. warunku trzewiki letnie, spełniają wymogi określone przez zamawiającego, gdyż są montowane systemem bezpośredniego wtrysku podeszew dwuwarstwowych oraz są wyposażone w membranę paroprzepuszczalną. Opis ich montażu jest dostępny na stronie internetowej AMW i znajduje się w WDTT nr 926/MON.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane określa, iż: „(...) W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: „(...) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również: wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dni wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie (...)”.

O tym, że błędne jest przeświadczenie protestującego, co do treści zawartej w referencji, świadczą liczne wyroki Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 386/08, 390/08, 270/08, UZP/ZO/0-137/07, UZP/ZO/0-62/07).

Podobne stanowisko, wynikające z licznych wyroków ZA i KIO przedstawia artykuł Marka Zuki w "Rzeczpospolitej" z dnia 18.10.2005 r.: „[...] referencje mają tylko potwierdzać należyte wykonanie usług. I nic poza tym.”. Mając na uwadze powyższe informacje i wyroki – podniesiony zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp należy uznać za bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej załączonego do oferty złożonej przez wykonawcę "DEMAR-BIS", zamawiający nie znajduje uzasadnienia do ich uwzględnienia. Zarzuty protestującego dotyczące braku upoważnienia osoby poświadczającej aktualność zaświadczenia nie zostały udowodnione.

W opinii zamawiającego w proteście w sposób nieuprawniony dokonano połączenia dwóch czynności, tj. obowiązku ustawowego dotyczącego dokonania wpisu do ewidencji z wydaniem potwierdzenia figurowania w tej ewidencji przez urzędnika. Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej w art. 7b precyzuje: „1. Wójt, burmistrz albo prezydent miasta [...] dokonuje wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. [...] 3. Organ ewidencyjny doręcza z urzędu przedsiębiorcy zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, nie później niż w terminie 14 dni od dnia zgłoszenia”. Natomiast wydanie zaświadczenia potwierdzającego dane z ww. ewidencji następuje w terminie 7 dni i dokonywane jest w urzędzie miasta.

Kwestionowanie uprawnień inspektora podpisującej fakt figurowania wykonawcy "DEMAR-BIS" w ewidencji działalności gospodarczej wydaje się być nieuprawnione w świetle informacji jakie można bez trudu uzyskać w Urzędzie Miasta Częstochowa. Wynika z nich niezbicie, że zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności można uzyskać w Biurze

Obsługi Interesanta. Do wydawania ww. zaświadczeń jest uprawnionych 6 urzędników. w tym Pani Inspektor mgr inż. Halina Wolińska.

W związku z powyższym zarzuty przedstawione w proteście należy uznać za niesłuszne.

Zamawiający stwierdza, że zarzut podniesiony w proteście, a odnoszący się do naruszenia art. 90 ust 2 i 3 Pzp jest niezrozumiały. Złożone przez wykonawcę "DEMAR-BIS" wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sposób wyczerpujący i jednoznaczny wskazuje, że zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska. Ocena protestującego w tym zakresie jest subiektywna i nie oddaje rzeczywistego stanu rzeczy. W związku z tym zamawiający protest oddala.

Zdaniem zamawiającego załączone przez wykonawcę „DEMAR-BIS” do oferty dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu pozwalają stwierdzić, że ww. wykonawca wykazał się wymaganymi przez zamawiającego dostawami i spełnia warunek określony w specyfikacji. Również wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny w ocenie zamawiającego nie budzą żadnych wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez wykonawcę "DEMAR-BIS" ceny.

Ponadto zamawiający zaznaczył, że niezrozumiałe jest protestowanie na postanowienia ogłoszenia i specyfikacji po terminie składania ofert (art. 180 ust. 3 Pzp), wskazywanie naruszenia art. 26 ust. 1 i 2 Pzp (dotyczą one innych kwot wartości zamówień) oraz brak wypełnienia wymogów art. 180 ust. 8 Pzp przez niewskazanie okoliczności prawnych uzasadniających protest w części dotyczącej zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej.

Zamawiający podkreślił, że protest został wniesiony po terminie otwarcia ofert i po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, w związku z czym mógł zostać odrzucony na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp.

Ponieważ jednak zarzuty podniesione w nim odnoszą się do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający rozstrzygnął protest i postanowił go oddalić uznając, że nie można pozbawić protestującego informacji na temat niezasadności podniesionych zarzutów.

21.07.2009 r. wykonawca Spółdzielnia im. Jana Kilińskiego złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu i zarzucił rozstrzygnięciu:

- 1) nie ustosunkowanie się merytoryczne do podniesionych w proteście zarzutów;
- 2) naruszenie zasad udzielania zamówień określonych w przepisie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 oraz art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy DEMAR-BIS na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z regułami art. 82-95 Pzp (rozdział 4 Pzp);

Ponadto odwołujący wnosi o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się merytorycznie do podniesionych zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 art. 26 ust. 3 oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Zamawiający badając złożone oferty bardzo dokładnie badał treść złożonych dokumentów, w przypadku najdrobniejszych uwag np. w stosunku co do referencji wzywał wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, ale w stosunku do oferty wykonawca "DEMAR-BIS" nie zastosował tej reguły przez co naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Referencje dołączone do oferty złożonej przez wykonawcę „DEMAR-BIS” nie zawierały takich jednoznacznych informacji jakich zamawiający wymagał w specyfikacji. Dlaczego wykonawcy nie wezwano do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów zamawiający wyjaśnił w rozstrzygnięciu protestu – referencje zostały wystawie przez samego zamawiającego i odpowiadają jego wymaganiom. Zamawiający przytacza orzecznictwo oraz publikacje dowodzące min., że referencje nie muszą zawierać informacji zawartych w wykazie, ale to nie jest przedmiotem sporu, a zachowanie się zamawiającego – od jednego wykonawcy żąda uzupełnia dokumentów ponieważ referencje nie są precyzyjne, a od innego nie – i właśnie takie działanie zdaniem odwołującego narusza podstawą zasadę udzielania zamówień publicznych: równego traktowania wykonawców.

Zamawiający podobnie jak w stosunku do referencji postąpił z zaświadczeniem o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Wykonawca "DEMAR-BIS" złożył zaświadczenie wystawione 25.01.2007 r. – data wystawienia świadczy bezspornie o nieaktualności dokumentu. Zdaniem zamawiającego uaktualnienie zaświadczenia przez urzędnika jest tożsame z zaświadczeniem aktualnym. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazało, że za aktualne będzie takie, które nie zostało wystawione wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Rozporządzenie definiuje również sam dokument jest to aktualne zaświadczenie, a nie zaktualizowane przez urzędnika. Zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej jako dokument ewidencyjny musi być wystawione przez organ do tego uprawniony, a nie przez urzędnika, o uprawnieniach urzędnika mogącego działać jako organ świadczy pieczęć o treści "Z upoważnienia Prezydenta Miasta". Należy również zwrócić uwagę, że samo aktualizowanie dokumentu przez osoby do tego nieuprawnione jest naruszeniem prawa.

Odwołujący ma świadomość, że zarówno referencje jak i wpis do ewidencji działalności gospodarczej mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ale sam sposób oceny dokumentów dowodzi nierównego taktowania wykonawców. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie

pozostawia zamawiającemu swobody, a nakłada na niego obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, a samo działanie wykonawców na wezwanie może rodzić dla nich skutki wynikające np. z przepisu art. 46 ust. 4a Pzp. Tym samym swobodna i dowolna ocena dokumentów powoduje nie tylko naruszenia art. 7 ust. 1 ale również art. 26 ust. 3 Pzp.

Najpoważniejszy zarzut odwołującego dotyczył uznania wyjaśnień wykonawcy "DEMAR-BIS" pod względem złożenia oferty z rażąco niską ceną. Odwołujący uważa, argumentację wskazaną w rozstrzygnięciu protestu za tendencyjną i potwierdzającą naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę czynniki wymienione w art. 92 ust. 2 Pzp oraz dowody. Wykonawca "DEMAR-BIS" nie wskazał na żaden czynnik wskazany w ustawie i nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swoich tez. Zamawiający zapomniał o regulacji art. 6 Kc „Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne” i uznał, że lakoniczne wyjaśnienia są wystarczające. Oznacza to, że obowiązek udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy nie w formie oświadczenia, a w formie konkretnych dokumentów. Nie oznacza to, że zamawiający nie może dokonać oceny odmiennej niż wykonawca i uznać że dołączone do wyjaśnień dowody potwierdzają, że cena jest rażąco niska. Jednak nie złożenie przez wykonawcę żadnego dowodu na potwierdzenie swoich tez nie może zostać uznane za wyjaśnienie potwierdzające, że cena nie jest rażąco niska.

30.07.2009 r. wykonawca Demar zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność stawianych zarzutów.

I. W zakresie zarzutu złożenia referencji cyt: „wyłącznie na trzewiki letnie a nie tak jak wymagał tego zamawiający w specyfikacji na trzewiki montowane systemem bezpośredniego wtrysku podeszew dwuwarstwowych oraz wyposażonych w membranę paroprzepuszczalną”. Zgłaszający nie zgadza się z taką argumentacją i stwierdza, że mija się ona z prawdą.

Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą cyt: „wykazu dostaw trzewików o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 2 730 000,00 PLN, w tym nie mniej niż 50% wymaganej wartości stanowiły trzewiki montowane systemem bezpośredniego wtrysku podeszew dwuwarstwowych oraz wyposażone w membranę paroprzepuszczalną...”. Na potwierdzenie powyższego przystępujący załączył do oferty wykaz dostaw na trzewiki letnie montowane systemem bezpośredniego wtrysku podeszew dwuwarstwowych, wyposażone w membranę paroprzepuszczalną, na łączną wartość 7 331 956,00 PLN brutto wraz z dokumentami

potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Przystępujący bezdyskusyjnie wypełnił ten warunek udziału w postępowaniu. Całkowicie niezrozumiałym dla przystępującego jest fakt, że odwołujący podnosi ten zarzut zważywszy, że będąc profesjonalistą w branży i producentem trzewików letnich doskonale zna system montażu trzewików letnich.

Zdziwienie przystępującego budzi stwierdzenie odwołującego, że zamawiający winien zwrócić się do przystępującego o wyjaśnienia przedmiotowego wykazu dostaw i referencji. Odbiorcą zawartych w wykazie dostaw trzewików letnich był zamawiający i on wystawiał referencje potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Zamawiający – jako jednocześnie odbiorca trzewików letnich – doskonale wie jakim systemem są one montowane.

Jeśli odwołujący jednak ma jakieś wątpliwości co do technologii wytwarzania trzewików letnich, przystępujący odsyła go do lektury Dokumentacji Techniczno-Technologicznej nr 926/MON, która w sposób wyczerpujący opisuje powyższe. Przedmiotowa dokumentacja jest dokumentem ogólnodostępnym i zapewne znajduje się również w posiadaniu odwołującego.

II. W zakresie zarzutu złożenia nieaktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej przystępujący stwierdza, że zarzut ten jest całkowicie chybiony i niezgodny z prawdą. Przystępujący załączył do oferty zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, którego aktualność została potwierdzona w dniu 15.01.2009 r. przez organ wydający ten dokument. Od przedmiotowej czynności, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa została pobrana opłata skarbową. Przedmiotowy dokument, zgodnie z postanowieniami specyfikacji został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że termin składania ofert upływał w dniu 02.06.2009 r., a dokument ten zgodnie z rozporządzeniem ważny jest 6 miesięcy jest on złożony w prawidłowej formie.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przystępujący zauważa, że odwołujący nie podał żadnych konkretnych dowodów na potwierdzenie powyższego. Odwołujący oparł swoją argumentację na stwierdzeniach, że wyjaśnienia przystępującego są cyt.: „lakońskie” i „mało konkretne”. Przystępujący stwierdza, że zarzut jest całkowicie bezpodstawny i uznaje go jedynie za przejaw zwykłej złośliwości ze strony odwołującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania i po przeanalizowaniu złożonych dowodów, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut – naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp ze względu na nie wezwanie do uzupełnienia dokumentu zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej oraz dokumentu referencji oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp ze względu na nierówne traktowanie wykonawców przez zastosowanie innego sposobu oceniania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu – nie może być uznany za słuszny.

Zamawiający zaniechał żądania wyjaśnień dotyczących referencji, gdyż w pkt 6 ppkt 6 na stronie 3 specyfikacji zamieścił postanowienie, że referencje mają potwierdzać należyte wykonanie dostawy, a jaka jest ta dostawa miał pokazać wykonawca w wykazie sporządzonym przez siebie na formularzu zgodnym z załącznikiem nr 4 do specyfikacji. Właściwy dokument znalazł się w ofercie przystępującego.

Jak stwierdził zamawiający dokumenty przedstawione przez odwołującego pokazywały inny okres niż wymagany w specyfikacji, dlatego zamawiający zażądał wyjaśnień i uzupełnień oferty od odwołującego. Natomiast w referencjach przystępującego było zamieszczone odwołanie do konkretnej umowy i sam zamawiający miał tę umowę – umowa nr 49, którą zamawiający złożył do akt.

Zamawiający uznał referencje – wystawione przez samego zamawiającego – za wystarczające, mimo iż zdaniem odwołującego nie zawierały one wszystkich informacji odnośnie wykonanej dostawy, jakich żądał zamawiający w specyfikacji.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że wykonawca ma obowiązek przedstawić wszystkie dane w sporządzonym przez siebie wykazie i dane te muszą obejmować wszystkie informacje określone w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Dane te odnoszą się do cyt. „wykazu wykonanych [...] dostaw [...] w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia [...] odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców [...]”. Natomiast do tego wykazu należy dołączyć jedynie dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należyście i nie można wymagać, aby te dołączane dokumenty musiały zawierać inne, obszerniejsze informacje. Wynika to z dalszej części przepisu § 1 ust. 2 pkt 2 wyżej cytowanego rozporządzenia, cyt. „oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należyście”.

Dlatego zarzut, że w samych referencjach nie znalazły się obszerniejsze informacje niż wymagane w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane należy uznać za niewłaściwy i zamawiający nie miał powodu żądania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, szczególnie, że to sam zamawiający wystawiał dokument o należyтым wykonaniu zamówienia i dysponował nawet dodatkowymi informacjami, z których wynikało, że zamówienie zostało wykonane należycie.

Podobnie zarzut zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp i zażądania od przystępującego uzupełnienia dokumentu zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej – nie może być uznany za słuszny.

Przystępujący złożył zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej w formie zaświadczenia z 25.01.2007 r. z adnotacją cyt. „Potwierdzam aktualność zaświadczenia na dzień 15. STY.2009 Inspektor mgr inż. Halina Wolińska”.

Odwołujący nie dowiódł, że dokument ten został wydany przez osobę nieuprawnioną, ani że dokument ten ma braki uniemożliwiające stwierdzenie, że protestujący złożył aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, jak wynika to z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W związku z brakiem ujednoczonych wymagań odnośnie zaświadczeń o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej dokumenty te w praktyce samorządów mogą przybierać różne formy. Jednak zaprezentowany przez przystępującego dokument zawiera wszystkie istotne dane, które powinny znaleźć się w takim zaświadczeniu. Ponadto odwołujący nie dowiódł ani nie przytoczył okoliczności, na podstawie których mogłyby powstać wątpliwości co do prawdziwości dokumentu, a więc zamawiający nie miał żadnych podstaw żądania uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp ani żądania oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu na podstawie § 4 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia.

W związku z tym również ten zarzut w ocenie składu orzekającego Izby nie może zostać uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby trzeciego zarzutu – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny – nie można uznać za słuszny.

Zamawiający stwierdził, że wystosował te żądania do dwóch najtańszych oferentów ze względu na dużą różnicę między tymi dwoma cenami a cenami pozostałych oferentów. Otrzymane wyjaśnienia wskazały podobne elementy i oba wyjaśnienia Zamawiający uznał za satysfakcjonujące, a więc nie nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania

wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, a wprost przeciwnie – zdaniem składu orzekającego Izby – zamawiający potraktował oby wykonawców jednakowo.

Skład orzekający Izby stwierdza, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2009 r. (sygn. akt 867/09), cyt. „Wyznacznikiem rażąco niskiej ceny nie może być wyłącznie wartość zamówienia z VAT (por. wyrok ZA sygn. akt. UZP/ZO/0-210/07) określona przez zamawiającego, ponieważ nie zawsze odnosi się do rzeczywistej ceny przedmiotu zamówienia. Przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych (konkurencyjnych) podobnych zamówień wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług, dostaw lub robót budowlanych. Na podstawie znanych orzeczeń można przyjąć, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- 1) wartość zamówienia ustalona należycie przez zamawiającego i powiększona o VAT;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

W sytuacji uzasadnionych wątpliwości, co do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się z prośbą o wyjaśnienia. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy [...] o wyjaśnienie złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia przystępującego odnośnie zastosowania rażąco niskiej ceny są wystarczające, co jest prerogatywą zamawiającego.

Okoliczność, że ceny zaproponowane w ofercie przez wykonawcę są niższe od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego nie świadczy o rażąco niskiej cenie oferty. Cena niższa niż wartość szacunkowa zamówienia może wyłącznie skutkować wszczęciem przez zamawiającego postępowania w trybie art. 90 Pzp, nie stanowi natomiast przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepisy ustawy nie definiują pojęcia „rażąco niska cena”. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną.”.

Skład orzekający Izby podkreśla, że w art. 90 ust. 2 Pzp figuruje otwarta lista czynników, jakie może wziąć pod uwagę zamawiający przy ocenie wyjaśnień zastosowania niskiej ceny przez wyjaśniającego. Wynika to z zastosowanego w przepisie wyrażenia „w szczególności”. Dlatego w wyjaśnieniach nie muszą znajdować się wszystkie elementy wskazane w przepisie, a także w odpowiedzi mogą znaleźć się inne elementy.

W związku z powstałą sytuacją gospodarczą ceny na rynku mogły ulec obniżeniu i dlatego branie pod uwagę wyłącznie cen ofertowych we wcześniejszych postępowaniach nie może być jedynym dowodem na zastosowanie rażąco niskiej ceny. Szczególnie w

porównaniu do ceny odwołującego, które to ceny są od siebie tylko różne o kilka procent, a więc nie mogą być wybiórczo uznane za rażąco niskie, w przypadku gdy jedna z nich (cena zaoferowana przez odwołującego) nie została uznana za rażąco niską.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut niewłaściwej oceny wyjaśnień odnośnie zastosowania rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, nie może zostać uwzględniony.

W zakresie przedstawionych dowodów, skład orzekający Izby stwierdza, że nie miały one wpływu na orzeczenie, gdyż odnosiły się do innych postępowań – (1) wzór zaświadczenia o wpisie do ewidencji wydane przez Prezydenta m.st. Warszawy, (2) druk ZP-12 w postępowaniu nr D/108/09/2008 – złożone przez odwołującego i (3) umowa nr U/49/M/MON/ZZŚM/PN/ZO/2008 z 07.07.2008 r. – złożona przez zamawiającego.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut niewłaściwego oceny wyjaśnień wykonawcy odnośnie zastosowania rażąco niskiej ceny nie może uwzględniony.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby uznał, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 i 2 nie znalazł potwierdzenia.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*