**Sygn. akt KIO 1210/11**
**Sygn. akt KIO 1225/11**

**WYROK**
**z dnia 24 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**
**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 8 czerwca 2011 r. przez **wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie,**
B. w dniu 9 czerwca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASSECO Poland S.A. w Rzeszowie, Comparex Poland Sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie,**
przy udziale:

A. **wykonawcy Betacom S.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1210/11 po stronie odwołującego,
B. **wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1225/11 po stronie odwołującego,
C. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comtegra Sp. z o.o. w Warszawie i Ventus Communications Sp. z o.o. w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1210/11 i sygn. akt KIO 1225/11 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**



---

2. Kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji w Warszawie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:
      A. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie,
      B. ASSECO Poland S.A. w Rzeszowie, Comparex Poland Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań,
   2.2. zasądza od Komendy Głównej Policji w Warszawie kwotę **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

   w tym:
      A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
      B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASSECO Poland S.A. w Rzeszowie, Comparex Poland Sp. z o.o. w Warszawie stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: ……**

**KIO 2110/11**
**KIO 2125/11**

**Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „Usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu systemów CW PK SIS+ oraz KSI", w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Postępowanie dotyczy zamówienia o wartości przekraczającej progi unijne.
W postępowaniu złożyło oferty 5 wykonawców, w tym obaj odwołujący oraz uczestnicy postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego i zamawiającego. W związku z zaproszeniem wykonawców do aukcji elektronicznej, dwaj wykonawcy wnieśli odwołania od czynności oceny ofert.

**A. Odwołujący Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. – sygn. akt KIO 1210/11.**
Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą", polegające na:

a) przyjęciu za ważną ofertę złożoną w postępowaniu przez Konsorcjum: Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwane w skrócie „Konsorcjum", pomimo jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną w skrócie siwz;
b) nieodrzuceniu oferty pomimo niezgodności z siwz;
c) niewykluczeniu Konsorcjum z postępowania;
d) dopuszczeniu Konsorcjum do udziału w akcji elektronicznej, pomimo nieważności oferty i konieczności jej odrzucenia.

Uznał, że czynności i zaniechania zamawiającego stanowią naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91b. ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.
Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności oceny oferty Konsorcjum, ponowne dokonanie jej oceny i w wyniku oceny wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią siwz.
Uzasadnił interes we wniesieniu odwołania.
W uzasadnieniu odwołania podał.
Do aukcji zostali zaproszeni wszyscy wykonawcy. Z treści informacji z otwarcia ofert, zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego wynika, że do dalszego postępowania została zakwalifikowana oferta Konsorcjum z najniższą ceną w kwocie 3.690.000 zł.



Oferta odwołującego zajmowała IV. pozycję w rankingu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i w jedynym kryterium oceny ofert (cena oferty brutto) otrzymała 62,50 pkt.
Powyższe oznaczało, iż na miejscu od pierwszego do trzeciego znajdują się trzy oferty zawierające cenę niższą od zaproponowanej przez odwołującego, w tym m.in. oferta Konsorcjum z ceną zaproponowaną jako najniższą w postępowaniu.
W związku z wątpliwościami co do prawdziwości, poprawności i zgodności oferty z treścią siwz, w zakresie referencji, tj. pkt 2, w której Konsorcjum wskazało, że posiada doświadczenia w zakresie „Rekonfiguracji oraz Świadczenia usług serwisowych serwerów IBM Power 6 - równoważnych HP Intergrity", odwołujący dokonał wglądu w treść odpowiedzi Konsorcjum z dnia 17.05.2011 r. pn. Wyjaśnienia dotyczące złożonej oferty - na wniosek Zamawiającego z dnia 13.06.2011 r., - i ustalił, że Konsorcjum uzupełniło ww. referencję poprzez dodanie do niej wyjaśnienia że „obejmuje przedstawioną usługą 2 serwery".
Zarzut naruszenia warunków siwz: oferta Konsorcjum, narusza warunki określone w siwz. Zgodnie z pkt VI.2) lit. b) siwz, zamawiający wymagał, aby o udzielenie zamówienia ubiegali się wykonawcy, którzy spełniają warunki m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie - co najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu co najmniej 2 serwerów HP Intergrity rx xxxx lub równoważnych wchodzących w skład jednego systemu informatycznego.

Konsorcjum nie wykazało spełniania ww. warunku - nawet po jej uzupełnieniu na wezwanie zmawiającego.
Jak wynika z oferty, nie jest spełniony warunek, że świadczenia usług serwisowych dla 2 serwerów dotyczyło 2 serwerów HP Intergrity rx xxxx lub równoważnych - wchodzących w skład jednego systemu informatycznego, co było wymaganiem zamawiającego zawartym w siwz. Konsorcjum ani w ofercie, ani w jej uzupełnieniu nie wykazało, że świadczona usługa serwisowa obejmowała 2 serwery wchodzące w skład jednego systemu informatycznego. Z treści oferty i wyjaśnień Konsorcjum wynika, że usługa była świadczona do 2 serwerów osobnych, tj. nie wchodzących w skład jednego systemu informatycznego.
Dodatkowo wskazał odwołujący, że ww. wymaganie zamawiającego nie dotyczyło usługi „rekonfiguracji" wykonywanej łącznie z usług serwisową, jak to przedstawiono w ofercie i dodatkowym wyjaśnieniu Konsorcjum, a zatem w tej mierze oferta jest również niezgodna z siwz.

Z treści pkt VI.2) lit. a) - lit. c) wyraźnie wynika, że zamawiający oczekiwał, aby usługi związane z serwisowaniem wskazach w tych postanowieniach serwerów i urządzeń aktywnych sieci - wchodziły w skład jednego systemu informatycznego.



---

Odrzucenie oferty i wykluczenie Konsorcjum z postępowania.
Odwołujący powołał się na treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz. Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty niezgodnej z siwz, o ile treści niezgodności nie da się poprawić jako innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z siwz, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.
Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki, zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, do odrzucenia oferty.
Stosownie do przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, zamawiający winien wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Zatem, w związku z ww. wskazanymi wadami oferty Konsorcjum, zamawiający był zobligowany do wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenie jego oferty, w związku z tym że ww. wymaganie zawarte w pkt VI.2) lit. b) siwz nie zostało spełnione, tym samym naruszało warunki udziału w postępowaniu.
Podniósł, że zaniechanie odrzucenia oferty i zaproszenie Konsorcjum do udziału w aukcji elektronicznej, stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy - zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Wskazał, że oferta Konsorcjum zawiera błędy, których zamawiający nie może poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i na obecnym etapie postępowania nie może ich także usunąć, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy.
Podniósł, iż w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, umowa w sprawie zamówienia, jaką zawrze zamawiający, będzie nieważna z mocy prawa (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy - przepis w brzmieniu sprzed nowelizacji).
Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z art. 91a. ust. 1 ustawy: Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (...), zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu (...); zaś zgodnie z 91b. ust. 1 ustawy: zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.
Mając na uwadze postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej w warunkach uczciwej konkurencji, stwierdził, że jego zdaniem, konkurencja będzie zaburzona w sytuacji, w której musiałby konkurować z ofertami, które pełnią swoistą rolę w tej aukcji: powodują, iż inni



---

wykonawcy będą musieli uwzględniać położenie swojej oferty, z uwzględnieniem oferty, która i tak będzie skutecznie odrzucona.

**B.Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ASSECO Poland S.A. w Rzeszowie i Comparex Poland Sp. z o.o. – sygn. akt KIO 1225/11.**

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów, w szczególności: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3, art. 91b. ust. 1 ustawy oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanych w skrócie „Konsorcjum Comtegra") oraz odrzucenia ich oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji,
2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3) wykluczenia z postępowania Konsorcjum Comtegra i odrzucenia oferty,
ewentualnie
4) wezwania Konsorcjum Comtegra do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
5) wezwania Konsorcjum Comtegra do złożenia wyjaśnień i/lub wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
W uzasadnieniu odwołania podał.
Z zaproszenia do udziału w aukcji wynika, iż po ocenie ofert odwołujący zajął 2 miejsce w rankingu ofert. Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez Konsorcjum Comtegra. Zgodnie z treścią art. 91b. ust. 1 ustawy, zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, co oznacza, iż zamawiający dokonuje badania i oceny ofert na etapie przed aukcją elektroniczną i od daty uzyskania informacji o zaproszeniu biegnie termin na wniesienie odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert.
Wykazał istnienie interesu uzasadniającego wniesienie odwołania.

Rażąco niska cena,
1. Podał, że z protokołu postępowania wynika, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 6.507.222 zł. Średnia cen pozostałych ofert wynosi



5.644.056,41 zł. Konsorcjum Comtegra zaoferowało kwotę 3.690.000 zł, tj. cenę niższą od szacowanej wartości przedmiotu zamówienia o ponad 43%. Cena zaoferowana przez Konsorcjum Comtegra odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia, ale także średniej cen ofert pozostałych wykonawców o ponad 25%. Okoliczność ta powoduje, iż zamawiający winien, co najmniej zażądać od wykonawcy udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, a następnie, po stwierdzeniu, iż cena oferty jest rażąco niska, odrzucić ofertę tego wykonawcy. Wskazał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 14 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 790/08, gdzie cena kwestionowanej oferty stanowiła zaledwie 47 % wartości zamówienia, co powinno obligować zamawiającego do sprawdzenia z własnej inicjatywy, czy na skutek żądania odwołującego, zarzutu rażąco niskiej ceny.
2. Omówił czynności zamawiającego wynikające z art. 90 ustawy, tj.
a) wezwania do złożenia wyjaśnień,
b) oceny złożonych wyjaśnień,
c) odrzucenia oferty 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.
Powołał się na doktrynę w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednocześnie wskazał, iż zaoferowanie rażąco niskiej ceny można zakwalifikować także jako czyn nieuczciwej konkurencji, który stanowi oddzielną przesłankę odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy). Stan faktyczny spełnia przesłanki, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), tj. utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Wskazał, że z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy wynika, iż na wykonawcy spoczywa ciężar udowodniania, iż cena zaoferowana w jego ofercie nie jest ceną rażąco niską. Powołał się na orzecznictwo, m.in. wyrok KIO z dnia 3 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 769/09. Stwierdził na tej podstawie, że rolą wykonawcy jest wykazać w drodze wyjaśnień jakie okoliczności wpłynęły na to, że cena oferty nie jest rażąco niska. W ocenie odwołującego, przepisy art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy stwarzają domniemanie, że cena oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest rażąco niska.

Niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
1. Podniósł, że przedstawione w wykazie usługi, jak i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie nie potwierdzają, że Konsorcjum Comtegra spełnia warunki udziału w postępowaniu. W szczególności z referencji wystawionych przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych wynika, iż zamówienie wykonane na rzecz tego podmiotu nie odpowiada



---

rodzajowi przedmiotu zamówienia ani jego wartości. Także zamówienie wykonane na rzecz Pioneer Pekao Investments nie może być uznane za potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem serwerów IBM Power 6 nie można uznać za równoważne do HP Intergrity.

Uczestnicy postępowania odwoławczego o sygn. akt 1210/11:
1) Betacom S.A. w Warszawie po stronie odwołującego,
2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comtegra Sp. z o.o. w Warszawie i Ventus Communications Sp. z o.o. w Poznaniu po stronie zamawiającego.

Uczestnicy postępowania odwoławczego o sygn. akt 1225/11:
1) Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie po stronie odwołującego,
2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comtegra Sp. z o.o. w Warszawie i Ventus Communications Sp. z o.o. w Poznaniu po stronie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiadają interes, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołania, gdyż są wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu, złożyli oferty, które nie zostały odrzucone, zatem mają możliwość wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, licząc na uzyskanie zamówienia.

Zarzuty zawarte w obu odwołaniach dotyczą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Comtegra Sp. z o.o. w Warszawie i Ventus Communications Sp. z o.o. w Poznaniu (uczestnicy postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego), którzy zaoferowali najniższą cenę, zwani w skrócie w uzasadnieniu „wykonawca".

**Zarzuty dotyczące odwołania o sygn. akt KIO 1210/11** – niespełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, rozdział VI pkt 2 lit. b siwz, o treści - wykonanie „co najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu co najmniej dwóch serwerów HP Intergrity rx xxxx lub równoważnych wchodzących w skład jednego systemu informatycznego".
Omawiany zarzut wskazywał, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż świadczył usługę do 2 serwerów osobnych, tj. nie wchodzących w skład jednego systemu informatycznego.



---

W tym zakresie Izba ustaliła. Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku złożył wykaz wykonanych usług stanowiący załącznik nr 6. W wykazie podał 3 usługi, w tym w poz. 2 usługę, która, zgodnie ze stanowiskiem stron, stanowiła podstawę kwalifikacji podmiotowej wykonawcy w toku badania ofert.
Wskazana usługa, jak podano w wykazie, była "wykonywana od 2010 r. na czas nie określony na rzecz Pioneera Pekao Investments pn. „Rekonfiguracja oraz Świadczenie usług serwisowych serwerów IBM Power 6 jako równoważnych HP Intergrity". Z załączonego listu

referencyjnego z dnia 28 marca 2011 r. wynika, że wykonawca wykonał usługę o zakresie: rozbudowa i rekonfiguracja posiadanych macierzy EMC CX4-120; dostarczenie i konfiguracja switchy FC; rekonfiguracja sieci SAN pod kątem wymagań podłączonych systemów (w tym środowiska VMWare oraz systemów bazujących na serwerach IBM Power 6); rekonfiguracja środowiska backupowego. Wystawca listu wskazał również, że od 2010 r. wykonawca obsługuje ww. środowisko w ramach umowy serwisowej.
Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pismem z dnia 13 maja 2011 r. do złożenia wyjaśnień wyłącznie w zakresie ilości serwerów objętych przedstawioną usługą. Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 17 maja 2011 r. o treści, że wskazana referencja „Rekonfiguracja oraz świadczenie usług serwisowych serwerów IBM Power 6 – równoważnych HP Intergrity" obejmuje przedstawioną usługą 2 serwery.

Zamawiający stwierdził na rozprawie, że spór sprowadza się do innego rozumienia referencji. Podał, że wykazane w liście referencyjnym usługi - rozbudowa i wymienione rekonfiguracje wraz z informacją o obsłudze ww. środowiska w ramach umowy serwisowej, pozwalają przyjąć, iż kwestionowany warunek został spełniony. Na potwierdzenie oświadczenia powołał się na hasła opracowane na podstawie „Słownika informatycznego" Wydawnictwa HELION, autora Piotra Adamczewskiego z 2005 r., których pisemną wersję złożył na rozprawie. Przedstawił definicje precyzujące i rozróżniające pojęcia: systemu informatycznego, systemu komputerowego oraz środowiska. Oświadczył, że zawarte w liście referencyjnym określenie środowisko, zgodnie z definicjami, jest sformułowaniem węższym od systemu informatycznego i zawierającym się w nim. Podał, że system „informatyczny jest pojęciem dużo większym i zawiera w sobie wiele systemów komputerowych, jak również wiele środowisk. System informatyczny dotyczy zwłaszcza organizacji, w której jest wykorzystywany". Przyznał, co uwypukliła strona przeciwna, że spełnianie warunku wynika z uznania, iż wykonawca posiadający doświadczenie w wykonywaniu usługi serwisowej w węższym zakresie, spełnia również wymóg doświadczenia w świadczeniu usługi w szerszym zakresie. Ponadto, powołał się na oświadczenie wykonawcy zamieszczone w pkt 3 formularza ofertowego o treści „Oświadczamy, że spełniamy warunki udziału w



postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, na potwierdzenie spełniania tych warunków do oferty załączamy dokumenty wymagane SIWZ" (oświadczenie o charakterze klauzuli generalnej akceptującej warunki udziału w postępowaniu), jako potwierdzające spełnianie wymaganego warunku.

W ocenie Izby należy podnieść, że postanowienia siwz wiążą w jednakowy sposób wykonawcę i zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu ściśle według opisu zawartego w siwz, jako najistotniejszego dokumentu na podstawie, którego opracowywana jest oferta. Zatem trudno uznać, że potwierdzenie spełniania warunku w sposób przedstawiony przez pełnomocnika zamawiającego jest adekwatny do opisu zawartego w siwz. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w razie, gdy oświadczenia lub dokumenty nie zostały złożone lub zawierają błędy. Zgodnie z przyjętą interpretacją przepisu, na równi z brakiem oświadczeń lub dokumentów lub zawierających błędy, są również takie, które nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający jest także zobowiązany do żądania wyjaśnień odnośnie złożonych już oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Czynność wzywania jest, zgodnie z przyjętą wykładnią przepisu, jednorazowa w zakresie wskazanym w wezwaniu. Inny zakres wymagający potwierdzenia spełniania warunku nie zamyka możliwości ponownego wezwania wykonawcy na podstawie wskazanych przepisów. Bez dokonania powyższych czynności przez zamawiającego, niedopuszczalne jest wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zatem, wniosek odwołującego o nakazanie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, nie znajduje uzasadnienia.
Odwołujący nie wykazał na czym polega niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią siwz, skutkująca odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
Izba uznała, że ocena oferty wykonawcy wymaga powtórzenia w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, odpowiadającego wymaganiom zawartym w rozdziale VI pkt 2 lit. b siwz, tj. wykonania co najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu

co najmniej 2 serwerów (…) wchodzących w skład jednego systemu informatycznego.

**Zarzuty dotyczące odwołania o sygn. akt KIO 1225/11** - zaniechanie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy oraz brak równoważności serwerów IBM Power 6 z serwerami HP Intergrity w zakresie doświadczenia wykonawcy w serwisowaniu usług.

Izba w tym zakresie ustaliła.

10

---

Zamawiający ustalił wartość zamówienia z należytą starannością na podstawie badania rynku, tj. złożonych ofert handlowych, jako wynik obliczenia średniej wartości ofert, co zostało potwierdzone złożoną na rozprawie notatką szacującą, w której wskazano wartość szacunkową w kwocie 5 290 424, 39 zł. Po zwiększeniu tej kwoty o należny podatek VAT zamawiający uzyskał kwotę 6 507 222 zł, jako cenę za przedmiot zamówienia (wartość szacunkowa zamówienia zwiększona o podatek VAT), którą można porównać z cenami złożonych ofert.
Oferty wykonawców zawierają ceny:
6 027 000 zł, 5 904 000 zł, 5 823 625 zł, 4 821 600 zł, 3 690 000 zł. Najniższą cenę zaoferował wykonawca, wobec którego wniesiono odwołania.
Porównując cenę najniższej oferty z ceną za przedmiot zamówienia ustaloną z należytą starannością, zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, orzecznictwem oraz opinią Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną na stronie internetowej, Izba ustaliła, że w stosunku do ceny przedmiotu zamówienia, kwestionowana cena oferty jest niższa o 43,30%, zaś w stosunku do pozostałych cen ofert, odpowiednio o: 38,78%, 37,5%, 36,64%, 23,5%.

Urząd Zamówień Publicznych stwierdził w opinii, m.in. „W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jako sprzeczne z ustawą należy uznać automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert bez możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: 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. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.

11

---

Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli dostawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy)" – opinia prawna dotycząca ustawy Pzp (www.uzp.gov.pl).

O tym, czy cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej przesądza w każdym przypadku konkretny stan faktyczny sprawy. Biorąc pod uwagę m.in. przedmiot zamówienia w rozpoznanej sprawie, zakres usługi, krąg wykonawców i w związku z tym ustalenie wartości zamówienia z należytą starannością, w ocenie Izby, zasadne jest wszczęcie procedury przewidzianej w art. 90 ustawy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przez wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień

(ust.1). Wykonawca składa wyjaśnienia z uwzględnieniem zakresu wynikającego z art. 90 ust. 2 ustawy. Po złożeniu wyjaśnień zamawiający ocenia na podstawie wskazanego przepisu, czy rzeczywiście cena oferty jest ceną rażąco niską, czy też nie. Dopiero ustalenia dokonane po przeprowadzeniu wskazanej procedury, stanowią podstawę do podjęcia czynności w trybie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jeżeli wyjaśnienia wskazują, że cena jest rzeczywiście rażąco niska, a zamawiający nie podjął stosownych czynności, wówczas wykonawca kwestionujący ten fakt ma obowiązek udowodnić, że cena jest rażąco niska, tj., zgodnie z licznym orzecznictwem i doktryną, nierealna, uniemożliwiająca wykonanie zamówienia w sposób oczekiwany przez zamawiającego.

Na podstawie powyższego, Izba uznała zarzut odwołania w przedmiocie zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, za zasadny. Stąd zamawiający, powtarzając ocenę ofert powinien przeprowadzić procedurę wynikającą ze wskazanych przepisów ustawy.

Zdaniem Izby, nie można przyjąć, że zarzut braku równoważności serwerów IBM Power 6 w stosunku do serwerów HP Intergrity, przedstawiony hasłowo w odwołaniu bez uzasadnienia, został udowodniony. Na rozprawie odwołujący złożył pismo procesowe, w którym omówił cechy kluczowe na podstawie, których powinno być interpretowane pojęcie równoważności serwerów.

Należy podnieść, że w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest zdefiniowania pojęcia „równoważny". W art. 29 ust. 3 ustawy odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia, użyto tego określenia w kontekście zakazu opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za



---

pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".
Przedmiotowy zarzut związany jest z opisem sposobu dokonania oceny spełniania podmiotowego warunku udziału wykonawcy w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, do którego zastosowanie ma przepis art. 22 ust. 4 ustawy stanowiący, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z powyższego wynika, że doświadczenie w realizacji usługi, w przeciwieństwie do dostarczanego produktu, nie musi być niemal tożsame. Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w orzecznictwie, m.in. w wyroku KIO z dnia 4 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 664/10, w którym Izba orzekła, że usługa równoważna nie może w rzeczywistości oznaczać tożsamości świadczonych usług. Inne rozumienie pojęcia równoważności prowadzić może do stworzenia pozornej równoważności i w praktyce czynić warunek niemożliwym do spełnienia.
Przyjmując wskazane stanowisko za swoje, Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w tym zakresie.

Mając powyższe ustalenia na uwadze, Izba uznała dwa zarzuty łącznie w obu odwołaniach za wykazane i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: ……...**