

**WYROK**  
z dnia 25 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2013 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - **Galaskór Sp. z o.o., Zakład Konfekcji Skórzanej C..... P....., REK SWED Sp. z o.o., Eurofarex Fabryka Rękawiczek i Odzieży, ul. Prudnicka 26, 48-300 Nysa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa**,

przy udziale

- 1) **wykonawcy - PARTNER P.P.H.U. BOGMAR B..... J..... B..... Import-Export, ul. Sobieskiego 160, 43-300 Bielsko-Biała**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, oraz
- 2) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - UNIFEQ Europe Sp. z o.o., Ningbo Evergreen Knitting Co. Ltd., ul. Rejtana 3/20, 02-516 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - UNIFEQ Europe Sp. z o.o. i Ningbo Evergreen Knitting Co. Ltd. z uwzględnieniem procedury określonej w art. 90 ust.1 ustawy Prawo zamówień Publicznych;

- 
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Jednostkę Wojskową 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Galaskór Sp. z o.o., Zakład Konfekcji Skórzanej C..... P....., REK SWED Sp. z o.o., Eurofarex Fabryka Rękawiczek i Odzieży, ul. Prudnicka 26, 48-300 Nysa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Jednostki Wojskowej 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa, na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - **Galaskór Sp. z o.o., Zakład Konfekcji Skórzanej C..... P....., REK SWED Sp. z o.o., Eurofarex Fabryka Rękawiczek i Odzieży, ul. Prudnicka 26, 48-300 Nysa**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Dostawa przedmiotów zaopatrzenia mundurowego Rękawica" w zakresie zadania 1 – Rękawice zimowe pięciopalcowe". Zdaniem Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Zakład Konfekcji Skórzanej C..... P..... ze Świdnicy, REKSWED sp z o.o. ze Złotowa, Eurofarex Fabryka Rękawiczek i Odzieży z Głucholaz oraz Galaskór sp z o.o. - lider konsorcjum z Nysy [dalej Konsorcjum Galskór] w tym postępowaniu Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 4226 naruszył art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 ust 2 4, art. 24 ust 2 pkt 3, art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 1 i 2a) ustawy Pzp oraz § 4 ust 1 ppkt 1 lit. a) i ust 3, a także § 6 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U z 2013 r. poz. 231) zwane dalej „rozporządzeniem”, a także art. 90 ust 1 a w konsekwencji 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie w/w przepisów doprowadziło – zdaniem Odwołującego – w konsekwencji do zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Unifeq Europę sp. z o.o. oraz Ningbo Evergreen Knitting Co Ltd, [dalej Konsorcjum Unifeq], albowiem Konsorcjum nie wykazało braku przesłanek do wykluczenia z tego postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca wskazał również, że Odwołujący, który będąc wykonawcą w tym postępowaniu złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu sklasyfikowaną na drugiej pozycji. Ma więc interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia i może ponieść szkodę w przypadku nie udzielenia mu zamówienia. Odwołujący w zakresie zadania 1 wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert, dokonanie powtórnej czynności oceny ofert oraz wykluczenia Konsorcjum Unifeq z postępowania, a ponadto o wezwanie do wyjaśnień ceny rażąco niskiej a w przypadku nie uzyskania wiarygodnych wyjaśnień odrzucenia oferty Konsorcjum Unifeq. Odwołujący w uzasadnieniu podniósł brak w ofercie Konsorcjum wymaganych prawem dokumentów w odniesieniu do członka Konsorcjum Ningbo Evergreen Knitting Co Ltd. Powołując się na § 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) stwierdził, że wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedstawić w ofercie dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzające odpowiednio, że wobec podmiotu nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Dopiero w przypadku, jeżeli w

3

kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się tego typu dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Na potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia, w ofercie Konsorcjum Unifeq przedstawione zostały oświadczenia dotyczące członka Konsorcjum - Ningbo Evergreen Knitting Co Ltd podpisane w obecności notariusza, w których oświadczone, iż nie zachodzą wobec tego podmiotu przesłanki wykluczenia z postępowania w postaci otwarcia likwidacji bądź ogłoszenia upadłości, zalegania ze składkami na ubezpieczenie. Zdaniem Odwołującego, oświadczenia te nie mogą być przyjęte przez Zamawiającego, gdyż w Chińskiej Republice Ludowej wydaje się dokumenty, które wykonawca zastąpił oświadczeniami. Pierwszy z dokumentów dotyczy potwierdzenia, że w odniesieniu do spółki Ningbo Evergreen Knitting Co Ltd nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, oraz nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. W tym przypadku Odwołujący wskazał, że w załączonej informacji z rejestru („podstawowe informacje o przedsiębiorstwie Inwestycji Zagranicznych), brak jest miejsca na zamieszczenie danych o tym czy podmiot, którego informacja dotyczy nie znajduje się w stanie likwidacji lub upadłości. Tym samym dokument ten nie może być uznany za potwierdzający brak tej przesłanki wykluczenia. Nie może też być zastąpiony oświadczeniem złożonym przed notariuszem, albowiem w ChRL istnieje organ, który wydaje dokumenty

potwierdzające brak likwidacji lub upadłości. Jest nim Sąd Ludowy, do którego zgodnie z postanowieniami umów wszystkich mających siedzibę w CHRL spółek załączonych do oferty zgłaszany jest wniosek o ogłoszenie upadłości. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezydenta CHRL „Prawo o upadłości przedsiębiorstw, „ obowiązującego od 1 czerwca 2007 roku, zgłoszenie wniosku o upadłość wszczyna procedurę upadłościową, (art. 5 rozporządzenia), a po jej zakończeniu zgodnie z art. 121 rozporządzenia dokonywany jest wpis do rejestru bankructw. Istnienie takiego rejestru zgodnie z przepisami przywołanego rozporządzenia ma chronić prawa wierzycieli. Oznacza to, że istnieje do niego dostęp, a tym samym możliwe jest przedstawienie informacji w nim zawartych. Wyklucza to możliwość zastąpienia ich oświadczeniem, zgodnie z § 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...). Podmioty z siedzibą na terytorium ChRL przedkładają w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednie zaświadczenia z Sądów Ludowych. Dalej podał, że (...) Zamawiający mógł tę informację osiąść podobnie jak Odwołujący z analizy orzecznictwa KIO. Nie dochowując należytej staranności doprowadził jednak do sytuacji, w której przyjął oświadczenie złożone przed notariuszem, mimo iż istnieją i są wydawane dokumenty, które okoliczność braku upadłości potwierdzają. Odnośnie dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z

4

uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, Odwołujący podał, że w ChRL wydawane są dokumenty potwierdzające brak zaległości w uiszczaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Potwierdza to zaświadczenie Ambasady RP w Chinach wskazujące na możliwość uzyskania takiego zaświadczenia. Dokument taki wydany przez przedstawicielstwo RP nie może być podważony wyłącznie twierdzeniami konsorcjum, że uzyskanie odpowiednich zaświadczeń w ChRL jest niemożliwe. Ponadto podmioty z siedzibą na terytorium ChRL przedkładają w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednie zaświadczenia z Urzędów Zarządzających Funduszami Ubezpieczeń Społecznych. Zamawiający mógł także zapoznać się z bogatym orzecznictwem KIO, wskazującym na brak możliwości zastąpienia dokumentów oświadczeniami, w sytuacji, w której dokumenty są wydawane. Kolejny zarzut dotyczy nie złożenia dokumentu potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością. Załączony do oferty Konsorcjum Unifeq dokument (str. 95 - tłumaczenie str. 96) jest wydany przez podmiot z siedzibą poza Polską, a także poza UE i państwami EOG. Świadczy o tym w sposób jednoznaczny opatrzenie tego dokumentu pieczęcią firmową wystawcy (chińską) zamiast podpisem. Taki sposób sygnowania dokumentów, co potwierdza Konsorcjum Unifeq jest właściwy dla składania oświadczeń w Chinach. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów, tylko zaświadczenia podmiotów mających siedzibę w tych krajach (UE lub EOG) mogą być podstawą do uznania, że warunek wdrożenia systemu zarządzania jakością jest spełniony. Podmioty spoza UE, jeśli nie dysponują zaświadczeniami wystawionymi przez podmioty uprawnione do badania i oceny jakości z siedzibą w UE lub krajach EOG mogą przedstawić inne dokumenty potwierdzające jakość ich działań, jednakże nie mieszczą się wśród nich zaświadczenia pozaeuropejskich (UE i EOG) podmiotów badających jakość działań wykonawców. Odmienna interpretacja przeczyłaby – zdaniem Odwołującego - zasadzie racjonalnego ustawodawcy, który o takich zaświadczeniach mówi jedynie w § 6 ust 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów (wydawane przez podmioty z siedzibą w RP) oraz w § 6 ust 3 rozporządzenia (wydawane w UE i krajach EOG). Z kolei w § 6 ust. 4 odnosząc się do sytuacji braku zaświadczenia mówi o dokumentach zastępujących zaświadczenia, nie zaś o zaświadczeniach z innych krajów, zastępujących zaświadczenia europejskie. Wykładnia ta jest jasna w kontekście art. 49 i 23 dyrektywy 2004/18WE. W przypadku gdy wykonawca oferuje produkty zgodne z wymogami unijnymi, a nie posiada certyfikatu zgodności, może za pomocą innych dowodów wykazać, że jego towary spełniają wymogi norm lub dyrektywy. Odnośnie nieprawdziwych informacji Odwołujący podał, że (...) W ofercie złożonej przez konsorcjum Unifeq znajdują się oświadczenia (sześć dokumentów) podpisane nazwiskiem Piotr Kowalik, ze wskazaniem funkcji „członek zarządu.” co wskazuje

5

---

na złożenie ich przez osobę o tym nazwisku będącą członkiem zarządu Unifeq Europe

jednego z wykonawców składających ofertę. Wskutek wątpliwości, co do możliwości złożenia tych podpisów przez wymienioną osobę, ze względu na jej pobyt w tym czasie w Chinach w wyjaśnieniach złożonych przez konsorcjum Unifeq w dniu 14 maja 2013 r. wskazano, że podpisy te zostały złożone w Chinach, a podpisane dokumenty zostały przesłane do Polski. Wyjaśnienia te są w świetle zwykłej oceny rzeczywistości mało prawdopodobne, gdyż trudno uznać za działanie racjonalne np. podpisywanie w Chinach i przesyłanie do kraju wniosku o wydanie zaświadczenia o niekaralności (jeden z sześciu dokumentów podpisanych w sporny sposób). Mimo to, do wyjaśnień konsorcjum Unifeq z 14 maja br załączono jednoznaczne oświadczenie p. P..... K..... (str. 15), iż podpisy pod ofertą i dołączonymi do niej dokumentami zostały złożone przez niego". Odwołujący powołał się na analizę sporządzoną przez biegłego grafologa, co ma potwierdzać, że podpisy kwestionowane (na sześciu wspomnianych dokumentach) są składane przez różne osoby. Dalej Odwołujący stwierdził, że (...) Tą drogą wykonawca składając nieprawdziwe oświadczenie o autentyczności podpisów wprowadza w błąd zamawiającego, co do okoliczności, które mają istotne znaczenie dla wyniku postępowania. Stanowi to o zaistnieniu przesłanki wykluczenia z postępowania o której mowa w art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy. Nie ulega wątpliwości, że następcze potwierdzenie złożenia oświadczenia przez siebie jest działaniem zamierzonym, nienoszącym znamion omyłki. Jako takie, zgodnie z orzecznictwem sądów, musi być rozważone pod kątem wykluczenia z postępowania i stanowić taką przesłankę, jeśli świadomie podana informacja nieprawdziwa może mieć wpływ na wynik postępowania, (np. SO w W-wie, orzeczenie z 19 listopada 2009 r. sygn. 2024/09) „ W tym miejscu, wykonawca podkreślił, że (...) interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, będącego implementacją przepisów prawa wspólnotowego, musi następować w kontekście brzmienia dyrektywy 2004/18/WE. Pro unijna interpretacja tego przepisu wskazuje, że za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy [podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu w celu uzyskania zamówienia publicznego]. Taka interpretacja potwierdzana jest zarówno w wyrokach KIO (...) jak i sądów okręgowych (...). Zamierzone potwierdzenie przez Konsorcjum Unifeq informacji, co do której Odwołujący wykazuje nieprawdziwość służyło uzyskaniu zamówienia. Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Unifeq. W tym przypadku wskazał na cenę brutto oferowaną przez Unifeq [33,64 zł za parę rękawic]. Wskazując na informacje z ostatnich lat - o cenach tego samego przedmiotu zamówienia (rękawice wzór 615/MON) [2003 r. - 57,30, 2004 r. - 60,39, 2006 r. - 56,73, 2007 r. - 57,52, 2008 r. - 58,74, 2009 r. - 59,98, 2010 r.- 59,98, a w 2011 r. - 39,05]

6

---

stwierdził, że (...) Zaoferowanie ceny znacząco niższej (o 20% niższej od najniższej z wieloletniego zestawienia) winno skłonić zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, który ją zaoferował. Cena oferty konsorcjum Unifeq różni się także od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego. Dalej podał, że zgodnie z orzecznictwem KIO, to właśnie ceny rynkowe i ceny zawarte w innych ofertach złożonych w postępowaniu są najważniejszym punktem odniesienia przy badaniu wystąpienia ceny rażąco niskiej. W tym postępowaniu zamawiający zaniechał podjęcia jakichkolwiek kroków celem wyjaśnienia ceny, mimo iż opierając się zarówno na doświadczeniach lat poprzednich, jak i stanie rynku w obecnym roku powinien to uczynić, w celu ustalenia czy cena znacząco niższa nie narusza w tym zakresie reguł konkurencji i nie naraża go na konsekwencje wynikające z niemożliwości spełnienia świadczenia za tak niskie wynagrodzenie. Odwołujący zwrócił uwagę, że uprawnienie zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie ceny oferty stanowi również o obowiązku zamawiającego, bowiem to na zamawiającym ciąży obowiązek należytego prowadzenia postępowania oraz prawidłowej oceny oferty i realizacji obligatoryjnych przesłanek. W przypadku badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny realizacja obligatoryjnej przesłanki może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu wyjaśnień". W konkluzji stwierdził, że (...) Zamawiający tego obowiązku nie spełnił mimo, że z treści oferty Konsorcjum Unifeq w żaden sposób nie wynika aby miało ono jakiegokolwiek szczególne warunki realizacji umożliwiające mu złożenie znacząco tańszej a jednocześnie rynkowo uzasadnionej propozycji cenowej i zgodnej z zasadami uczciwej konkurencji". Podał również, że (...) Za cenę zaproponowaną przez Konsorcjum Unifeq nie sposób uzyskać materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, oraz

ponieść minimalnych kosztów robocizny, pomijając koszty stałe i choćby minimalny zysk. Tym samym jest to nie tylko cena rażąco niska, ale także czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyliczona cena pary rękawic (w oparciu o minimalne ceny towarów dostępnych u światowych producentów, kalkulowane po cenach zakupu oferowanych przy kupnie bardzo dużych partii materiału) to 36, 44 zł, w tym cena materiałów. W takiej kalkulacji uwzględniono minimalne koszty wynagrodzenia w Polsce. Zaproponowanie ceny niższej to zjawisko tzw. dumpingu socjalnego, polegającego na nierespektowaniu obowiązujących w kraju odbiorcy zasad zatrudniania i wynagradzania pracowników, ochrony zdrowia i bezpieczeństwa. Brak ich poszanowania jest sprzeczny z art. 49 TWE (art. 56 TFUE) i narusza zasady konkurencji. Zaniechanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień sprawia, że wykonawca co do którego takie domniemanie powstaje, może uzyskać zamówienie publiczne z naruszeniem prawa, bez wyjaśnienia okoliczności sprawy, z naruszeniem praw Odwołującego, który złożył rzetelną ofertę. Odwołujący w reasumpcji odwołania stwierdził, że w zakresie dokumentów odnoszących się do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu wykonawca był już

7

---

wzywany do ich uzupełnienia. Mimo to nie przedłożył ich. Tym samym bez możliwości dalszego wzywania do uzupełnień, winien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, wskazując w szczególności, że występował z zapytaniem do Ambasady ChRL w Warszawie oraz do konsulatu RP, jednakże żadna z tych instytucji nie udzieliła odpowiedzi, odnośnie dokumentów spornych, co do ich wystawiania przez instytucje i organy w ChRL. Zwrócił również uwagę na wezwanie skierowane do wybranego wykonawcy Konsorcjum Unifeq [pismo z dnia 11 czerwca 2013 r.] oraz uzyskane wraz z dokumentami wyjaśnienia, co jego zdaniem potwierdziło wymagane warunki w tym postępowaniu. Odnośnie dokumentu, zaświadczenia o opłacanych składkach, zwraca uwagę na str 71 oferty i załączony tam dokument oraz wskazał na opis zamieszczony w uwadze pod tabelą, gdzie płatnik potwierdza brak zaległości podatnika, a wnoszący odwołanie nie udowodnił obowiązku opłacania składek na ubezpieczenie zdrowotne w Chinach przez przedsiębiorcę. Odnośnie dokumentu z pkt. 6.2 str. 6 siwz stwierdził, że wymagane normy nie mają stricte charakteru europejskiego, mogą również mieć swój rodowód w regulacjach NATO, bądź w innych regulacjach. Co do podpisu na ofercie wykonawcy, powołuje się na opinię, która została przekazana zamawiającemu przy piśmie z dnia 26 kwietnia 2013 r. i zwraca uwagę na str. 5 tej opinii, gdzie wystawiający w reasumpcji stwierdza, że (...) przedstawiony do badań materiał dowodowy w postaci kserograficznego obrazu podpisu nie pozwala na kategorię wnioskowanie (...). Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny, wnioskował o przeprowadzenie dowodu z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, a także z pisma z dnia 28 czerwca 2013 r., zawierającego informację o wynikach postępowania. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu złożono 3 oferty, które jego zdaniem są bliskie cenowo, a tylko oferta Odwołującego zawiera istotną różnicą. Przedłożył również umowę nr 357/20/2012 na potwierdzenie, że brak było podstaw do żądania wyjaśnień od wykonawcy, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca P.P.H.U. BOGMAR B..... J..... B..... Import-Export z Bielska-Białej, wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie Zamawiającego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: UNIFEQ Europe Sp. z o.o. i Ningbo Evergreen Knitting Co. Ltd. z Warszawy, wnosząc z kolei o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wykonawca - Konsorcjum Unifeq w szczególności podał, że Konsorcjum przedstawiło wszystkie wymagane prawem dokumenty wskazane w ustawie Pzp

8

---

oraz wymagane w SIWZ i tym samym zarzuty dotyczące nieprzedstawienia odpowiednich dokumentów przez członka Konsorcjum posiadającego siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej (dalej: ChRL) nie znajdują oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Powołano

się również na orzecznictwie KIO, w którym Izba wypowiedziała się na temat zgodności z wymogami PZP, analogicznych dokumentów przedstawianych przez podmioty mające siedzibę w ChRL i uznawała je za potwierdzające spełnienie warunków określonych w ustawie. Odnośnie dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, potwierdzających, że nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, oraz nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawca stwierdził, że Konsorcjum przedstawiło odpowiednie dokumenty potwierdzające brak przesłanki wykluczenia, jaką jest otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości wykonawcy mającego siedzibę w ChRL. Konsorcjum podtrzymuje stanowisko, zgodnie z którym brak jest organu wydającego zaświadczenia o nie otwarciu likwidacji i nie ogłoszeniu upadłości podmiotów gospodarczych. Konsorcjum stwierdziło, że w ChRL zwyczajowo okoliczność nieotwarcia likwidacji i nieogłoszenia upadłości wykazuje się poprzez przedstawienie dokumentów, które zostały załączone do oferty Konsorcjum, tj.: odpisu z Rejestru (Basic Information of foreign Investment Enterprise) oraz Licencji Prowadzenia Działalności Gospodarczej {Business Licence, dalej: „Licencja ”). W szczególności Licencja jest dokumentem niezbicie potwierdzającym okoliczność nieotwarcia likwidacji i nie ogłoszenia upadłości. Licencja ta jest wyłączną podstawą prowadzenia działalności, a jej oryginał oraz odpisy wydawane są Spółce w ograniczonej ilości. W przypadku ogłoszenia upadłości bądź prowadzenia likwidacji, Spółka ma obowiązek zwrócić dokument Licencji wraz z duplikatami. Potwierdza to wprost pkt 7 Licencji, zgodnie z którym prowadzenie likwidacji jest związane z odebraniem Licencji spółce. Niemniej jednak, wobec braku uprawnienia odpowiedniego organu do wydania zaświadczenia stwierdzającego *expressis verbis* analizowaną okoliczność, Konsorcjum, zgodnie z par. 3 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów przedstawiło uzupełniająco odpowiednie oświadczenie złożone przed notariuszem (zob. także: Rozdział VI pkt 8 SIWZ). Zarzuty podnoszone przez Odwołującego, a wskazujące na konieczność przedstawienia zaświadczenia wystawianego przez Sąd Ludowy, są bezzasadne. Po pierwsze, Odwołujący nie udowodnił, że istnieje jakakolwiek podstawa prawna, obligująca Sąd Ludowy do wydania zaświadczenia o nieotwarciu likwidacji i nie ogłoszeniu upadłości. Odwołujący wskazał wyłącznie, że Sąd Ludowy jest organem właściwym do rozpatrywania wniosku o zgłoszenie upadłości. Okoliczności tej Konsorcjum nie przeczy. Niemniej jednak, wnioskowanie Odwołującego, że skoro Sąd Ludowy jest właściwy do stwierdzenia upadłości, jest on także właściwy do wydawania zaświadczeń o nieotwarciu likwidacji i nieogłoszeniu upadłości, jest sprzeczne z zasadami logiki. Podsumowując stwierdził, że Odwołujący wskazując na obowiązujące w ChRL prawo o upadłości przedsiębiorstw udowodnił

9

---

wyłącznie, że Sąd Ludowy jest organem właściwym do rozpoznawania wniosków o upadłość. Okoliczność ta nie jest prawnie istotna w zaistniałym stanie faktycznym i nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Po drugie, analogiczny stan faktyczny był przedmiotem rozważań KIO i zarzuty stawiane przez Odwołującego są dokładną kopią zarzutów podnoszonych przez odwołujących w w/w. postępowaniach [zob. s. 6 wyroku KIO w sprawie 2785/10, 2814/10]. W przywołanej sprawie KIO uznała zarzut za bezzasadny stwierdzając, że „odwołujący nie przedłożył dowodu potwierdzającego, że do wydania wskazanych zaświadczeń jest właściwy Sąd Ludowy w ChRL i tym samym zarzut braku możliwości posłużenia się zastępczo oświadczeniem, zgodnie z par. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30,12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w zakresie wyżej podnoszonym, nie jest zasadny” (s. 45 wyroku KIO w sprawie 2785/10, 2814/10). Uzasadniając stanowisko KIO wyjaśniła, że Odwołujący nie udowodnił, że uprawnionym do wystawiania takich dokumentów jest [wyłącznie] Sąd Ludowy w Chińskiej Republice Ludowej. Przedłożony na rozprawie wyciąg (w tłumaczeniu na język polski) z Prawa upadłościowego przedsiębiorstw Chińskiej Republiki Ludowej nie rozstrzyga powyższych kwestii, tym bardziej, że przepisy wskazane odnoszą się wyłącznie do procedury upadłościowej. Nie regulują natomiast procedury związanej z orzekaniem o zakazie ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba zauważyła także, że z przedłożonego wyciągu nie wynika, aby po zakończeniu procedury upadłościowej - na podstawie art. 121 tego Prawa - dokonywano wpisu przedsiębiorstwa do rejestru bankructw, do którego istnieje jawny dostęp.” Wykonawca wskazał również, że w innym postępowaniu przed KIO podmiot mający siedzibę w ChRL przedstawił analogiczne oświadczenie, które, pomimo szeregu zarzutów stawianych przez odwołującego, uznane zostało przez Izbę za potwierdzające

spełnienie warunku wskazanego w ustawie. Podsumowując, zarzut Odwołującego jest całkowicie bezzasadny, nie udowodnił bowiem, że w ChRL istnieje zarówno podstawa prawna obligująca odpowiedni organ do wydawania zaświadczeń o nietowarciu likwidacji i nieogłoszeniu upadłości podmiotów prawa gospodarczego, jak i powszechna praktyka wydawania takich zaświadczeń. Dodatkowo, dosłowne kopiowanie zarzutów będących już przedmiotem rozważań KIO, które uznane zostały za całkowicie bezzasadne, wskazuje na brak rzeczywistych argumentów do wniesienia odwołania w przedmiotowej sprawie. Odnośnie dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, potwierdzające, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne (...) stwierdził, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i niezrozumiały, wobec złożenia odpowiedniego dokumentu przez Konsorcjum. Wykonawca wskazał na stronę 71 oferty, gdzie Konsorcjum załączyło zaświadczenie o uregulowaniu podatków, które stwierdza wykonanie wszelkich obowiązków związanych z opłaceniem

10

składek na ubezpieczenie, zarówno społeczne jak i zdrowotne. Zgodnie z informacją zamieszczoną w przedostatnim wierszu tabeli, członek Konsorcjum regularnie opłacał składki na fundusz ubezpieczenia w ten sposób że „zapłacił wszystkie podatki i nie ma innych zobowiązań”. Skoro przedłożone zaświadczenie pokrywa swym zakresem także obowiązki związane z ubezpieczeniem, a członek Konsorcjum „nie ma innych zobowiązań,” poza zapłatą składki na Fundusz ubezpieczeń społecznych, oczywistym także jest, że nie jest on zobowiązany do opłacania odrębnej składki na ubezpieczenie zdrowotne. Podsumowując, Przystępujący stwierdził, że członek Konsorcjum jest zobowiązany do opłacania wyłącznie jeden, zbiorczej składki na ubezpieczenie społeczne, a brak zaległości w tym zakresie potwierdza załączone do oferty zaświadczenie. W dowód powyższego Konsorcjum przedstawiło dodatkowo odpis zaświadczenia Urzędu Ubezpieczeń Społecznych Miasta Fengbua, zgodnie z którym przedłożony wraz z ofertą dokument o nazwie „Zaświadczenie o uregulowaniu podatków” (s. 71 oferty) potwierdza brak zaległości w uiszczaniu składek na: ubezpieczenie zdrowotne, ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rodzicielskie, ubezpieczenie na wypadek utraty zatrudnienia oraz ubezpieczenie od nieszczęśliwego wypadku przy pracy. Dalej podał, że (...) Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Konsorcjum nie zastąpiło odpowiedniego dokumentu oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Oświadczenie złożone przez notariuszem zostało przedstawione wyłącznie uzupełniająco, na wezwanie Zamawiającego. Podkreślono, że również i ten zarzut był już przedmiotem rozważań KIO, gdzie Izba uznała zarzut za zasadny wobec przedstawienia przez wykonawcę wyłącznie oświadczenia złożonego przed notariuszem, z pominięciem zaświadczenia urzędowego. A contrario, zarzut stawiany w zaistniałym stanie faktycznym, wobec przedstawienia odpowiedniego dokumentu, winien być oddalony. Odnośnie dokumentu potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością, wykonawca podał, że zgodnie z rozdziałem V pkt 6.2. SIWZ, wykonawca zobowiązany był przedłożyć oświadczenie lub dokumenty potwierdzające spełnianie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego tj. (6.2.) Wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością wg normy AQAP 2130 lub PN-EN ISO 9001. Zgodnie z rozdz. VI pkt 2.4. SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, do oferty należało załączyć (2,4.2.) Certyfikat, potwierdzający wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością wg normy AQAP 2130 lub PN-EN ISO 9001. Konsorcjum przedstawiło dokumenty potwierdzające wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością wg normy ISO 9001 (zob. s. 95-96 Oferty). Dalej wykonawca stwierdził, że przedstawiona przez Odwołującego wykładnia par. 6 rozporządzenia o dokumentach nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, zarówno w literalnej wykładni przytoczonych przepisów, jak i w orzecznictwie czy doktrynie. Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia w

11

sprawie dokumentów (...) zamawiający może żądać w szczególności (pkt. 2) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Zgodnie z ust. 3, wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 2-4, złożyć równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie

członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zgodnie z ust. 4., wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 2-4, złożyć inne dokumenty, potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem. Przystępujący podkreślił, że ustawodawca dopuścił możliwość przedstawienia „innych dokumentów”, potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku, celem umożliwienia podmiotom mającym siedzibę poza granicami UE przedstawienia innych (np. regionalnych) dokumentów. Nie oznacza to, że w tym przypadku wyłączył możliwość przedstawienia dokumentów o międzynarodowym charakterze. Wykładania zaproponowana przez Odwołującego prowadziłaby do oczywistej dyskryminacji wykonawców mających siedzibę poza UE. Podmioty te, posiadające takie same, międzynarodowe certyfikaty stwierdzające stosowanie tych samych norm, podlegałyby wykluczeniu wyłącznie z tego powodu, że certyfikaty te wydano według właściwości ich miejsca zamieszkania/siedziby. Wykonawca podniósł również, że w orzecznictwie KIO potwierdza się międzynarodowy charakter norm ISO 9000, w którym stwierdza się, że „Normy ISO 9000 są międzynarodowymi standardami opracowanymi przez Międzynarodową Organizację Normalizacyjną ISO, poświęconymi systemowi zapewnienia jakości i to jakości procesów towarzyszących powstawaniu wyrobu. Zadaniem norm jest stworzenie skutecznego sposobu zarządzania, pozwalającego na stabilną jakość wyrobu, w więc odnoszą się do organizacji pracy np. poprawy samokontroli wśród załogi, wzrostu odpowiedzialności za jakość wyrobu, zmniejszenie zbędnego zużycia surowców, materiałów, energii i czasu przeznaczanych wcześniej na korygowanie niezgodności, prorynkową reorientację przedsiębiorstwa, zmniejszenie kosztów produkcji, ukierunkowanie nadzoru nad jakością w stronę redukcji, eliminowania i zapobiegania niezgodnościom, stworzenie sytuacji, w której czynniki ludzkie, techniczne, administracyjne znajdują się pod kontrolą.” W SIWZ Zamawiający wyraźnie określił systemy zarządzania jakością i wskazał normy, do których należy się odnieść, przedstawiając m.in. certyfikat ISO 9001. Skoro więc normy ISO są międzynarodowymi standardami, to bez wątpienia certyfikat ISO wystawiony poza terytorium UE jest innym dokumentem, który potwierdza „stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem” w rozumieniu § 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...). Odnośnie zarzutu nieprawdziwych informacji, podano, że obydwaj członkowie zarządu Unifeq Europej Sp. z o.o. ściśle współpracują z drugim członkiem

12

---

konsorcjum, mającym siedzibę w ChRL. Z tego względu wielokrotnie w ciągu roku odwiedzają kraj-siedzibę kontrahenta. Z uwagi na postulat szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stosunkowo krótkie terminy wyznaczone przez zamawiających, niejednokrotnie zdarza się, że dokumentacja ofert przygotowywana jest przez Wykonawców wspólnie przebywających w ChRL. Pomijając argument „małego prawdopodobieństwa”, który z oczywistych względów nie może stanowić podstawy uwzględnienia przedmiotowego Odwołania, zdaniem Przystępującego, dowodem w przedmiotowym postępowaniu nie może być także „ekspertyza biegłego grafologa”. Tego rodzaju prywatne ekspertyzy nie mogą stanowić dowodu z opinii biegłego w postępowaniu. Dowód taki stanowić może wyłącznie opinia przedstawiona przez biegłego powołanego przez Sąd lub odpowiedni organ. W orzecznictwie sądów powszechnych, w tym SN, prywatne ekspertyzy zrównano, jako dowód, z twierdzeniami stron. Podał również, że jakakolwiek ekspertyza grafologiczna dokonana na podstawie kserokopii nie może stanowić wiarygodnego fragmentu materiału dowodowego. Sam fakt podjęcia się sporządzenia takiej opinii może świadczyć o braku profesjonalizmu i rzetelności jej autora. Analiza orzecznictwa sądów powszechnych prowadzi do wniosku, że powoływani przez sąd biegli grafolodzy, odmawiają stwierdzenia jakichkolwiek okoliczności wyłącznie na podstawie kserokopii dokumentów (zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 20 listopada 2012 r. (I ACa 1034/12, w której sąd opiera się na opinii grafologa, który stwierdził, że „ustalenie autentyczności podpisów znajdujących się na dokumencie nie jest możliwe z uwagi na to, że dokument jest kopią techniczną i opinia wykonana na podstawie kserokopii dokumentu nie jest wystarczająca dla stwierdzenia podrobienia podpisu. Podsumowując, zarzut Odwołującego oparty na twierdzeniu, że poszczególne części oferty podpisane zostały przez różne osoby, jest bezzasadny. Oświadczenie złożone przez członka zarządu Unifeq Europej Sp. z o.o. w pełni odpowiada rzeczywistości i w konsekwencji, nie zaistniały jakiegokolwiek podstawy do wykluczenia Konsorcjum. Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny Przystępujący stwierdził, że



cena oferty Konsorcjum nie jest rażąco niska, a złożona oferta nie jest czynem nieuczciwej konkurencji i Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania do złożenia wyjaśnień. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazana przez Konsorcjum cena oferty nie jest rażąco niska, a oferta Konsorcjum nie narusza zasad konkurencji. Wskazana przez Konsorcjum cena oferty jedynie nieznacznie odbiega od ceny zamówienia ustalonej w odniesieniu do takiego samego przedmiotu w 2011 r. Podkreślił również, że (...) Nawet jeśli Odwołujący chciałby podtrzymać taki zarzut, nie przedstawił on jakichkolwiek wyliczeń i dowodów uzasadniających uznanie ceny oferty Konsorcjum za rażąco niską czy stanowiącą przejaw „dumpingu socjalnego”. Dalej wskazał, że (...) Brak definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny” w art. 89 p.z.p. oznacza konieczność rozpatrywania każdego przypadku z punktu widzenia racjonalności działania i każdego przypadku indywidualnie. Z wykładni językowej tego

13

pojęcia wynika, że chodzi tu o przypadki „dające się łatwo stwierdzić, wyraźne, oczywiste, niewątpliwe, bezsporne” (...) w stosunku do cen rynkowych, a także wartości przedmiotu zamówienia, a zatem cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna (np. 1 zł), odbiegająca od cen ogólnie przyjętych na rynku, także wskazująca na wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytwarzania (...). Przedstawiona przez Odwołującego cena dla tego samego przedmiotu zamówienia (rękawice wzór 615/MON) prima facie wskazuje, że przedstawiona przez Konsorcjum cena nie była rażąco niska. Trudno za rażąco niską cenę uznać cenę jednostkową 33,64 zł w przypadku, gdy dwa lata wcześniej cena ta wyniosła 39,05 zł. Taki spadek ceny nie może być uznany za „nierealistyczny” czy „rażący”. Z ostrożności Konsorcjum wskazuje, że nieznaczny spadek ceny przedmiotu zamówienia wynika ze spadku ceny materiału - uprzednio rękawice były wykonywane z materiałów dostarczanych przez przedsiębiorstwo Gore - Tex, który był monopolistą w dostawach tego typu działań. Podobny spadek cen widoczny jest także w ofertach na inne artykuły do których produkcji wykorzystywano tę dzianinę (przykładowo: ocieplacz ćwiczebny wzór 621MON). Ponownie wskazał na orzecznictwo KIO, podnosząc, że Izba oddala zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnienia w przypadku, gdy wybrana oferta stanowi jedynie 26,2 proc. wartości kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a odwołujący nie wykazuje, że ceny podane przez wykonawców, oferujących najniższe ceny, nie funkcjonują na rynku. Tym bardziej trudno uznać przedmiotowy zarzut za zasadny w przypadku, gdy cena oferty Konsorcjum stanowi 73,8 proc. wartości kwoty przeznaczonej przez zamawiającego, a Odwołujący nie wykazał, że jest to cena, która nie funkcjonuje na rynku. Cena rażąco niska to bowiem przede wszystkim cena odbiegająca od cen rynkowych, co powinno zostać wykazane przez odwołującego. Wskazał również, że (...) sam Odwołujący jako cenę dopuszczalną wskazuje w odwołaniu wartość 36,44 zł. Natomiast Uczestnik postępowania, konsorcjum przedsiębiorstw P.P.H.U. „Bogmar” B..... J..... B..... oraz Trawena S.A., jako cenę jednostkową wskazał kwotę 34,10 zł, czyli o jedyne 46 groszy (sic!) niższą od ceny jednostkowej określonej przez Konsorcjum. Zgodnie natomiast z orzecznictwem KIO ceny zawarte w innych ofertach złożonych w postępowaniu są najważniejszym punktem odniesienia przy badaniu wystąpienia ceny rażąco niskiej. Zestawienie kwot proponowanych przez innych wykonawców z ceną oferty Konsorcjum nie pozwala uznać, że cena wskazana przez Konsorcjum była „rażąco niższa”. Przystępujący podniósł również, że (...) zgodnie z regułami dowodowymi, w przypadku zarzutu stosowania dumpingu socjalnego, Odwołujący obowiązany jest wykazać, że proponowana przez Konsorcjum cena w rzeczywistości narusza w ten sposób zasady konkurencji. Zgodnie z orzecznictwem KIO, gdy zarzut rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie innego wykonawcy podnosi inny wykonawca, to musi on udowodnić, że podnosi ten zarzut trafnie (...). Nie wystarczą przy tym ogólne zarzuty, albowiem, podobnie jak wyjaśnienia, także i zarzut powinien być oparty o szczegółowe

14

wyliczenia poparte dowodami, mające charakter biznes planu. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił chociażby wyliczenia wskazującego na rzekomy „dumping socjalny”, wskazując bez jakiegokolwiek uzasadnienia na kwotę 36,44 zł jako minimalną rzeczywistą cenę rękawic. Stwierdził, że „sam fakt stwierdzenia ceny najniższej nie jest podstawą do odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przedstawiona przez Konsorcjum cena oferty w zestawieniu z określoną wartością zamówienia, cenami ofert konkurujących wykonawców (w tym Odwołującego) nie może być uznana za cenę rażąco

niska. Nadto, Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu wskazującego na okoliczność, że oferta stanowi przejaw „dumpingu socjalnego”.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu, albowiem Izba za zasadny uznała zarzut braku zastosowania przy badaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Unifeq Europę sp. z o.o. oraz Ningbo Evergreen Knitting Co Ltd, [dalej Konsorcjum Unifeq], a w konsekwencji przy ocenie tej oferty - procedury określonej art. 90 ust.1 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie zarzuty podlegają oddaleniu.

Odwołujący w zakresie zadania 1 wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert, dokonanie powtórnej czynności oceny ofert oraz o wykluczenie Konsorcjum Unifeq z postępowania, a ponadto o wezwanie Konsorcjum Unifeq do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, a w przypadku nie uzyskania wiarygodnych wyjaśnień odrzucenie tej oferty. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Unifeq nie przedstawiło dla członka Konsorcjum Ningbo Evergreen Knitting Co. Ltd. z siedzibą w ChRL wymaganych specyfikacją dokumentów, a mianowicie brak jest [rozdział VI pkt 6 siwz] dokumentu: (1) potwierdzającego, że wobec członka Konsorcjum nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie oraz (2) zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i (3) dokumentu potwierdzającego wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością [pkt 6.2 w rozdziale X siwz]. Te okoliczności, zdaniem wykonawcy, wobec już uprzedniego wezwania, powinny skutkować wykluczeniem Konsorcjum z tego postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem wnoszącego odwołanie, Konsorcjum Unifeq złożyło również nieprawdziwe informacje dotyczące podpisów złożonych na ofercie, albowiem jego zdaniem wątpliwym jest, aby p. P..... K..... [jeden z podpisujących ofertę] mógł w tym czasie, wobec pobytu w Chinach, złożyć podpis pod

15

---

ofertą. Wskazano również na zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Unifeq, podnosząc, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Unifeq. Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, skutkują naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 ust 2 4, art. 24 ust 2 pkt 3, art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 1 i 2a) ustawy Pzp oraz § 4 ust 1 ppkt 1 lit. a) i ust 3, a także § 6 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane [dalej rozporządzenie], a także art. 90 ust 1, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzuty z odwołania do oferty Konsorcjum Unifeq, dotyczące warunków podmiotowych oraz nieprawdziwych informacji, Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. W niniejszej sprawie ciężar dowodzenia, co do braku dokumentów oraz złożenia nieprawdziwych informacji, przede wszystkim dotyczy Odwołującego, albowiem to ten wykonawca wskazał na organy właściwe w ChRL do wystawiania spornych dokumentów, kwestionując jednocześnie treść przedłożonych dokumentów, a nawet, wskazując na art. 1138 kpc, zaprzecza ich prawdziwości, aczkolwiek – Izba zauważa, że nie zaprzeczono autentyczności dokumentu. Także zarzut nieprawdziwych informacji, związanych z podpisem złożonym na ofercie przez przedstawiciela jednego z członków Konsorcjum, wymagał, co najmniej uprawdopodobnienia przez Odwołującego. Zdaniem Izby, wnoszący odwołanie wykonawca, w zakresie powyższych zarzutów, nie przedstawił stosownych dowodów, potwierdzających jego stanowisko i tym samym te zarzuty podlegają oddaleniu.

Odnosnie dokumentu dotyczącego potwierdzenia, że wobec podmiotu nie otwarto

jego likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości oraz, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że organem uprawnionym do wydawania tego typu zaświadczeń w ChRL jest Sąd Ludowy. Wyciąg z Prawa upadłościowego [według prawa chińskiego] wskazuje tylko, że sąd ten jest wyłącznie organem właściwym do rozpatrywania wniosku o zgłoszenie upadłości i na tej podstawie nie można wywodzić, zdaniem Izby, że jest on właściwy [bądź też wyłącznie właściwy] do

16

---

wydawania zaświadczeń o nieotwarciu likwidacji i nieogłoszeniu upadłości (...). Pośrednio to stanowisko potwierdza także przedłożone przez Odwołującego zaświadczenie dla spółki Huawei Technologies Co., Ltd [z datą wystawienia 3.09.2008 r.], w którym Wydział Rejestracji Wniosków Rejonowego Sądu Ludowego w Shenzhent stwierdza, że do tego sądu [Wydziału] nie wpłynął żaden wniosek o ogłoszenie upadłości i likwidacji tej spółki. Tym samym, zdaniem Izby, mając na uwadze § 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) oraz okoliczności niniejszej sprawy, powoływanie się przez Konsorcjum na odpis z Rejestru oraz na Licencję Prowadzenia Działalności Gospodarczej i na oświadczenie złożone przed notariuszem, [kraju, w którym wykonawca ma siedzibę], było uprawnione w okolicznościach niniejszej sprawy. Izba zauważa, że również odpowiedź Ambasady RP w Chinach nie potwierdza, że takim uprawnionym i wyłącznym organem jest Sąd Ludowy w CHRL, albowiem ta odpowiedź dotyczy generalnie zaświadczeń, o które może ubiegać się przedsiębiorca.

Podobnie drugi z dokumentów – Zaświadczenie o uregulowaniu podatków - dotyczący potwierdzenia nie zalegania przez członka Konsorcjum z uiszczaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne – nie został również, w ocenie Izby, skutecznie zakwestionowany. W tym przypadku Izba stwierdza, że przedkładanie zaświadczeń dla innego podmiotu z siedzibą w Pekinie i powoływanie się wyłącznie na taki organ, jak Centrum Zarządzania Funduszami Ubezpieczeń Społecznych [wystawca zaświadczeń również z siedzibą w Pekinie] - nie może być uznane za dowód w niniejszej sprawie, tym bardziej, że spółka Ningbo Evergreen Knitting Co. Ltd. ma siedzibę w mieście Fenghua, w innej prowincji niż Pekin, odległym 1450 km od Pekinu. Także - wskazane wyżej - wyjaśnienia Ambasady RP w Chinach, informujące o możliwości uzyskania takiego zaświadczenia, nie stwierdzają wyłącznego organu, jako uprawnionego wystawcy dokumentu. Dalej Izba podnosi, że wnoszący odwołanie nie wskazał podstaw prawnych do twierdzeń, że w prawie CHRL, podobnie, jak w polskim systemie ubezpieczeniowym, obok ubezpieczenia społecznego, funkcjonuje odrębnie ubezpieczenie zdrowotne. Zdaniem Izby, z przedłożonego przez przystępujące Konsorcjum wyjaśnienia [Confirmation], którego wystawcą jest Urząd Ubezpieczeń Społecznych Fenghua [pismo z 19.07.2013 r.], a dotyczącego certyfikatu nr 883130087 [Zaświadczenie o uregulowaniu podatków] wynika, że ubezpieczenia zdrowotne są składnikiem ubezpieczenia społecznego. Izba nie pomija, że to wyjaśnienie jest podważane przez wnoszącego odwołanie na podstawie art.1138 kpc, co do prawdziwości zawartych w nim treści, jednakże Izba zwraca uwagę, że wskazany przepis [zdanie drugie] dotyczy takiego zagranicznego dokumentu urzędowego, którego autentyczności strona zaprzeczyła, a nie jego prawdziwości. Stąd, tak sformułowany zarzut nie powodowałby konieczności podjęcia procedury związanej z dokonaniem legalizacji tego dokumentu, albowiem tylko zaprzeczenie [przez stronę lub uczestnika postępowania] autentyczności

17

---

zagranicznego dokumentu urzędowego sprawia, że wymagane jest uwierzytelnienie tego dokumentu, dla nadania mu mocy dowodowej. W tym przypadku, w razie zaprzeczenia autentyczności zagranicznego dokumentu urzędowego [ale nie zaprzeczenia zgodności jego treści z prawdą] osoba, która takim dokumentem chce się posłużyć, zobowiązana byłaby uwierzytelnić taki dokument. Na marginesie Izba dodaje, że takie uwierzytelnienie [zagranicznego dokumentu urzędowego] przez polskie przedstawicielstwo dyplomatyczne lub urząd konsularny zawierałoby potwierdzenie autentyczności dokumentu, tj. autentyczności podpisu i pieczęci zawartych na dokumencie, oraz potwierdzenie zgodności dokumentu z prawem państwa przyjmującego, tj. że organ, który sporządził dokument, był do tego powołany zgodnie z prawem miejscowym i, że forma dokumentu jest zgodna z takim prawem.

Kolejny zarzut dotyczący nie złożenia dokumentu, potwierdzającego wdrożenie i

funkcjonowanie systemu zarządzania jakością także jest nie zasadny. W tym przypadku Izba zwraca uwagę na brzmienie postanowienia z pkt 6.2 [rozdział V] specyfikacji, w którym wymagano przedłożenia dokumentu, potwierdzającego spełnianie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, a mianowicie dokument stwierdzający „Wdrożenie i funkcjonowanie systemu zarządzania jakością wg normy AQAP 2130 lub PN-EN ISO 9001.” Taki dokument – Certyfikat dotyczący systemu zarządzania jakością - ze wskazaniem wymaganej normy został przez Konsorcjum przedłożony w ofercie. Argumentacja Odwołującego, że (...) Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów, tylko zaświadczenia podmiotów mających siedzibę w tych krajach (UE lub EOG) mogą być podstawą do uznania, że warunek wdrożenia systemu zarządzania jakością jest spełniony,” nie została poparta żadnym dowodem. Również wykładnia § 6 rozporządzenia o dokumentach (...) nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, przede wszystkim w literalnej wykładni przytoczonych przepisów, a ponadto wykładania proponowana przez Odwołującego prowadziłaby do oczywistej dyskryminacji wykonawców mających siedzibę poza UE. Podmioty te, posiadające takie same, międzynarodowe certyfikaty, stwierdzające stosowanie tych samych norm, podlegałyby wykluczeniu wyłącznie z tego powodu, że certyfikaty te wydano według właściwości ich miejsca zamieszkania/siedziby. Tak jak słusznie podniósł Przystępujący wykonawca po stronie Zamawiającego [Konsorcjum Unifeq] „Normy ISO 9000 są międzynarodowymi standardami opracowanymi przez Międzynarodową Organizację Normalizacyjną ISO, poświęconymi systemowi zapewnienia jakości i to jakości procesów towarzyszących powstawaniu wyrobu. Zadaniem norm jest stworzenie skutecznego sposobu zarządzania, pozwalającego na stabilną jakość wyrobu, w więc odnoszą się do organizacji pracy np. poprawy samokontroli wśród załogi, wzrostu odpowiedzialności za jakość wyrobu, zmniejszenie zbędnego zużycia surowców, materiałów, energii i czasu przeznaczanych wcześniej na korygowanie niezgodności, prorynkową reorientację przedsiębiorstwa,

18

---

zmniejszenie kosztów produkcji, ukierunkowanie nadzoru nad jakością w stronę redukcji, eliminowania i zapobiegania niezgodnościom, stworzenie sytuacji, w której czynniki ludzkie, techniczne, administracyjne znajdują się pod kontrolą”. W specyfikacji Zamawiający wyraźnie określił systemy zarządzania jakością i wskazał normy, do których należy się odnieść, przedstawiając m.in. certyfikat ISO 9001. Skoro zatem normy ISO są międzynarodowymi standardami, to niewątpliwie certyfikat ISO wystawiony poza terytorium UE jest innym dokumentem, który potwierdza stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem w rozumieniu § 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odnośnie zarzutu nieprawdziwych informacji, uznając również ten zarzut za niezasadny, Izba stwierdza brak dowodu, że w ofercie złożonej przez Konsorcjum Unifeq nie znajduje się podpis p. P..... K..... Zdaniem Izby, brak jest dowodu na to, że wyjaśnienia z dnia 14 maja 2013 r., chociażby hipotetycznie wykluczają możliwość złożenia podpisu na dokumencie w Chinach i następnie jego przesłanie do Polski przez osobę, która w tym czasie przebywała w ChRL. Przedłożona ekspertyza grafologa nie może być uznana za dowód w niniejszej sprawie, chociażby dlatego, że sam wystawca opinii [str 5] stwierdza, że (...) przedstawiony obecnie do badań materiał dowodowy (w postaci kserograficznego obrazu podpisu) nie pozwala na kategoryczne wnioskowanie, a jedynie – na wniosek w formie prawdopodobnej. Ponadto taki dowód, stanowić mogłaby wyłącznie opinia przedstawiona przez biegłego powołanego przez odpowiedni organ, w tym przypadku KIO, jeżeli byłaby niezbędna dla rozstrzygnięcia sprawy, co nie było w niniejszej sprawie wnioskowane przez Odwołującego. Także ekspertyza grafologiczna dokonana na podstawie kserokopii nie może stanowić wiarygodnego materiału dowodowego, albowiem ustalenie autentyczności podpisów zamieszczonych na dokumencie nie jest możliwe, w przypadku, gdy dokument jest kopią techniczną i taka opinia [wykonana na podstawie kserokopii podpisu] nie może być z pewnością uznana, jako dowód w sprawie.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń, nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia w przedmiotowym postępowaniu art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 ust 2 4, art. 24 ust 2 pkt 3, art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 1 i 2a) ustawy Pzp oraz § 4 ust 1 ppkt 1 lit. a) i ust 3, a także § 6 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Zasługuje natomiast na uwzględnienie, w ocenie Izby, zarzut, dotyczący nie

zastosowania przy badaniu [i w konsekwencji przy ocenie] oferty Konsorcjum Unifex procedury określonej art. 90 ust.1 ustawy Pzp. W tym przypadku, Izba przede wszystkim stwierdziła, że Zamawiający nie prowadził analizy cen złożonych ofert, w kontekście wykluczenia złożenia w ofertach ceny rażąco niskiej. Prowadzona ocena dotyczyła tylko –

19

jak wskazano w protokole nr 4 - oceny rachunkowej. Badanie i następnie ocena tej oferty, powinna być, uwzględniając okoliczności danej sprawy i celem zapewnienia należytej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z umową w sprawie zamówienia publicznego oraz celem zapewnienia poszanowania zasady uczciwej konkurencji, jedną z zasadniczych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podziela pogląd Odwoływającego, że ustawa Pzp nie zawiera definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”, a zatem tym bardziej ewentualne zastosowanie przesłanki odrzucenia z art. 89 ustawy Pzp wymaga, dla każdego z przypadków, uprzedniego racjonalnego i indywidualnego rozpatrywania, z zastosowaniem także wykładni językowej tego pojęcia. Oczywiście kryterium rozstrzygającym o podjęciu procedury na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp nie może być – na gruncie ustawy Pzp – wyłącznie kryterium arytmetycznym, jednakże w niniejszej sprawie, różnice cenowe są jednym z istotnych elementów, albowiem – tak jak ustaliła Izba - wartość szacunkowa dla zadania 1 ustalona została w odniesieniu do 126 tys. rękawic [tak jak wymagano w ofercie] na kwotę netto 4.479.602, 40 tys. zł [z VAT - 5.743.080,00 zł], a Konsorcjum w ofercie wskazało na wartość netto – 3.446.100 – brutto 4.238.703,00 zł, ustalając cenę jednostkową na kwotę 36,64 zł. Dalej Izba uwzględniła, informacje z ostatnich lat - o cenach podobnego przedmiotu zamówienia (rękawice wzór 615/MON) [2003 r. - 57,30, 2004 r. - 60,39, 2006 r. - 56,73, 2007 r. - 57,52, 2008 r. - 58,74, 2009 r. - 59,98, 2010 r.-59,98, a w 2011 r. - 39,05]. Według tych ustaleń, zdaniem Izby, cena oferty konsorcjum Unifex różni się istotnie od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego [ca” 1,5 mln zł] oraz jest znacząco niższa [o 20%] od najniższej z wieloletniego zestawienia. Izba zwraca ponadto uwagę, że w niniejszej sprawie Zamawiający wskazał na umowę za rok 2012 z ceną jednostkową 29,80 zł za ilość 12 016 par rękawic, która to umowa była zawarta z wykonawcą wykluczonym z tego postępowania, mianowicie wykonawca - PARTNER P.P.H.U. BOGMAR B..... J..... B..... Import-Export, z Bielska-Białej [przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego], z uwagi na nieterminowe dostawy na podstawie tej umowy. Izba podkreśla, że w powołanej umowie cena jednostkowa netto 29,80 zł [brutto – 36,64 zł], dotyczyła rękawic w ilości tylko 12 016 par, a wykonawca tej umowy dostawy realizował nienależycie, co stanowiło podstawę do jego wykluczenia z przedmiotowego postępowania. Ponadto zamawiający nie wykazał, że wymogi jakościowe i materiałowe były tożsame, jak w niniejszym postępowaniu na dostawę 126 tys. par. Przystępujący wyjaśnił jednocześnie, że ceny zastosowane w umowie na rok 2012 pozwalały pokryć tylko koszty realizacji i niewykluczone zatem, że to mogło nie pozwolić wykonawcy na rzetelne i terminowe wywiązywanie się z umowy. Wykonawca przystępujący po stronie Odwoływającego w toku rozprawy podał również, że oferowana przez niego stawka [36,65 zł brutto] – bliska stawce z oferty wybranej Konsorcjum Unifex – jest wynikiem zapasów w magazynach z roku poprzedniego i tym samym mógł zaoferować

20

konkurencyjną cenę. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że takie działanie wykonawcy było niezgodne ze specyfikacją, albowiem zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia [zał. nr 1 do siwz] wymagał, aby zamówienia pochodziły z produkcji 2013 r. i były fabrycznie nowe. Izba zwraca uwagę, że Konsorcjum Unifex dopiero w piśmie procesowym powołuje się na dostęp do materiałów na korzystnych warunkach, jednakże ta okoliczność na etapie badania i wyboru najkorzystniejszej oferty nie była przedmiotem analizy Zamawiającego. Argumentacja o możliwości zakupu tańszych materiałów w roku 2013, tak jak podnosi Konsorcjum, wskazując na inne postępowania, nie należy, zdaniem Izby, do faktów notoryjnych. Przede wszystkim ustalenie możliwości korzystania z takich materiałów przez danego wykonawcę, z pewnością musi być poprzedzone stosowną analizą. Izba nie podzieliła argumentacji Konsorcjum Unifex, że trudno za rażąco niską cenę uznać cenę jednostkową 33,64 zł w przypadku, gdy dwa lata wcześniej cena ta wyniosła 39,05 zł. Być może taki spadek ceny – w warunkach kryzysu - nie może być uznany za „nierealistyczny” czy „rażący”, jednakże w przypadku oferowania cen w postępowaniu o zamówienie, ta

okoliczność powinna być przedmiotem pogłębionej i rzetelnej analizy, również z uwzględnieniem minimalnych kosztów wynagrodzenia w Polsce, szczególnie gdyby przedmiot tego zamówienia miałby być produkowany [wykonywany] w Polsce, celem wykluczenia, że oferta stanowi przejaw „dumpingu socjalnego”. Ta bowiem okoliczność wskazywałaby na nierespektowanie obowiązujących w kraju odbiorcy [w tym przypadku w RP] zasad zatrudniania i wynagradzania pracowników, ochrony zdrowia i bezpieczeństwa. Brak ich poszanowania byłby sprzeczny z art. 49 TWE (art. 56 TFUE) i naruszałby zasady konkurencji. Jednocześnie Izba stwierdza, że nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, albowiem dopiero wynik prowadzonej procedury na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp może rozstrzygnąć o podstawach odrzucenia oferty Konsorcjum.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).