

**Sygn. akt: KIO 1748/14**

**KIO 1752/14**

**WYROK**

**z dnia 4 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz  
Marek Koleśnikow  
Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2014 r. przez:

- A. wykonawcę Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-972), przy ul. Hłonda 10/103 (sygn. akt KIO 1748/14),
- B. wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (65-410), przy ul. Fabrycznej nr 13 lok. 1 (sygn. akt 1752/14),

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa, przy udziale:

- A. wykonawcy Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie (01-271), przy ul. Kolejowej 5/7, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1748/14 i KIO 1752/14 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-271), przy ul. Kolejowej 5/7, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1748/14 po stronie Odwołującego, a w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14 po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (65-410), przy ul. Fabrycznej nr 13 lok. 1, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1748/14 po stronie Odwołującego,

D. wykonawcy Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-972), przy ul. Hlonda 10/103, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1A. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1B. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty wykonawcy Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie (01-271), przy ul. Kolejowej 5/7,
  - 1C. wezwanie wykonawców Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-271), przy ul. Kolejowej 5/7 i Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-972), przy ul. Hlonda 10/103 do uzupełniania listy podmiotów należącej do tej samej grupy kapitałowej.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa i:
  - 2A. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołujących – Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-972), przy ul. Hlonda 10/103 oraz Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (65-410), przy ul. Fabrycznej nr 13 lok. 1 tytułem wpisów od odwołań,
  - 2B. zasądza od Zamawiającego – Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa na rzecz Odwołującego – Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-972), przy ul. Hlonda 10/103 kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2C. zasądza od Zamawiającego – Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa na rzecz Odwołującego – Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (65-410), przy ul. Fabrycznej nr 13 lok. 1 kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) 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.2013.907 j.t. 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:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1748/14**

**KIO 1752/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z 45 miesięcznym serwisem” (znak sprawy: TZ/271/21/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2014 r. pod nr 2014/S 084-146405.

W dniu 14 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Arcus z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7, zwanego dalej „Wykonawcą Arcus”.

Wskazana powyżej czynność zaskarżona została odwołaniami z dnia 25 sierpnia 2014 r., wniesionymi przez:

1. wykonawcę Teneo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-972), przy ul. Hłonda 10 lok. 103, zwanego dalej, w sprawie o sygn. akt KIO 1748/14 „Odwołującym Teneo”, a w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14 „Wykonawcą Teneo”,
2. wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (65-410), przy ul. Fabrycznej lok. 13 nr 1, zwanego dalej, w sprawie o sygn. KIO 1748/14 „Wykonawcą Galaxy”, natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14 – „Odwołującym Galaxy”.

### **Sygn. akt KIO 1748/14**

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Arcus pomimo, że całkowita cena brutto oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 7 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Wykonawcę Arcus wyjaśnień i uznanie, że przedstawione wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że oferta złożona przez ww. nie zawiera rażąco niskiej

ceny pomimo, że jest odwrotnie.

Odwołujący Teneo wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. przeprowadzenie ponownej procedury badania oferty złożonej przez Wykonawcę Arcus,
3. odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę Arcus, zgodnie z zarzutami zawartymi w treści odwołania,
4. uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego Teneo;

Odwołujący Teneo wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp interes Odwołującego Teneo, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, doznał uszczerbku. Jego oferta uzyskała 89,57 punktów (procent) i została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu. Gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy Pzp i odrzucił ofertę Wykonawcy Arcus, to oferta Odwołującego Teneo zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą (jako że w takim przypadku jego oferta zawierałaby najniższą cenę z ofert niepodlegających odrzuceniu). Zatem gdyby nie naruszenie przepisów Pzp przez Zamawiającego, zamówienie zostałoby udzielone Odwołującemu Teneo. Ma on zatem interes w złożeniu odwołania, w tym w szczególności interes majątkowy (finansowy).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Teneo stwierdził, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. Z porównania wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia (41.782.929,00 zł), powiększonej o właściwą stawkę podatku od towarów i usług, z ceną brutto oferty złożonej przez Wykonawcę Arcus wynika, że cena oferty stanowi około 70 % tej wartości. Cena zaoferowana przez Wykonawcę Arcus za realizację przedmiotu zamówienia jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych.

Następnie Odwołujący Teneo wskazał na obowiązki Zamawiającego wynikające z przepisów art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz stwierdził, że w art. 90 ust 2 Pzp ustawodawca wskazał przykładowo obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulację ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień udzielanych w trybie ust. 1 wspomnianego przepisu. Tymczasem, w ocenie Odwołującego Teneo, złożone przez Wykonawcę Arcus wyjaśnienia potwierdzają, że nie ma możliwości, aby zaoferowana przez niego cena pokrywała koszty realizacji zamówienia. Odwołujący Teneo zaznaczył, że biorąc pod uwagę stopień skomplikowania przedmiotowego

zamówienia, jak też nakłady pracy niezbędne do jego należytej realizacji, przy mocno konkurencyjnym rynku IT i zbliżonych marżach obowiązujących na nim, nie ma żadnej możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia za cenę 36.235.645,83 zł. Zatem zaistniały stan faktyczny bezpośrednio prowadzi do sytuacji, w której realizacja zamówienia nie pozwala na utrzymanie rentowności Wykonawcy Arcus, naraża go na straty wynikające z realizowania zadania poniżej kosztów.

Odwołujący Teneo zasygnalizował, że na podstawie umowy o numerze 16609/993200/1/2011, zawartej w wyniku postępowania o numerze TZ/370/77/11, świadczy na rzecz Zamawiającego, w latach 2011-2015, dostawy sprzętu i oprogramowania o zbieżnym zakresie, jak w przedmiotowym zamówieniu. Tym samym ma największą wiedzę wśród wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu o warunkach realizacji tego typu zamówienia na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący Teneo podkreślił, że zaoferował identyczny sprzęt i oprogramowanie, co Wykonawca Arcus. W konsekwencji wywiódł, że – przy założeniu, że Odwołujący i Wykonawca Arcus mają zbliżone ceny zakupu sprzętu i oprogramowania oraz podobne ceny serwisu, który jest głównie warunkowany kosztami osobowymi oraz kosztami materiałów eksploatacyjnych, jak najbardziej porównywalnych, a w przypadku Odwołującego, w zakresie kosztów osobowych i z uwagi na skalę działalności, nawet mniejszych – nie ma realnych możliwości, aby cena zaoferowana przez Wykonawcę Arcus pozwalała na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, nie mówiąc o jego rzetelnej realizacji. Co prawda Wykonawca Arcus jest dystrybutorem na Polskę producenta zaoferowanego przez Odwołującego sprzętu i oprogramowania, jednak Odwołujący – z uwagi na długoletnią współpracę i duże obroty w handlu z tym producentem – otrzymał cenę zbliżoną do kosztów produkcji sprzętu i oprogramowania. Tym samym Wykonawca Arcus nie ma żadnych podstaw do uzasadniania wartości oferty dużymi rabatami otrzymanymi u producenta, gdyż rabaty te są zbliżone do rabatów otrzymanych przez Odwołującego Teneo.

Niezależnie od faktu, czy powyżej przedstawiona argumentacja potwierdza, że oferta złożona przez Wykonawcę Arcus zawiera rażąco niską cenę, powinna ona zostać – zdaniem Odwołującego Teneo – odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, gdyż Wykonawca Arcus – wezwany do złożenia wyjaśnień – zrobił to w sposób niewystarczający do oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący Teneo podkreślił, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a na wykonawcy ciąży obowiązek udzielenia wyjaśnień mających na celu obalenie tego domniemania. Oferta wykonawcy, który złożył niewystarczające wyjaśnienia powinna podlegać odrzuceniu w związku z nie obaleniem wskazanego wyżej domniemania

prawnego. Ponadto Odwołujący Teneo zwrócił uwagę, że nie jest wystarczające złożenie przez wykonawcę jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te powinny zawierać podanie obiektywnych, weryfikowalnych oraz konkretnych powodów, uzasadniających zastosowanie niskiej ceny. Wyjaśnienia mają zatem mieć charakter materialny, a nie formalny. Wykonawca Arcus powinien zatem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Przedstawione wyjaśnienia powinny być również poparte stosownymi dowodami. Same wyjaśnienia mają bowiem, jako oświadczenia pochodzące od podmiotu zainteresowanego rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawsze charakter subiektywny. Biorąc pod uwagę zaproponowaną przez Wykonawcę Arcus cenę należy stwierdzić, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające do uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca Arcus nie przedstawił obiektywnych dowodów, bądź zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny, opierając się jedynie na subiektywnych informacjach o ogólnym charakterze, wobec czego jego wyjaśnienia nie mogą stanowić uzasadnienia wysokości całości oferty, ergo powinna ona zostać odrzucona.

W konsekwencji powyższych rozważań Odwołujący Teneo uznał, że uzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako że Zamawiający – wbrew powołanym przepisom – zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Arcus pomimo, że całkowita cena brutto oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uzasadniony – w jego ocenie – jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, jako że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił złożone przez Wykonawcę Arcus wyjaśnienia i uznał, że potwierdzają one, jakoby oferta złożona przez niego nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie prezentując następującą argumentację.

Na wstępie podkreślił, że ocena czy zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską wymaga indywidualnego podejścia do każdego z oferentów, biorąc pod uwagę zarówno obiektywne przesłanki funkcjonowania podmiotów z danej branży rynku, jak i indywidualne przesłanki dotyczące danego podmiotu. Zaznaczył, że w dniu 22 lipca 2014 r. zwrócił się do Wykonawcy Arcus, w trybie przepis art. 90 ust. 1 Pzp, o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki elementy te wpłynęły na cenę z niej wynikającą. Zauważył również, że przepis art. 90 ust. 2 Pzp zawierający wytyczne do oceny złożonych wyjaśnień nie

ogranicza inicjatywy wykonawcy do wskazania również innych elementów mających wpływ na kalkulację ceny oferty. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdził, że Wykonawca Arcus, w pisemnej odpowiedzi na wezwanie (korespondencja z dnia 25 lipca 2014 r.), wskazał następujące czynniki, które miały wpływ na kalkulację ceny:

1. uzyskanie dużego wsparcia finansowego i logistycznego od Kyocera Document Solutions Inc. (producent zaoferowanych urządzeń), z uwagi na posiadany status dystrybutora i strategicznego partnera w Polsce,
2. uzyskanie od koncernu Kyocera Document Solutions Inc. wsparcia w zakresie gwarancji, limitów wydajnościowych na podzespoły i materiały eksploatacyjne oraz w zakresie cen części zamiennych do zaoferowanych urządzeń,
3. istniejące zaplecze serwisowe pokrywające terytorium Polski.

Z wyjaśnień wynikało, że powyższe okoliczności miały bezpośredni wpływ na obniżenie cen za serwis w przeliczeniu na stronę A4 we wszystkich segmentach zaoferowanych urządzeń, a zatem także na możliwość obniżenia całkowitej ceny za serwis, a w konsekwencji – na ostateczną cenę oferty Wykonawcy Arcus.

Zamawiający podkreślił, że dokonując oceny wyjaśnień Wykonawcy Arcus wziął pod uwagę następujące okoliczności:

1. postanowienia SIWZ przewidywały, że cena za dostawę urządzeń razem z oprogramowaniem nie mogła być wyższa niż 33% całkowitej ceny brutto oferty, a wartość usługi stanowić miała 67% wartości oferty; w konsekwencji największy wpływ na wartość całkowitą oferty Wykonawcy Arcus miała wycena usługi serwisowej, która – biorąc pod uwagę jej zakres – może być kształtowana dość dowolnie, w zależności od kosztów własnych wykonawcy i skali jego działania,
2. niższa cena oferowanego sprzętu „wymuszała” w konkurencyjny sposób, wobec oczekiwanej przez Zamawiającego proporcji opisanej powyżej, obniżenie ceny na usługę serwisową, a co za tym idzie – całości oferty,
3. pomiędzy wyceną usług serwisowych przez Wykonawcę Arcus (25.882.587,00 zł brutto), a wyceną Odwołującego (30.755.503,80 zł brutto) różnica wynosiła ok. 15%,
4. Wykonawca Arcus zrealizował dla Zamawiającego kilkanaście umów na dostawę i eksploatację drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z gwarancją, przez co znane mu są koszty usług serwisowych w umowach o porównywalnych parametrach,



5. Zamawiający jest odbiorcą usług serwisowych od innych wykonawców (w tym innych oferentów w Postępowaniu), zatem Zamawiającemu znane są koszty usług serwisowych w umowach o porównywalnych parametrach,
6. z uwagi na indywidualne uwarunkowania Wykonawcy Arcus (zaplecze serwisowe pokrywające geograficznie terytorium Polski, strategiczne partnerstwo z producentem zaoferowanych urządzeń, posiadane doświadczenie w świadczeniu usług podobnego rodzaju i relacje z producentem oferowanych urządzeń, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług – skala działalności), wykonanie zamówienia za taką cenę będzie dla tego podmiotu możliwe.

Zamawiający podkreślił, że dokonał rzeczywistej i szczegółowej oceny wyjaśnień Wykonawcy Arcus. Ocena ta, z uwzględnieniem ww. okoliczności, nie pozostawiła żadnych wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Arcus spełniają zatem obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 Pzp i nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności w obliczeniu ceny oferty. Wyjaśnienia udzielone przez wykonawców odnoszą się do czynników cenotwórczych i, zdaniem Zamawiającego, zasługują na uznanie.

Po pierwsze – Zamawiający kierując się udzielonymi wyjaśnieniami i korzystając z dostępnych informacji o cenach usług serwisowych, dokonał analizy całokształtu cen złożonych ofert, a w dalszej kolejności uznał przedmiotowe wyjaśnienia Wykonawcy Arcus za wystarczające i pozwalające stwierdzić, iż cena przedmiotowej oferty nie nosi znamion rażąco niskiej, co w konsekwencji skutkowało obaleniem domniemania ceny rażąco niskiej.

Po drugie, w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez Zamawiającego ciężar dowodu, co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Odwołującym Teneo.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że jeśli uznał złożone wyjaśnienia za wystarczające, to ciężar udowodnienia faktu, że wykonawca zaoferował cenę, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe spoczywa na Odwołującym. Tymczasem, zdaniem Zamawiającego, ograniczył się on tylko i wyłącznie do wskazania cytatów z orzeczeń Izby, nieskomplikowanych operacji rachunkowych o charakterze porównawczym oraz ogólników odnoszących się do samej treści wyjaśnień Wykonawcy Arcus, a nie do wskazania znamion, a przede wszystkim dowodów na poparcie tezy, że cena zaoferowana przez niego jest ceną rażąco niską. Odwołujący Teneo nie udowodnił, a zgodnie z zasadą ciężaru dowodu powinien to uczynić, że wartości przyjęte w ofercie Wykonawcy Arcus zostały niewłaściwie ustalone, tym samym, że oferta tego wykonawcy została wadliwie wyceniona

i nie pozwala na realizację zamówienia za ustaloną w ofercie cenę, a w konsekwencji, że oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpienie, po stronie Zamawiającego, zgłosił Wykonawca Arcus, natomiast po stronie Odwołującego Teneo – wykonawca Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-271), przy ul. Kolejowej 5/7 (dalej: „Wykonawca Decsoft”) oraz Wykonawca Galaxy.

### **Sygn. akt KIO 1752/14**

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego Galaxy, pomimo iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Arcus do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji – zaniechanie wykluczenia ww. z Postępowania,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Teneo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji – zaniechanie wykluczenia ww. z Postępowania,
4. art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców Teneo i Decsoft pomimo, iż złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik Postępowania przez nie wskazanie przynależności do tej samej grupy kapitałowej,
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Arcus i Teneo pomimo, iż zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
6. art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie, że oferty złożone przez wykonawców Arcus i Teneo nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców,
7. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Znk”

oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2007.50.331 z późn. zm.), zwanej dalej „UOKiK”, przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Arcus, Teneo i Decsoft pomimo, iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na złożeniu oferty w porozumieniu (wskazani wykonawcy uzgodnili warunki składanych ofert w szczególności w zakresie ceny), co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego Galaxy, a także innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiającego,

8. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący Galaxy wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Galaxy ,
3. wykluczenia Wykonawcy Arcus z udziału w Postępowaniu, a w przypadku nie podzielenia argumentacji dotyczącej zaniechania wykluczenia Wykonawcy Arcus – wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w przypadku ich nieuzupełnienia – wykluczenia Wykonawcy Arcus z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
4. wykluczenia Wykonawcy Teneo z udziału w Postępowaniu, a w przypadku nie podzielenia argumentacji dotyczącej zaniechania wykluczenia Wykonawcy Teneo – wezwania ww. do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w przypadku ich nieuzupełnienia – wykluczenia Wykonawcy Teneo z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
5. odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Arcus, Teneo, Decsoft,
6. dokonania wyboru oferty Odwołującego Galaxy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Galaxy stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania, jest on bowiem wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została zakwalifikowana na piątym miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez

Zamawiającego ww. przepisów prawa, interes Odwołującego Galaxy w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferty złożone przez wykonawców Arcus, Teneo i Decsoft zostałyby odrzucone, a oferta Odwołującego Galaxy podlegałaby ocenie i zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Zamawiający, przez zaniechanie wykluczenia wykonawców Arcus, Teneo i Decsoft oraz odrzucenia złożonych przez nich ofert, naruszył interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym, Odwołujący Galaxy utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, co z kolei powoduje, że może on ponieść szkodę.

Na uzasadnienie zarzutu dotyczącego bezprawnego odrzucenia jego oferty z uwagi na rzekomą niezgodność jej treści z treścią SIWZ Odwołujący Galaxy wskazał, że w uzasadnieniu faktycznym tej decyzji Zamawiający stwierdził, że w formularzu ofertowym wymagał od wykonawców wskazania producenta, modelu, typu i wersji zaoferowanych urządzeń. Pismem z dnia 31 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego Galaxy do złożenia wyjaśnień czy zaoferowane w jego ofercie urządzenia wielofunkcyjne: M3 (Xerox Workcentre 5901, V\_K) oraz M4 (Xerox Workcentre 7200, V\_T) wskazują jednoznacznie na typ i model urządzeń. Odwołujący Galaxy, w piśmie z dnia 14 sierpnia 2014 r., poinformował, że w jego ofercie dane oferowanych urządzeń M3 i M4 zostały podane prawidłowo. Jednak – zdaniem Zamawiającego – nie wskazują one wymaganego w SIWZ modelu i typu, w związku z czym, nie wiadomo jakie urządzenia zostały zaoferowane. Zamawiający wskazał również że wymagał wypełnienia w formularzu cenowym nazwy zaoferowanego oprogramowania oraz ilości zgodnie ze sposobem licencjonowania, podczas gdy Odwołujący Galaxy w swojej ofercie nie wypełnił wymaganej pozycji. Zdaniem Odwołującego podał on w złożonej ofercie wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje dotyczące urządzeń, w tym producenta, model, typ i wersję zaoferowanych urządzeń M3 i M4, co znalazło potwierdzenie w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego Galaxy w dniu 14 sierpnia 2014 r. Podane w ofercie informacje jednoznacznie identyfikują zaoferowane produkty, co umożliwia Zamawiającemu weryfikację ich zgodności z SIWZ. Ponadto Odwołujący podkreślił, że Zamawiający przewidział możliwość wezwania wykonawców do dostarczenia zaoferowanych urządzeń do testów mających na celu sprawdzenie spełniania wymagań technicznych, z czego nie skorzystał, a co w rozpoznawanej sprawie umożliwiłoby Zamawiającemu rozwianie wszelkich wątpliwości. Zaznaczył również, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie wymagał on podania w formularzu cenowym nazwy zaoferowanego oprogramowania oraz ilości zgodnie ze sposobem licencjonowania. W treści formularza zawarł bowiem następującą informację dotyczącą tej pozycji:

„\*\*Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia nazwy oprogramowania oraz ilości zgodnie ze sposobem licencjonowania. W przypadku, gdy cena oprogramowania wliczona

jest w cenę urządzeń Wykonawca nie wypełnia tej pozycji”.

W związku z tym iż w ofercie Odwołującego Galaxy cena oprogramowania wliczona została w cenę urządzeń nie był on zobligowany do wypełnienia tej pozycji. Ponadto w trakcie posiedzenia w sprawie o sygn. akt KIO 938/14 Zamawiający wielokrotnie podkreślał, iż nie oczekuje w takim wypadku wypełnienia nazwy i ilości licencji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niewykazania przez Wykonawcę Arcus spełnienia warunku udziału w Postępowaniu Odwołujący Galaxy przytoczył treść sekcji III.2.3) Ogłoszenia, w brzmieniu uwzględniającym jego zmianę z dnia 2 lipca 2014 r i oświadczył, że w załączonym do oferty złożonej przez Wykonawcę Arcus wykazie wykonanych dostaw (str. 12 oferty) wskazano na zamówienie zrealizowane dla mBank S.A. W kolumnie 2 wykazu zawarto następujący opis: „[...] dostawa 1250 szt. urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych w ramach zintegrowanej platformy drukowania, kopiowania, skanowania i faksowania w formie dzierżawy z odpłatnością za wydruk i kopię wraz z pełną obsługą serwisową”. Wartość zrealizowanego zamówienia wyniosła 16.000.000,00 zł, a umowa realizowana jest od dnia 14 grudnia 2010 r. (czas trwania umowy 60 m-cy). Odwołujący Galaxy stwierdził, że przywołana powyżej dostawa nie potwierdza spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia z następujących względów. Po pierwsze, Zamawiający wymagał, aby dostawa była już wykonana, natomiast zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Wykonawcę Arcus w wykazie umowa jest w trakcie realizacji. Mając na względzie fakt, że umowa jest nadal realizowana nie można również jednoznacznie stwierdzić czy w jej ramach Wykonawca Arcus dostarczył już wymagane 500 sztuk urządzeń drukujących lub kopiująco-drukujących. Nie wiadomo również, jaka była wartość dostaw, razem z usługą serwisową, zrealizowanych na dzień składania ofert. Z wykazu nie wynika również, że okres świadczenia usług serwisu wynosił zgodnie z warunkiem 12 miesięcy.

W powyższych okolicznościach Zamawiający zobowiązany był wezwać ww. wykonawcę do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Tytułem uzasadnienia analogicznego do powyższego zarzutu względem Wykonawcy Teneo Odwołujący Galaxy zwrócił uwagę, że do oferty złożonej przez ww. załączono wykaz wykonanych dostaw (str. 12 oferty), w którym podano usługę zrealizowaną dla Zamawiającego. Zgodnie z zamieszczonym w wykazie opisem przedmiotu dostawy, dostawa obejmowała 2240 szt. drukarek wraz z obsługą serwisową 46-miesięcy. Do wykazu dołączono List referencyjny nr 517 (str. 14 oferty), z którego wynika, iż „[...] w ramach umowy firma dostarczyła terminowo i z należytą starannością łącznie 2 240 szt. drukarek

laserowych w trzech typach” oraz „[...] Firma Teneo udzieliła w ramach w/w umowy 46-miesięcznej gwarancji na dostarczony sprzęt tj. do dnia 30.10.2015 r. Do dnia wystosowania tego pisma wystąpiło 6 przypadków nieterminowego wykonania naprawy”. Następnie wymieniono noty księgowe wraz z podaniem dat i liczby dni opóźnienia (od 1 dnia opóźnienia do nawet aż 16 dni opóźnienia). W świetle powyższego, bezspornym – w ocenie Odwołującego Galaxy – jest, że dostawa wykazana w wykazie Wykonawcy Teneo nie została wykonana należycie i nie może zostać wykazywana w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Niewykonanie należycie wykazywanej dostawy w zakresie napraw należy potraktować jako nienależyte wykonanie umowy. Fakt, iż Wykonawca Teneo kilkakrotnie opóźniło się z naprawą podważa możliwość wykonania przez niego zamówienia o określonej skali i wartości.

Wobec tego Zamawiający zobowiązany był – zdaniem Odwołującego Galaxy – wezwać Wykonawcę Teneo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, czego zaniechał.

W związku z zarzutami dotyczącymi rażąco niskiej ceny ofert wykonawców Arcus i Teneo Odwołujący Galaxy zauważył, że ceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu kształtowały się następująco:

Wykonawca Arcus – 36.235.645,83 zł

Wykonawca Teneo – 40.453.192,86 zł

DIR sp. z o.o. – 40.912.977,12 zł

Wykonawca Decsoft – 45.844.918,74 zł

Odwołujący Galaxy – 45.878.527,23 zł

Konica Minolta Business Solution sp. z o.o. – 48.905.358,30 zł

Infomex sp. z o.o. – 52.749.563,61 zł

Ediko sp. z o.o. – 55.992.121,00 zł

Konsorcjum Exxon i Wincor-Nixdorf – 61.214.680,50 zł

Koncept sp. o.o. – 79.982.718,99 zł

Podkreślił również, że kwota, która została przez Zamawiającego podana przed otwarciem ofert wynosiła 41.782.929,76 zł netto, czyli 51.393.003,60 zł brutto. Stwierdził, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę Arcus odbiega od ustalonej przez Zamawiającego kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia aż o 15.157.357,77zł (stanowi jedynie 71% tej wartości). Z kolei, cena zaoferowana przez Wykonawcę Teneo jest niższa od kwoty która na jego realizację zamierza przeznaczyć Zamawiający aż o 10.939.810,74 zł (stanowi ok 79% tej wartości). Powyższa analiza jednoznacznie wskazuje, iż ceny zawarte w ofertach złożonych przez wykonawców Arcus i Teneo są

cenami nierealistycznymi, nieadekwatnymi do zakresu i kosztów prac składający się na przedmiot zamówienia. Ceny te wskazują na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi, gdyż za tak określone ceny nie jest możliwe zrealizowanie całości przedmiotu zamówienia. Odwołujący Galaxy zaznaczył, że ceny zaoferowane przez ww. w znaczny sposób odbiegają również od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, w tym Odwołującego Galaxy, które to ceny są cenami rynkowymi. Cena zaoferowana przez Wykonawcę Arcus jest o ponad 4.000.000,00 zł niższa od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Teneo oraz o ponad 9.000.000,00 zł niższa od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Decsoft, który pod względem ceny uplasował się na czwartym miejscu w rankingu ofert (oferta która została sklasyfikowana na 3 miejscu w rankingu ofert została przez Zamawiającego odrzucona) oraz od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Ceny zaoferowane przez Wykonawcę Decsoft i Odwołującego są bardzo zbliżone. Z kolei cena zaoferowana przez Wykonawcę Teneo jest niższa od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Decsoft i Odwołującego o ponad 5.000.000,00 zł.

Odwołujący podsumował, że w świetle przedstawionych powyżej okoliczności, bezspornym jest, iż ceny zaoferowane w ofertach wykonawców Arcus i Teneo są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym, oferty złożone przez ww. winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców Arcus i Teneo na wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 22 lipca 2014 r. Odwołujący Galaxy podkreślił, że są one bardzo lakoniczne i ogólnikowe, a tym samym nie mogą zostać uznane za potwierdzające, iż ceny zaoferowane przez ww. nie są cenami rażąco niskimi. Wskazani wykonawcy ograniczyli się do podania jedynie lakonicznych stwierdzeń, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na ich poparcie. Co więcej, nie przedstawiono związku pomiędzy zaprezentowanymi w wyjaśnieniach czynnikami, a cenami ofert. Ponadto Odwołujący Galaxy stwierdził, że czynniki wskazane przez wykonawców Arcus i Teneo są właściwe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a zatem nie mogą zostać uznane za obiektywne, wpływające na obniżenie ceny danego wykonawcy i tylko jemu dostępne.

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przekazanych Zamawiającemu w dniu 25 lipca 2014 r. Wykonawca Arcus podał, że od kilkunastu lat jest dystrybutorem urządzeń marki Kyocera w Polsce i przez te lata dokonał dostaw i instalacji kilkudziesięciu tysięcy urządzeń na terenie kraju. Strategiczny partner Kyocera Document Solutions Inc. szczególnie priorytetowo traktuje duże postępowania przetargowe, a do takich należy Postępowanie „[...] Właśnie z tego powodu uzyskaliśmy bardzo duże wsparcie finansowe oraz logistyczne

ze strony firmy Kyocera. Kyocera jako producent urządzeń wsparła również ten projekt od strony gwarancji, limity wydajnościowe na poszczególne podzespoły i materiały eksploatacyjne, uzyskane w ten sposób całościowy rabat pozwolił nam na złożenie wyjątkowo korzystnej oferty na dostawę urządzeń wraz z gwarancją i obsługą serwisową zgodnie z wymogami SIWZ". Odwołujący Galaxy zwrócił uwagę, że w zacytowanym fragmencie wyjaśnień nie określono jednak jaki jest rabat związany z gwarancją, limitami wydajnościowymi, a przede wszystkim, w jaki sposób wpływa on na obniżenie zaoferowanej ceny. Z uwagi, zatem na bardzo ogólne uargumentowanie przez Wykonawcę Arcus czynników mających wpływ na wysokość ceny należy uznać, iż potwierdzają one, że cena zaoferowana przez niego jest ceną rażąco niską. Co więcej, Wykonawca Arcus nie przedstawił żadnych dowód na potwierdzenie wskazanych w wyjaśnieniach okoliczności. Podobnie w przypadku stwierdzenia, że „[...] producent systemu MQ udzielił nam wyjątkowo dużego wsparcia technicznego, logistycznego, informatycznego oraz cenowego w zakresie przygotowania naszej oferty. Umożliwiło nam to zaoferowanie bardzo korzystnej ceny za zaproponowane Państwu rozwiązanie zgodne z SIWZ" wezwany nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, ani nie wykazał w jakim zakresie i w jaki sposób wsparcie udzielone przez producenta systemu MQ miało wpływ na obniżenie ceny. Ponadto, Wykonawca Arcus powołał się na duże doświadczenie w tego typu postępowaniach oraz na zaplecze serwisowe, co pozwoliło na znaczne zmniejszenie kosztów serwisu, przy czym również w tym przypadku nie wykazał w jaki sposób okoliczności te wpłynęły na zaoferowaną cenę. Należy zauważyć, że inni wykonawcy biorący udziału w tym postępowaniu także posiadają duże doświadczenie, co nie spowodowało, iż ceny przez nich zaoferowane są na poziomie tak niskim, jak cena oferty Wykonawcy Arcus.

Odwołujący Galaxy zwrócił uwagę, że także Wykonawca Teneo złożył wyjaśnienia powołując się na te same czynniki, na które powołał się Wykonawca Arcus. Przykładowo objaśnił, że Wykonawca Teneo wskazało, jakoby podstawowym elementem mającym wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w Postępowaniu był specjalny rabat dystrybutora oferowanych modeli urządzeń Kyocera Document Solutions oraz oprogramowania system MyQ + Kyocera Net Admin oraz, że „[...] Obniżenie cen przez dystrybutorów urządzeń i oprogramowania dla Teneo Systems sp. z o. o. dotyczyło zarówno urządzeń, jak i materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych, co spowodowało znaczące zmniejszenie kosztów obsługi gwarancyjnej oraz zaoferowanego oprogramowania. Koncern Kyocera Document Solutions pomógł nam również w obsłudze finansowej jak i logistycznej planowanego kontraktu z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, w zaoferowaniu gwarancji na urządzenia i limity wydajnościowe na wszystkie podzespoły i materiały eksploatacyjne (bębny i tonery oraz inne elementy, które mogłyby ulec zużyciu w trakcie trwającej



eksploatacji podczas gwarancji)". Wykonawca Teneo nie przedstawił jednak wysokości ponoszonych kosztów, jak również sposobu i zakresu, w jakim obniżenie cen przez dystrybutorów miało wpływ na obniżenie zaoferowanej ceny. Nie złożył żadnych dowodów potwierdzających podnoszone przez siebie okoliczności. Powołał się także na doświadczenie w realizacji podobnych usług na rzecz Zamawiającego, które nie może jednak zostać uznane za obiektywny czynnik mający wpływ na obniżenie zaoferowanej ceny.

W konkluzji Odwołujący Galaxy stwierdził, że skoro złożone przez wykonawców Arcus i Teneo wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny są lakoniczne i ogólnikowe, to powinny być uznane za potwierdzające, że ceny zaoferowane przez nich są cenami rażąco niskimi. Wobec tego, uznanie przez Zamawiającego, że oferty złożone przez ww. nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 90 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji naruszenie również art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ich ofert.

Na uzasadnienie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący Galaxy stwierdził, że zgodnie z przepisem art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu 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. Nie może budzić, w przekonaniu Odwołującego Galaxy, żadnych wątpliwości fakt, iż zaoferowanie przez wykonawców Arcus i Teneo rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk.

Złożenie przez wykonawców Arcus i Teneo ofert, w których zaoferowano ceny dumpingowe stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, Zamawiający powinien odrzucić oferty złożone przez tych wykonawców także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Co zaś dotyczy kolejnego czynu nieuczciwej konkurencji, zarzucanego wykonawcom Arcus, Teneo i Decsoft, a polegającego na złożeniu ofert w porozumieniu, Odwołujący Galaxy doszedł do następujących wniosków.

Odwołujący Galaxy zauważył w pierwszej kolejności, iż wykonawcy Arcus i Teneo (a najprawdopodobniej również Wykonawca Decsoft, który zastrzegł część formularza ofertowego jako tajemnicę przedsiębiorstwa) zaoferowali Zamawiającemu identyczne typy urządzeń dla wszystkich drukarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych marki Kyocera. Jakkolwiek nie stanowi naruszenia przepisów prawa oferowanie przez wykonawców tych samych typów urządzeń w warunkach konkurencyjnych, tak w przypadku, gdy oferty zostały

złożone w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w ramach porozumienia między tymi wykonawcami, bez wątplenia doszło do ograniczenia konkurencji.

Odwołujący Galaxy zasygnalizował, że wyłącznym przedstawicielem producenta marki Kyocera Document Solutions na terenie Polski jest Wykonawca Arcus. Fakt ów jest powszechnie znany na rynku urządzeń drukująco-kopiujących, zaś Wykonawca Arcus chwali się na swojej stronie internetowej, iż jest jedynym przedstawicielem wskazanego producenta w Polsce. Ponadto, zgodnie z informacją zawartą na stronie internetowej Kyocera, ww. jest jedynym podmiotem świadczącym serwis/pomoc techniczną dla tych urządzeń. Skoro Wykonawca Teneo, a najprawdopodobniej również Wykonawca Decsoft, zaoferowali urządzenia Kyocera, to nie może budzić wątpliwości fakt, iż w świetle powyżej przytoczonych okoliczności, mogli oni dokonać zakupu sprzętu tego producenta jedynie od Wykonawcy Arcus jako wyłącznego przedstawiciela Kyocera w Polsce. Powyższe prowadzi również do wniosku, iż Wykonawca Arcus jako podmiot, od którego pozostałe podmioty uczestniczące w Postępowaniu zakupiły lub wynegocjowały warunki zakupu sprzętu marki Kyocera, mógł mieć wiedzę o cenach, po jakich wykonawcy Teneo i Decsoft nabyły ten sprzęt. W konsekwencji – jak podkreślił Odwołujący Galaxy – z dużym prawdopodobieństwem należy stwierdzić, że Wykonawca Arcus znał warunki ofert składanych przez wskazanych wykonawców, co do zakresu oferowanego sprzętu, jak i co do cen. Miał on zatem najprawdopodobniej bezpośredni wpływ na ceny zaoferowane przez wykonawców Teneo i Decsoft, a sam mógł złożyć najkorzystniejszą cenowo ofertę.

Odwołujący Galaxy zwrócił uwagę, że wykonawcy Arcus, Teneo oraz Decsoft są ze sobą powiązani zarówno biznesowo, jak i organizacyjnie. Przykładowo wskazał, że wykonawcy Arcus i Decsoft mają taki sam adres siedziby oraz że podmioty te często występują jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (np. w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia, którego przedmiotem była „Dostawa Infrastruktury Techniczno-Systemowej dla części II-IV projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych”, znak sprawy: CSIOZ-WZP.6151.65.2012). Co więcej, zgodnie ze sprawozdaniem zarządu z działalności spółki Arcus S.A. za rok 2013, w 2013 r. odbiorcami spółki, którzy przekroczyli udział 10% w jej przychodach był m.in. Wykonawca Decsoft.

Odwołujący Galaxy podkreślił, że ze złożonych przez wykonawców Decsoft i Teneo odpisów z KRS wynika, że spółki te są powiązane organizacyjnie w rozumieniu przepisów UOKiK. Stosownie do art. 4 pkt 4 lit. c UOKiK przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień,

które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców m. in. w sytuacji, gdy członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego). Z tak opisaną sytuacją mamy do czynienia, zdaniem Odwołującego, w rozpoznawanej sprawie. Z załączonego do oferty Wykonawcy Decsoft odpisu z KRS wynika, że członkami rady nadzorczej spółki są: J.J.D., W.P. oraz J.K.G. Zgodnie z odpisem z KRS Wykonawcy Teneo jedynym członkiem zarządu jest J.K.G. Tym samym, Wykonawca Decsoft jest spółką dominującą w stosunku do Wykonawcy Teneo jako spółki zależnej, gdyż członek rady nadzorczej pierwszego z podmiotów (J.K.G.) jest jedynym członkiem zarządu drugiej ze spółek. Jednocześnie, zgodnie z Działem 1 Rubryką 7 wyciągu z KRS Wykonawcy Teneo J.K.G. jest właścicielem 99 udziałów o łącznej wartości 49.500,00 zł przy wysokości kapitału zakładowego 50.000,00 zł (wartość jednego udziału wynosi 500,00 zł). Żaden z ww. wykonawców nie wskazał Zamawiającemu na istniejące pomiędzy nimi powiązania. W oświadczeniu Wykonawcy Teneo dotyczącym przynależności do grupy kapitałowej nie znalazła się jakakolwiek informacja o powiązaniach z Wykonawcą Decsoft, natomiast sam Wykonawca Decsoft złożył oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów UOKiK. Nie sposób, w ocenie Odwołującego Galaxy, uznać, że podmioty te nie są świadome tak bliskich relacji powiązań, jakie między nimi występują. Oświadczenia złożone przez wykonawców Teneo i Decsoft są zatem nieprawdziwe, a z tej przyczyny powinni oni zostać wykluczeni z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący Galaxy podsumował, że wskazane powyżej powiązania pomiędzy wykonawcami oraz fakt, iż najprawdopodobniej wszyscy z nich zaoferowali sprzęt marki Kyocera, przy czym jedynym podmiotem, od którego mogą nabyć urządzenia jest Wykonawca Arcus, który sam również złożył ofertę w Postępowaniu, czynią prawdopodobnym, że wykonawcy Arcus, Decsoft oraz Teneo znali warunki złożonych przez siebie ofert (co do zakresu oferowanego sprzętu, jak i ceny). Wskazują również na to wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawców Arcus i Teneo, które w znacznej mierze są zbieżne w stopniu wykluczającym przypadkowość. Wykonawcy powołują się na te same czynniki mające wpływ na obniżenie zaoferowanej ceny, posługując się przy tym nawet zbliżonymi sformułowaniami. Obaj wykonawcy nie załączyli również do złożonych wyjaśnień żadnych dowodów na potwierdzenie podanych przez nich okoliczności. Należy w efekcie, zdaniem Odwołującego Galaxy, stwierdzić, iż działania podejmowane przez wykonawców Arcus, Teneo oraz Decsoft stanowią z wysokim prawdopodobieństwem zмовę przetargową, o której mowa w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK, a zatem pozostają

w sprzeczności z prawem, jak i dobrymi obyczajami. Ponadto, opisane działania naruszają interes innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (w tym m.in. Odwołującego Galaxy), a także interesy Zamawiającego. Tym samym, działania podejmowane przez ww. wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 Znk. Wobec tego, oferty złożone przez nich winny zostać przez Zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Na uzasadnienie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawców Teneo i Decsoft Odwołujący Galaxy wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu UOKiK, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jak już wyżej wskazywano, oświadczenia złożone przez wykonawców Teneo i Decsoft są nieprawdziwe, a zatem wykonawcy Ci powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, bez wzywania ich do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień. Złożenie przez w/w wykonawców nieprawdziwych informacji wyklucza bowiem zastosowanie przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W odpowiedzi na zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego Galaxy w części dotyczącej zaoferowanego sprzętu Zamawiający oświadczył, że oczekiwał podania w tabeli 1 formularza oferty producenta, modelu, typu i wersji urządzenia dla każdej z zaoferowanych pozycji. Zobowiązanie to stanowi oczywiste źródło wiedzy o tym, co wykonawca oferuje i umożliwia zbadanie oferowanego przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z SIWZ, a zatem przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert zgodnie z ogólnymi zasadami Pzp.

Na etapie badania oferty Odwołującego Galaxy Zamawiający stwierdził, iż w zakresie urządzenia wielofunkcyjnego M3 oraz wielofunkcyjnego M4 Odwołujący w formularzu cenowym jako nazwę producenta podał „XEROX”, a jako nazwę modelu – „WorkCentre”. W dalszej kolejności Zamawiający, po zapoznaniu się z powszechnie dostępnymi informacjami zamieszczonymi na polskiej stronie internetowej producenta urządzeń marki

Xerox stwierdził, iż nazwa „WorkCentre” jest określeniem całej serii produktów wielofunkcyjnych, oraz że w każdym przypadku określeniu temu towarzyszy nazwa konkretnego modelu urządzenia, w postaci oznaczenia cyfrowego.

Wobec powyższych okoliczności Zamawiający – pismem z dnia 31 lipca 2014 r. – zwrócił się do Odwołującego Galaxy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień odnośnie modelu i typu wskazanego w jego ofercie urządzenia wielofunkcyjnego M3 oraz M4.

W odpowiedzi z dnia 1 sierpnia 2014 r. Odwołujący Galaxy wyjaśnił, iż:

1. w odniesieniu do urządzenia wielofunkcyjnego M3 – „identyfikacja modelu jest możliwa na podstawie podanego typu, czyli frazy „5901” wersja „V\_K” – są to, jak stwierdził Odwołujący Galaxy – jednoznaczne określenia konkretnych modeli i wersji oferowanych urządzeń czyli i tzw. „Part Number” producenta,
2. w odniesieniu do urządzenia wielofunkcyjnego M4 – „identyfikacja modelu jest możliwa na podstawie podanego typu, czyli frazy „7200” wersja „V\_T” – są to, jak stwierdził Odwołujący Galaxy – jednoznaczne określenia konkretnych modeli i wersji oferowanych urządzeń czyli i tzw. „Part Number” producenta

Zamawiający przystąpił do weryfikacji udzielonych wyjaśnień i w dalszym toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że:

1. na wszystkich stronach internetowych producenta urządzeń marki Xerox (zarówno polskich jak i ogólnoswiatowych) konkretnym modelom urządzeń towarzyszą zawsze nazwy modeli, a nie unikalne numery systemowe (part number),
2. ponawiana próba wyszukania modelu przez mechanizm wyszukiwawczy udostępniony na polskiej stronie producenta przez wpisanie frazy 5901V\_K kończy się zawsze komunikatem: „Podana fraza – 5901V\_K – nie została odnaleziona. Nie znaleziono stron zawierających słowo 5901 V\_K”,
3. ponawiana próba wyszukania modelu przez mechanizm wyszukiwawczy udostępniony na światowej stronie producenta kończy się zawsze komunikatem: „Your search ~5901V\_K~ did not match any documents. No pages were found containing 5901V\_K”,
4. ponawiana próba wyszukania modelu przez mechanizm wyszukiwawczy udostępniony na polskiej stronie producenta przez wpisanie frazy 7200V\_T kończy się zawsze komunikatem: „Podana fraza – 7200V\_T – nie została odnaleziona. Nie znaleziono stron zawierających słowo 7200V\_T”,
5. ponawiana próba wyszukania modelu przez mechanizm wyszukiwawczy udostępniony na światowej stronie producenta kończy się zawsze komunikatem:

„Your search ~7200V\_T~ did not match any documents. No pages were found containing 7200V\_T”,

na dowód czego Zamawiający złożył wydruki ze strony internetowej Xerox.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że producent urządzeń firma Xerox w broszurze produktowej „Xerox WorkCentre 7220/7225 System wielofunkcyjny”, na str. 8, używa określenia „Systemy wielofunkcyjne WorkCentre serii 7200”, a poniżej zamieszcza specyfikacje dwóch modeli WorkCentre 7220 oraz WorkCentre 7225, każdy w wersji V\_S oraz V\_T, a więc w sumie 4 (cztery) modele urządzeń wchodzących w skład tej serii. W konsekwencji Zamawiający nabrął przekonania, że wyjaśnienia Odwołującego Galaxy, udzielone w odpowiedzi na pismo z dnia 31 lipca 2014 r., nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości, bowiem nie jest prawdziwe twierdzenie, że producent urządzeń marki Xerox, w publikowanych materiałach, oznacza urządzenia w sposób przedstawiony w ofercie Odwołującego Galaxy. Z udzielonych wyjaśnień wynikało natomiast, że w rzeczywistości nazwa serii urządzeń w kategorii M4 brzmi „Xerox WorkCentre 7220/25 – WorkCentre 72xx (Javelin)”. Według wiedzy Zamawiającego są to cztery modele urządzeń: WC7220V\_S, WC7220V\_T, WC7225V\_S i WC7225V\_T - z których tylko WC7225V\_T spełnia wymagania SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający doszedł do przekonania, że nie jest w stanie stwierdzić, jakie urządzenie wielofunkcyjne M4, tj. jaki dokładnie model urządzenia stanowi przedmiot oferty Odwołującego Galaxy i dokonać jego oceny pod kątem spełniania wymagań SIWZ.

W odniesieniu do drugiego z urządzeń Odwołujący Galaxy w udzielonych wyjaśnieniach napisał, że w rzeczywistości nazwa serii urządzeń w kategorii M3 brzmi „Xerox WorkCentre 5945/5955 A3 45/55 PPM”. Zamawiający stwierdził, że według jego wiedzy są to dwa modele urządzeń: WC 5945 oraz WC 5955, z których tylko drugi spełnia wymagania SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający doszedł do przekonania, że nie jest w stanie stwierdzić, jakie urządzenie wielofunkcyjne M3, tj. jaki dokładnie model urządzenia stanowi przedmiot oferty Odwołującego Galaxy i dokonać jego oceny pod kątem spełniania wymagań SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że z uwagi na wyrażony w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp zakaz prowadzenia negocjacji mających za przedmiot treść oferty nie mógł w żaden sposób ingerować w treść oświadczenia woli Odwołującego Galaxy, co uczyniło koniecznym odrzucenie jego oferty.

W odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego Galaxy w części dotyczącej zaoferowanego oprogramowania Zamawiający stwierdził w pierwszeństwie, że zgodnie z jego oczekiwaniem wyrażonym w SIWZ wykonawcy

zobowiązani byli do wypełnienia przedostatniego wiersza w tabeli nr 1 formularza cenowego, a to z uwagi na pouczenie: „\*\*Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia nazwy oprogramowania oraz ilości zgodnie ze sposobem licencjonowania”. Natomiast w dalszej części formularza oferty (w osobnym akapicie, pod przywołanym powyżej zapisem) Zamawiający zamieścił następujący zapis dotyczący ceny oprogramowania: „W przypadku, gdy cena oprogramowania wliczona jest w cenę urządzeń Wykonawca nie wypełnia tej pozycji”. Oznaczało to, w ocenie Zamawiającego, że wymagał podania nazwy oprogramowania i ilości licencji. W przypadku, gdy cena oprogramowania wliczona jest w cenę urządzeń zniesiony został wymóg podania ceny licencji (o ile została wliczona w cenę urządzeń). Zamawiający podkreślił, że nawet gdyby przyjąć, że ofertą Odwołującego objęte byłoby oprogramowanie bez nazwy, np. prototypowe oprogramowanie własne Odwołującego, to chociażby z uwagi na fakt, że Zamawiający po to, aby korzystać z jakiegokolwiek oprogramowania musi mieć udzieloną do niego licencję, to okoliczność taka winna znaleźć odzwierciedlenie w sposobie wypełnienia formularza oferty po to, aby możliwa była ocena jego zgodności z wymaganiami SIWZ. Tymczasem Odwołujący Galaxy w swojej ofercie nie zaznaczył, że objęta jest nią także licencja na jakiegokolwiek oprogramowanie, w tym oprogramowanie bez nazwy lub wliczone w cenę urządzeń. Odwołujący Galaxy nie podał bowiem w formularzu oferty ani nazwy oprogramowania, ani ilości licencji ani jego ceny, a nadto nie zaznaczył też nigdzie w swojej ofercie, że cena oprogramowania została wliczona w cenę urządzeń, tym samym oferta Odwołującego nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ.

W kwestii zarzutu związanego z niespełnianiem przez Wykonawcę Arcus warunków udziału w Postępowaniu i związanymi z tym żądaniami wezwania ww. do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku oraz wykluczenia Wykonawcy Arcus Zamawiający wyjaśnił, co następuje.

Na etapie badania oferty Przystępującego Zamawiający, pismem z dnia 7 sierpnia 2014 r., wezwał Wykonawcę Arcus do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zawartego w sekcji III.2.3) SIWZ, czyli „[...] wykonania dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, tj. co najmniej jednej dostawy minimum 500 sztuk urządzeń drukujących lub kopiująco-drukujących, wraz z minimum 12 miesięczną usługą serwisową w co najmniej 10 lokalizacjach (miejscowościach) o całkowitej wartości (dostawa razem z usługą serwisową) nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy i usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane

należycie”, tj. do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 26 ust. 4 Pzp).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca Arcus – pismem z dnia 11 sierpnia 2014 r., w którym zawarto dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – wyjaśnił w sposób nie budzący żadnych wątpliwości Zamawiającego realizację dostaw sprzętu do kontrahenta. Zamawiający uzyskał w ten sposób potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a więc nie znalazł podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji do wykluczenia Wykonawcy Arcus z Postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełniania przez Wykonawcę Teneo warunku udziału w Postępowaniu i związanymi z tym żądaniemi wezwania ww. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku oraz wykluczenia Wykonawcy Teneo z Postępowania Zamawiający stwierdził, że w ofercie ww. do wykazu zrealizowanych dostaw załączony został list referencyjny nr 517 wystawiony przez Zamawiającego, z którego wynika, że do dnia 14 maja 2014 r. wystąpiło 6 przypadków nieterminowego wykonania naprawy. Zamawiający – weryfikując w toku czynności badania i oceny ofert przedmiotową referencję – stwierdził, że wszystkie 6 not księgowych opiewa na łączną kwotę 7.200,00 Pzł, co stanowi 0,037% wartości całej umowy zawartej z Wykonawcą Teneo w dniu 31 grudnia 2011 r. (wartość kontraktu – 19.239.714,00 zł). Zamawiający podkreślił, że jako odbiorca objętych nią usług dysponuje wiedzą, że wszystkie noty księgowe zostały przez Wykonawcę Teneo zapłacone. Ponadto Zamawiający znając treść umowy, pozostaje świadomy podstaw wystawienia not księgowych. Przedmiotowe noty wystawione zostały z tytułu kar za opóźnienie w przywróceniu gotowości eksploatacyjnej urządzenia (§ 3 ust. 8 w zw. § 5 ust. 3 umowy z dnia 31 grudnia 2011 r.). W chwili obecnej Wykonawca Teneo jest w trakcie świadczenia dla Zamawiającego usług serwisowych w ramach przedmiotowej umowy (usługi mają być świadczone do 30 października 2015 r.), tak więc Zamawiający był w stanie – dysponując wiedzą o treści zawartej umowy oraz o okolicznościach faktycznych wystawienia przedmiotowych not – stwierdzić, że usługi referencyjne są świadczone w sposób należyty. Przewidziane we wspomnianej umowie rozwiązanie z karami umownymi za opóźnienie jest powszechnie stosowane w umowach zawieranych przez Zamawiającego i ma charakter dyscyplinujący wykonawców. Opóźnienie bowiem to każde niewykonanie w określonym czasie zobowiązania przez dłużnika. Nieistotne są przyczyny powstania opóźnienia, albowiem stan ten ma charakter obiektywny i zachodzi zawsze, gdy dłużnik z dowolnych powodów nie spełnia świadczenia w terminie. Dopiero jeżeli opóźnienie dłużnika jest następstwem okoliczności, za które według treści zobowiązania ponosi odpowiedzialność, to wówczas zachodzi kwalifikowana postać opóźnienia czyli zwłoka.



Zamawiający przez zastosowanie unika w ten sposób procedury udowadniania, że brak terminowości jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Opóźnienie w wykonaniu zobowiązania nie musi zatem oznaczać – a w znanych Zamawiającemu okolicznościach faktycznych – nie oznaczało nienależytego wykonania umowy przez Teneo.

Tytułem repliki na zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawców Teneo i Decsoft pomimo, iż złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik Postępowania przez nie wskazanie przynależności do tej samej grupy kapitałowej oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Arcus, Teneo oraz Decsoft pomimo, iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na uzgodnieniu warunków ofert, w szczególności w zakresie ceny, co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego Galaxy, a także innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiającego, przedstawiono następującą argumentację.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że – po pierwsze – do oferty Wykonawcy Teneo (str. 24) dołączona została zgodnie z wymaganiami SIWZ, lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu UOKiK, a na liście tej nie wykazano Wykonawcy Decsoft i – po drugie – że do oferty Wykonawcy Decsoft dołączone jest oświadczenie o nie należeniu przez niego do grupy kapitałowej w rozumieniu powołanej powyżej ustawy. Analiza wspomnianych dokumentów – w kontekście obszernie cytowanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie opinii ze strony internetowej UZP – nie uprawniała Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawców Teneo i Decsoft o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, bowiem nie zostały takowe wykazane, a zatem już z tego powodu postawiony przez Odwołującego Galaxy zarzut w tym zakresie jest bezzasadny.

Odnosząc się *stricte* do okoliczności mających rzekomo uzasadniać zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, wskazanych w treści odwołania (str. 15-16) Zamawiający stwierdził, że nie stanowią one uzasadnienia dla postawionego mu przez odwołującego zarzutu z następujących przyczyn.

Po pierwsze – należało wziąć pod uwagę, iż oferty w Postępowaniu złożyło aż 10 podmiotów, z których pięć zostało ocenionych zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Po drugie – oferty były zróżnicowane cenowo (oferta Wykonawcy Arcus – 36.235.645,83 zł brutto, oferta Wykonawcy Teneo – 40.453.192,86 zł, oferta Wykonawcy Decsoft – 45.844.918,74 zł).

Po trzecie – cena za dostawę urządzeń razem z oprogramowaniem, zgodnie z postanowieniami SIWZ, nie mogła być wyższa niż 33% całkowitej ceny brutto oferty. Tym samym wartość usługi serwisowej musiała stanowić minimum 67% wartości oferty. Oznacza to, w przekonaniu Zamawiającego, że największy wpływ na wartość całkowitą oferty ww. wykonawców miała wycena usługi serwisowej. Oznacza to, że producenci lub dostawcy urządzeń (nawet wyłączni), ustalając marże lub udzielając rabatów albo upustów na urządzenia, nie mogli mieć żadnego decydującego wpływu na decyzje gospodarcze obejmujące wycenę największej kosztowo części zamówienia, czyli usługi serwisowej (wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych). Wniosek taki jest uprawniony także wobec okoliczności wniesienia przez Wykonawcę Teneo odwołania od czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy Arcus w związku z domniemanym naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający podkreślił również, że przepisy UOKiK przewidują, że grupę kapitałową stanowią wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, przedsiębiorca kontrolujący również wchodzi w skład tej grupy kapitałowej. Istotą kontroli, czyli cechą której wystąpienie przesądza, iż w danym przypadku kontrola ta zachodzi, jest posiadanie przez jednego przedsiębiorcę możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Z art. 4 pkt 4 zdanie wstępne UOKiK wynika, że przez kontrolę rozumieć należy wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Następnie Zamawiający przytoczył obszerny fragment z komentarza do UOKiK dotyczący poszczególnych form posiadania uprawnień, który podsumował w ten sposób, że stwierdzenie zajścia którejkolwiek z wymienionych w przepisie sytuacji nie stanowi samodzielnej przesłanki przesądzającej o przejęciu (posiadaniu) kontroli nad innym przedsiębiorcą, bowiem każdorazowo konieczne jest ustalenie, czy dany przedsiębiorca uzyskał lub ma możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę.

W zakresie zarzutu związanego z działaniem wykonawców Arcus, Teneo i Decsoft w warunkach tzw. zmowy przetargowej Zamawiający wskazał, że w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Odwołując się do poglądów

doktryny stwierdził, że dowodami na nielegalne porozumienie mogą być przykładowo jednakowe ceny widniejące w ofertach, jednakowy wygląd graficzny ofert, czy zbliżony czas ich złożenia. Podkreślił także, że nawet złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej, jak również podobny zakres złożonych ofert, czy podobna ich forma nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż wymagana jest analiza odpowiednich okoliczności postępowania. Te zaś, zważywszy na okoliczność znacznych różnic cen w ofertach wykonawców Arcus, Teneo i Decsoft oraz brak odrzucenia którejkolwiek ze wspomnianych ofert, nie potwierdziły zasadności zarzutu Odwołującego Galaxy.

W nawiązaniu do zarzutu związanego z rażąco niską ceną w ofercie wykonawców Arcus i Teneo oraz okoliczności, że ich złożenie stanowi czynny nieuczciwej konkurencji, a także z oceną złożonych przez ww. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, że zwrócił się do wskazanych wykonawców – w korespondencji z dnia 22 lipca 2014 r. – o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazania elementów złożonych ofert mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki elementy te wpłynęły na cenę w złożonych ofertach.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia Wykonawcy Teneo wziął pod uwagę m.in., iż wykonawca ten w odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 24 lipca 2014 r. wyjaśnił Zamawiającemu następujące czynniki, które miały wpływ na kalkulację ceny:

1. uzyskanie specjalnego rabatu dystrybutora we wszystkich oferowanych modelach urządzeń (D1, D2, D3, M1, M2, M3, M4) oraz oprogramowania System MyQ + Kyocera Net Admin,
2. uzyskanie od koncernu Kyocera Document Solutions gwarancji na urządzenia i limity wydajnościowe na wszystkie podzespoły i materiały eksploatacyjne wraz ze specjalnymi cenami.

Powyższe, zdaniem Zamawiającego, miało bezpośredni wpływ na obniżenie cen za serwis w przeliczeniu na stronę A4 we wszystkich segmentach zaoferowanych urządzeń, a zatem także na możliwość obniżenia ceny za serwis, a w konsekwencji na ostateczną cenę oferty Wykonawcy Teneo.

Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień Wykonawcy Teneo wziął pod uwagę następujące okoliczności:

1. w Postępowaniu, zgodnie z postanowieniami SIWZ, cena za dostawę urządzeń razem z oprogramowaniem nie mogła być wyższa niż 33% całkowitej ceny brutto oferty, tym samym wartość usługi serwisowej musiała stanowić minimum 67% wartości oferty; największy wpływ na wartość całkowitą oferty Wykonawcy Teneo

miała wycena usługi serwisowej, która biorąc pod uwagę jej zakres może być kształtowana dość dowolnie w zależności od kosztów własnych wykonawcy i skali jego działania,

2. niższa cena oferowanego sprzętu „wymuszała” w konkurencyjny sposób, wobec oczekiwanej przez Zamawiającego proporcji opisanej powyżej, obniżenie ceny na usługę serwisową, a co za tym idzie całości oferty,
3. wycena usług serwisowych w ofercie Wykonawcy Teneo wynosiła 27.874.435,50 zł brutto. W stosunku do wyceny usług serwisowych Odwołującego (30.755.503,80 zł brutto) różnica wynosi ok. 10%,
4. Wykonawca Teneo zrealizował dla Zamawiającego umowę na dostarczenie i eksploatację 3415 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych z 36 miesięczną gwarancją oraz jest w trakcie realizacji umowy na dostawę wraz z odpłatnością za wydruk 2240 sztuk urządzeń drukujących (usługi serwisowe), której okres obowiązywania wynosi 46 miesięcy – Zamawiającemu znane są zatem koszty usług serwisowych w umowach o porównywalnych parametrach,
5. Zamawiający jest odbiorcą usług serwisowych od innych wykonawców (w tym oferentów w przedmiotowym postępowaniu) – zatem Zamawiającemu znane są koszty usług serwisowych w umowach o porównywalnych parametrach,
6. z uwagi na indywidualne uwarunkowania Wykonawcy Teneo (w tym posiadane doświadczenie w świadczeniu usług podobnego rodzaju i relacje z producentem oferowanych urządzeń, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług – skali działalności), wykonanie zamówienia za taką cenę będzie możliwe dla tego wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że dokonał rzeczywistej i szczegółowej oceny wyjaśnień Wykonawcy Teneo. Ocena wyjaśnień, z uwzględnieniem ww. okoliczności nie pozostawiła żadnych wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe. Wyjaśnienia złożone przez ww. spełniają zatem obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 Pzp i nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny oferty.

W odniesieniu do Wykonawcy Arcus Zamawiający powtórzył argumentację ze sprawy o sygn. akt KIO 1748/14.

Zamawiający ponownie podkreślił, że – po pierwsze - kierując się udzielonymi wyjaśnieniami, korzystając z dostępnych Zamawiającemu informacji o cenach usług serwisowych, dokonał analizy całokształtu cen złożonych ofert, a w dalszej kolejności uznał przedmiotowe wyjaśnienia wykonawców Arcus i Teneo za wystarczające i pozwalające

stwierdzić, iż cena przedmiotowych ofert nie nosi znamion rażąco niskiej, co w konsekwencji skutkowało obaleniem domniemania ceny rażąco niskiej. Po drugie zaś – w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez Zamawiającego ciężar dowodu, co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Odwołującym.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp Zamawiający stwierdził, że możliwe jest to wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony oraz uzasadniony, w tym także przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który został naruszony.

Finalnie Zamawiający stwierdził, że także zarzut prowadzenia Postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest chybiony i nie może się ostać, a to z uwagi na fakt, że Zamawiający nie dopuścił się w Postępowaniu żadnych uchybień przepisom Pzp.

Do postępowania odwoławczego, w ustawowym terminie, po stronie Zamawiającego przystąpienia zgłosili wykonawcy Arcus, Teneo i Decsoft.

Na rozprawie strony postępowania odwoławczego podtrzymały dotychczasową argumentację, natomiast przystępujący wspali stanowiska stron, do których przystąpili. Ponadto strony i uczestnicy postępowania odwoławczego stwierdziły, co następuje.

Odwołujący Teneo podkreślił, że rażąco niska cena to taka, która nie zakłada dla wykonawcy żadnego zysku. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oferty handlowej, jaką na zaoferowane Zamawiającemu urządzenia otrzymał od swojego dostawcy sprzętu oraz ze sporządzonych przez niego kalkulacji obrazujących koszty nabycia poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia (urządzenia, system, materiały eksploatacyjne) oraz koszty ich dalszej sprzedaży Zamawiającemu i związaną z tym marżą Odwołującego, na okoliczność rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Arcus.

Odwołujący Galaxy, w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców Arcus i Teneo podkreślił, że nie wykazali oni związku przyczynowego pomiędzy okolicznościami, na które powołali się w swoich wyjaśnieniach, a cenami wynikającymi z ich ofert. Podkreślił, że powoływanie się w toku postępowania odwoławczego na potrzebę złożenia dodatkowych wyjaśnień, czy dowodów, świadczy o uchybieniu przez wykonawców Arcus i Teneo obowiązkowi złożenia wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dokumentów złożonych przez

Odwołującego Teneo do sprawy o sygn. akt KIO 1748/14 również na okoliczność, że cena wynikająca z ofert wykonawców Arcus i Teneo jest ceną rażąco niską.

Zamawiający podkreślił, że nie wszystkie informacje o okolicznościach mających wpływ na wysokość ceny (np. wysokość rabatów) muszą znajdować się w treści wyjaśnień, bowiem są one znane Zamawiającemu niejako z urzędu. Zaznaczył, że nie zgadza się z interpretacją, zgodnie z którą wyjaśnienia wykonawców mogą być oceniane tylko w oparciu o obiektywne czynniki wskazane w ich treści. Zamawiający może bowiem dokonywać oceny wyjaśnień w oparciu o wszystkie znane sobie, obiektywne czynniki wpływające na wysokość ceny.

Wykonawca Arcus – odpierając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w złożonej Zamawiającemu ofercie – stwierdził, że poza okolicznościami wskazanymi w treści złożonych wyjaśnień wpływ na wysokość zaoferowanej ceny miała również okoliczność zastosowania alternatywnych, tańszych materiałów eksploatacyjnych. Zaznaczył, że liczy się z możliwością czasowego braku dostępu do tych materiałów i, że w tym okresie, będzie zmuszony dostarczać Zamawiającemu oryginalne, droższe niż założone w ofercie, materiały eksploatacyjne, przez co może ponieść stratę.

Wykonawca Decsoft zasygnalizował, że wyjaśnienia Wykonawcy Arcus złożone na rozprawie potwierdziły zarzut rażąco niskiej ceny z uwagi na stwierdzenie, że oferta obejmuje alternatywne materiały eksploatacyjne, które mogą być dodatkowo przejściowo niedostępne. Podkreślił, że skoro Zamawiający przewidział krótkie terminy na wymianę materiałów eksploatacyjnych, a przyjęte przez Wykonawcę Arcus materiały alternatywne będą przejściowo niedostępne, to zajdzie konieczność zaopatrywania się *ad hoc* w oryginalne materiały eksploatacyjne, których ceny będą wyższe, aniżeli przyjęte przez Wykonawcę Arcus ceny alternatywnych materiałów eksploatacyjnych. Zwrócił uwagę, że użycie takich materiałów spowoduje zwiększone koszty napraw oraz utratę gwarancji producenta urządzeń.

Odwołujący Galaxy – w uzupełnieniu argumentacji zawartej w odwołaniu na uzasadnienie pozostałych zarzutów – stwierdził, że rozumie wymagany przez Zamawiającego sposób dookreślenia zaoferowanych urządzeń, zaznaczając jednocześnie, że SIWZ nie definiował pojęć „model”, „typ” i „wersja”. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia producenta oferowanych urządzeń (Xerox) na okoliczność, że sposób oznaczenia oferowanych urządzeń odpowiada wymaganiom SIWZ. W odniesieniu do urządzenia Xerox WorkCentre 7220V\_T wyjaśnił, że dwie pierwsze cyfry w jego oznaczeniu wskazują na typ urządzenia, kolejne dwie – na szybkość wydruku, natomiast oznaczenia literowe odpowiednio: przeznaczenie urządzenia na rynek europejski

(„V”) i wyposażenie go w cztery podajniki („T”). Zaznaczył, że analogicznie kwestia przedstawia się w odniesieniu do produktu Xerox WorkCentre 5901V\_K, gdzie litera „K” oznacza współpracę z tacą odbiorczą.

Zamawiający zakwestionował argumentację Odwołującego Galaxy stwierdzając, że w dalszym ciągu nie jest wiadome, czy zaoferowano mu urządzenia spełniające wymogi SIWZ.

Wykonawca Arcus – odpierając zarzut działania w warunkach tzw. zmowy przetargowej – oświadczył, że jest wyłącznym dystrybutorem marki Kyocera w Polsce oraz, że oferuje wyroby wskazanego producenta swoim partnerom handlowym po określonych cenach, co nie stoi w sprzeczności z możliwością samodzielnego zaoferowania tych produktów w cenach jeszcze niższych, jako że wówczas działa bez pośredników. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści ofert handlowych złożonych jego partnerom handlowym na okoliczność, że nie kierował ustalaniem cen na wyroby marki Kyocera zaoferowane przez wykonawców w Postępowaniu. W kwestii inkryminowanych mu powiązań biznesowych z Wykonawcą Decsoft stwierdził, że jednokrotnie wystąpił z nim w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze członka konsorcjum. Okoliczność ta tłumaczy, zdaniem Wykonawcy Arcus, duży udział Wykonawcy Decsoft we wskaźniku jego przychodów.

Wykonawca Decsoft, w odpowiedzi na zarzut związany z uczestnictwem w grupie kapitałowej z Wykonawcą Teneo i kwestią złożenia nieprawdziwych informacji w tym zakresie podkreślił, że nie dysponuje uprawnieniem do sprawowania kontroli nad Wykonawcą Teneo, czy wywierania jakiegokolwiek wpływu na prowadzoną przez niego działalność i o okoliczności takiej nie może stanowić fakt, że jeden z członków jego rady nadzorczej zasiada w zarządzie Wykonawcy Teneo. Z daleko idącej ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że wykonawcy Decsoft i Teneo pozostają w grupie kapitałowej, wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania ich do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego działania w warunkach zmowy przetargowej Wykonawca Decsoft przyznał, że jednokrotnie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z Wykonawcą Arcus.

Wykonawca Teneo, w związku z zarzutem związanym z uczestnictwem w grupie kapitałowej i złożeniem nieprawdziwych informacji, wskazał, że najistotniejsza dla rozstrzygnięcia o istnieniu grupy kapitałowej jest przesłanka dotycząca możliwości wywierania wpływu na innego przedsiębiorcę, której to Odwołujący Galaxy, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodowego, nie udowodnił. Podkreślił również, że nie wykazał

on jaki wpływ na wynik Postępowania miałyby złożenie jakichkolwiek nieprawdziwych informacji w tym zakresie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

#### **I. Interes odwołujących**

Izba ustaliła, że każdy z odwołujących posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

**II. Zarzuty związane z zaniechaniem odrzucenia ofert wykonawców Arcus i Teneo z uwagi na fakt, że zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut nr 1 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1748/14 i nr III.5 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14), nieprawidłową oceną wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, złożonych przez wykonawców Arcus i Teneo (zarzut nr 2 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1748/14 i nr III.6 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14) oraz czynem nieuczciwej konkurencji polegającym na sprzedaży przez wykonawców Arcus i Teneo towarów poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia (zarzut nr III.5 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14)**

Zarzuty odwołujących Teneo i Galaxy w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Arcus potwierdziły się, natomiast w pozostałym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

Izba, na podstawie protokołu Postępowania (ust. 2, pkt 2 i ust. 8), stwierdziła, że Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 41.782.929,76 zł netto, tj. 51.393.003,60 zł brutto oraz, że taką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z pouczeniem zawartym pod wzorem formularza cenowego cena za urządzenia i oprogramowanie nie mogła przekroczyć 33% całkowitej ceny oferty pod rygorem jej odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto, w świetle



ust. 9 protokołu Postępowania stwierdzono, że do Zamawiającego wpłynęło 10 ofert o rozpiętości cenowej od 36.235.645,83 zł (oferta Wykonawcy Arcus) do 79.982.718,99 zł (oferta Wykonawcy Koncept sp. z o.o.). Drugą pod względem ceny ofertę złożył Wykonawca Teneo (40.453.192,86 zł), czwartą (trzecią w Postępowaniu, zważywszy na odrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Wykonawcę DIR sp. z o.o., od której to czynności nie wniesiono odwołania) – Wykonawca Decsoft (45.844.918,74 zł), a piątą – Odwołujący Galaxy (45.878.527,23 zł).

Zamawiający – pismami z dnia 22 lipca 2014 r. o identycznym brzmieniu – wezwał wykonawców Arcus i Teneo do udzielenia wyjaśnień w zakresie wskazania elementów ofert mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki te elementy wpłynęły na cenę oferty. Zwrócił uwagę na konieczność uwzględnienia w wyjaśnieniach m.in. zakresu przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ oraz zaznaczył, że weźmie pod uwagę jedynie obiektywne czynniki wykazane przez wykonawcę, które uzasadniać będą zaoferowanie niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający pouczył również adresatów wezwania o konsekwencjach wynikających z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że procedurę przewidzianą przepisem art. 90 ust. 1 Pzp wszczyna każdorazowo, jeżeli cena wynikająca z oferty danego wykonawcy jest niższa o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca Arcus złożył wyjaśnienia, w których stwierdził m.in., że od kilkunastu lat jest dystrybutorem urządzeń marki Kyocera w Polsce i posiada duże doświadczenie w realizacji ich dostaw, w tym także dla Zamawiającego. Podkreślił okoliczność strategicznego partnerstwa z Kyocera Document Solutions Inc. oraz wskazał na priorytetowy charakter Postępowania, zarówno dla niego, jak i producenta urządzeń. Wyjaśnił, że w związku z powyższym uzyskał „[...] bardzo duże wsparcie finansowe oraz logistyczne” oraz że „[...] Kyocera [...] wsparła również ten projekt od strony gwarancji, limity wydajnościowe na poszczególne podzespoły i materiały eksploatacyjne [...]”. Wykonawca Arcus podkreślił również, że dążenie do uzyskania jak najniższych kosztów eksploatacji urządzeń jest kluczowym elementem polityki Kyocera, co – biorąc pod uwagę rozmiar zamówienia, którego zamierza udzielić Zamawiający – zaowocowało „[...] szczególnie dużym wsparciem [...] w zakresie cen części zamiennych do oferowanych urządzeń”.

W zakresie zaoferowanego systemu Wykonawca Arcus stwierdził, że dzięki licznym sukcesom stał się kluczowym partnerem biznesowym producenta tego oprogramowania – czeskiej firmy Janus, która udzieliła „[...] wyjątkowo dużego wsparcia technicznego, logistycznego, informatycznego oraz cenowego w zakresie przygotowania [...] oferty”.

Odnosnie kosztów serwisu Wykonawca Arcus powołał się na zaplecze pokrywające geograficznie obszar Polski.

Wykonawca Arcus nie poparł złożonych wyjaśnień dowodami.

Na rozprawie Wykonawca Arcus wskazał, obok dotychczasowej argumentacji, na dodatkowy czynnik, który pozwolił mu na obniżenie zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, tj. zastosowanie alternatywnych, tańszych, materiałów eksploatacyjnych przy obliczaniu kosztów usługi serwisowej. Mimo pouczenia, nie skorzystał z uprawnienia do składania wniosków dowodowych na poparcie prezentowanego stanowiska.

Z kolei Wykonawca Teneo w udzielonych wyjaśnieniach wskazał przede wszystkim na uzyskanie specjalnego rabatu dystrybutora urządzeń marki Kyocera (czyli *de facto* Wykonawcy Arcus) zarówno na urządzenia, jak i materiały eksploatacyjne i części zamienne, co pozwoliło na zmniejszenie kosztów obsługi gwarancyjnej oraz zaoferowanego oprogramowania. Ponadto zaznaczył, że Kyocera Document Solutions Inc. Pomógł mu w obsłudze finansowej i logistycznej planowanego kontraktu oraz w zaoferowaniu gwarancji na urządzenia i limity wydajnościowe na wszystkie podzespoły i materiały eksploatacyjne.

W toku rozprawy Wykonawca Teneo złożył ofertę handlową na urządzenia marki Kyocera, jaką w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego otrzymał od Wykonawcy Arcus będącego wyłącznym dystrybutorem tego sprzętu oraz szczegółowe kalkulacje zysku, jaki Wykonawca Teneo uzyska w związku z ewentualną realizacją zamówienia na rzecz Zamawiającego (dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

Tytułem wstępu można powiedzieć ogólnie (bowiem nie było to między stronami sporne), że rażąco niską ceną oferty jest cena niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez

wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Podkreślenia wymaga również, że choć, co do zasady, oferta może być oceniana w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie za poszczególne jego części czy pozycje kosztorysu, tym niemniej należy dopuścić możliwość badania pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażące zaniżenie zaoferowanej ceny całkowitej.

Trzeba mieć także na względzie, że odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp możliwe jest wyłącznie po wyczerpaniu procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp. Wykonawca otrzymuje w ten sposób niejako szansę wytłumaczenia zamawiającemu powodów obniżenia ceny oferty w stopniu, który uzasadniał skierowanie do niego wezwania, przy czym wyjaśnienie winno opierać się na obiektywnych, właściwych danemu wykonawcy, czynnikach, których przykładowy katalog ustawodawca zawarł w treści przepisu art. 90 ust. 2 Pzp. Otwarty katalog wymienionych tam czynników umożliwia z kolei wykonawcy posłużenie się także innymi okolicznościami, jeżeli są one zgodne z prawem i nie naruszają uczciwej konkurencji. Co zaś dotyczy kwestii sformułowania wspomnianego wezwania Izba wskazuje, że choć przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie zawiera w tym zakresie żadnych wskazówek (przez co możliwe jest przyjęcie zapatrywania, które to *nota bene* niejednokrotnie przejawia się w działaniach instytucji zamawiających, że skorzystanie z tej procedury może ograniczać się li tylko do przytoczenia treści przepisu art. 90 Pzp), niemniej jednak jego celem jest rozwianie wątpliwości zamawiającego, czy za cenę wskazaną w ofercie możliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym postanowieniami SIWZ i z należytą starannością, nie zaś uzyskanie ogólnikowych, pustych deklaracji, że cena została obliczona prawidłowo, uwzględnia wszystkie aspekty realizacji zamówienia i określono ją z uwzględnieniem pewnego poziomu opłacalności przedsięwzięcia. Z tego względu wezwanie zasadniczo powinno wskazywać na konkretne wątpliwości zamawiającego, z tym wszakże zastrzeżeniem, że wskazanie wykonawcy konkretnych aspektów oferty, które powinny zostać wyjaśnione uprawniać będzie wykonawcę do ograniczenia wyjaśnień tylko do podniesionych kwestii, natomiast posłużenie się ogólnikowym wezwaniem może spowodować otrzymanie takiej też odpowiedzi.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że z powyższym zagadnieniem związana jest kwestia dopuszczalności powtórnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty, zwłaszcza w sytuacji, w której treść wezwania, a w konsekwencji – także otrzymana odpowiedź na nie realizuje opisanego powyżej celu tej instytucji. Jakkolwiek generalnie brak jest podstaw do odmówienia zamawiającemu takiego uprawnienia należy zauważyć, że ze względu na

konieczność respektowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stanowiącej naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych, powinno ono stanowić wyjątek od przyjętej w praktyce reguły, w myśl której zamawiający stosuje wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp jednokrotnie.

Dotychczasowe rozważania należy uzupełnić kilkoma uwagami odnośnie rozkładu ciężaru dowodu w zakresie postępowania wyjaśniającego przewidzianego przepisem art. 90 Pzp. Oczywistym jest, że adresatem wezwania jest wykonawca, wobec czego to na nim spoczywa obowiązek przekonania zamawiającego, że zaoferowana cena rażąco niską nie jest, mimo istnienia po stronie zamawiającego wątpliwości w tym zakresie. Z art. 90 ust. 3 Pzp wynika natomiast, że oferta wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, bądź przeciwnie – złożył wyjaśnienia, lecz ich ocena wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jest przez zamawiającego odrzucana. Pierwszą z opisanych tam sytuacji należy, zdaniem Izby, kwalifikować jako przypadek biernej postawy adresata wezwania, tj. niejako rezygnacji z udziału w postępowaniu wyjaśniającym (innymi słowy chodzi tu o niezłożenie wyjaśnień w ogóle), natomiast drugą – jako swego rodzaju przyznanie się wykonawcy do zaoferowania ceny rażąco niskiej (np. stwierdzenie, że w kalkulacjach, na których cena owa została oparta nie ujęto jakiegoś istotnego elementu kosztotwórczego). Trzeba podkreślić, że dowodu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie mogą stanowić, w ocenie Izby, wyjaśnienia ogólnikowe, czy lakoniczne, zwłaszcza jeżeli wywołane zostały wezwaniem zamawiającego o podobnym charakterze. W istocie bowiem nie stanowią one potwierdzenia żadnej okoliczności, na którą miały zostać złożone, może jedynie poza taką, że wykonawca formalnie wyjaśnienia złożył, wobec czego nie zachodzi podstawa do odrzucenia jego oferty na podstawie pierwszej z przesłanek wskazanych w treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Zwraca również uwagę fakt, że skoro zamawiający decyduje się na uwzględnienie takich wyjaśnień i spotyka się z zarzutem nieprawidłowej ich oceny oraz towarzyszącym mu zarzutem związanym z rażąco niską ceną oferty wykonawcy, który złożył wspomniane wyjaśnienia, to obowiązkiem takiego wykonawcy będzie naprowadzanie w postępowaniu odwoławczym dowodów na brak rażąco niskiej ceny, czyli niejako obrona własnej oferty. W takiej sytuacji o rozstrzygnięciu zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny decydować będzie całokształt okoliczności ujawnionych zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w postępowaniu odwoławczym.

Odnosząc powyższe rozważania do ustalonego przez Izbę stanu faktycznego w pierwszej kolejności nasuwa się wniosek, że wystosowane przez Zamawiającego wezwanie miały ogólnikowy charakter. Izba uwzględniła przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie powody wszczęcia w stosunku do wykonawców Arcus i Teneo

procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp (ceny zaoferowane przez ww. były o ponad 20% niższe od wartości zamówienia z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, co – zgodnie z obowiązującymi u Zamawiającego standardami – uzasadniało dokonanie wspomnianej czynności) uznając, że Zamawiający mógł powziąć wątpliwości odnośnie charakteru zaoferowanych przez nich cen. Zasygnalizować należy jednak zamawiającemu, że na gruncie obowiązujących przepisów Pzp jakkolwiek automatyzm w stosowaniu przewidzianych nią procedur (w tym także tej, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp) nie jest uzasadniony. Mogą bowiem istnieć na rynku takie branże, w których nawet znaczne różnice w poziomach oferowanych cen wynikają z ich specyfiki, nie zaś z nieuprawnionych działań podmiotów w nich funkcjonujących. W konsekwencji otrzymanych wezwań wykonawcy Arcus i Teneo złożyli równie ogólnikowe wyjaśnienia, których ocena – wbrew zapatrywaniom odwołujących Teneo (w odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy Arcus) i Galaxy (w odniesieniu do wyjaśnień wykonawców Arcus i Teneo) – nie została dokonana przez Zamawiającego nieprawidłowo, tj. w szczególności nie potwierdzała, że ceny wynikające z ofert wykonawców Arcus i Teneo są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stanowiły one bowiem w istocie jedynie formalne wypełnienie obowiązku złożenia wyjaśnień chroniące przed możliwością odrzucenia ich ofert z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w ogóle. Nie sposób natomiast na ich podstawie przesądzić o charakterze cen ofertowych, zaś przyjęcie, w świetle treści złożonych wyjaśnień, że są to ceny rażąco niskie byłoby niczym innym, jak tylko ukaraniem wykonawców za udzielenie odpowiedzi o stopniu złożoności adekwatnym do zadanego pytania. Izba podkreśla w tym miejscu – w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego – że z treści przepisu art. 90 ust. 2 Pzp nie sposób wyprowadzić wniosku, jakoby był on uprawniony przy dokonywaniu oceny złożonych wyjaśnień do uwzględnienia innych, niż wskazane w ich treści, obiektywnych czynników właściwych danemu wykonawcy. Wprawdzie, jak to wynika z wcześniejszych rozważań, ustawodawca nie wprowadził w odniesieniu do nich zasady *numerus clausus*, tym niemniej inicjatywa w zakresie ich wskazywania należy do wykonawcy, nie zaś do zamawiającego.

Inaczej natomiast należało ocenić kwestię związaną *stricto* z zarzutem rażąco niskiej ceny.

Odnosząc powyższy zarzut do Wykonawcy Arcus Izba uznała go za zasadny, bowiem ww. nie tylko nie przedstawił, mimo odnotowanego w protokole z rozprawy pouczenia (*vide* protokół z rozprawy, str. 8), żadnych dowodów na jego odparcie, ale wręcz argumentował na rozprawie w sposób odmienny od złożonych wcześniej wyjaśnień, podważając całkowicie ich wiarygodność. Trzeba pamiętać, że z przepisu art. 190 ust. 1 Pzp płynie wniosek o kontrydiktoryjnym charakterze postępowania odwoławczego, przez co to na jego uczestnikach spoczywa ciężar dowodzenia faktów, z których wywodzą skutki

prawne. Reguły tej nie mogło zmienić subiektywne przekonanie Wykonawcy Arcus o konieczności wyłączenia jawności rozprawy na czas prezentowania przez jego pełnomocnika wyjaśnień dotyczących „[...] polityki cenowej i innych (bliżej niesprecyzowanych – przyp. Izby) okoliczności wpływających na wysokość zaoferowanej ceny” (*ibidem*). Pomijając nawet związane z takim wnioskiem kwestie proceduralne, ponieważ zgodnie z przepisem art. 189 ust. 6 zd. drugie Pzp rozprawa, której jawność została wyłączona odbywa się z udziałem stron i ich pełnomocników (a Wykonawca Arcus był w tej sprawie przystępującym, zatem uczestnikiem, nie zaś stroną postępowania odwoławczego), to nic nie stało na przeszkodzie możliwości złożenia Izbie stosownych dokumentów (trudno *nota bene* uznać, że chociażby powołana przez Wykonawcę Arcus polityka cenowa nie miałaby formy pisemnej), jak to uczynił Wykonawca Teneo.

Niemniej istotną okolicznością, wobec której Izba nie mogła pozostać obojętna, była wspomniana argumentacja Wykonawcy Arcus, która w istocie podważyła złożone w Postępowaniu wyjaśnienia. Uzasadniając wysokość zaoferowanej Zamawiającemu ceny stwierdził bowiem, że „[...] zdecydował się samodzielnie złożyć ofertę w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ujmując w jej treści alternatywne i tańsze materiały eksploatacyjne, co było czynnikiem wpływającym na wysokość ceny oferty[...]” oraz że „[...] liczy się z okolicznością czasowego braku dostępu do tych materiałów i, że w tym okresie [...] „przejściowym”, będzie zmuszony dostarczać zamawiającemu oryginalne, droższe niż założone w ofercie, materiały eksploatacyjne, przez co może ponieść stratę” (*ibidem*). Cytowane stwierdzenia przeczą zawartym w wyjaśnieniach twierdzeniom o uzyskanym od Kyocera Document Solutions Inc. wsparciu w zakresie gwarancji i limitów wydajnościowych na materiały eksploatacyjne. Trudno jest bowiem zakładać, że producent urządzeń będzie wspierał (i to na szeroką, biorąc pod uwagę ilość zamawianego sprzętu, skalę) stosowanie w nich zastępczych, tańszych od produkowanych przez niego, materiałów eksploatacyjnych, które mogą zwiększać awaryjność jego urządzeń narażając w ten sposób markę Kyocera na negatywny odbiór na rynku. W konsekwencji nie sposób uznać, że jeżeli Wykonawca Arcus – jak sam oświadczył – ma zamiar realizować zamówienie w sposób opisany powyżej, to może w tym zakresie liczyć na wsparcie producenta oferowanych urządzeń w stopniu uzasadniającym obniżenie ceny do wskazanego w ofercie poziomu.

Nie byłoby również uzasadnione, w ocenie Izby, nakazanie Zamawiającemu ponownego zwrócenia się do Wykonawcy Arcus o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, z uwagi na fakt, że ww. uzyskałby w ten sposób możliwość odmiennego, niż na rozprawie, wyjaśnienia podstaw skalkulowanej w ofercie ceny.

Odmienne należało ocenić natomiast zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Teneo. Przedstawił on bowiem w toku postępowania odwoławczego dowody potwierdzające po jakich cenach nabędzie on zaoferowane Zamawiającemu urządzenia oraz wskazujące na wysokość marż handlowych (a zarazem – prognozowanego zysku), jakie – w stosunku do kosztów zakupu sprzętu, oprogramowania, części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych – osiągnie z realizacji zawartego z Zamawiającym kontraktu. Zawarte w złożonych dowodach informacje nie pozwoliły Izbie na uznanie, że również w przypadku Wykonawcy Teneo Zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną jego oferty. Jedynie na marginesie warto zauważyć, że wspomniane dokumenty nie mogły stanowić dowodu na potwierdzenie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Arcus. Okoliczność, na którą to powołał się Odwołujący Teneo, że został zapewniony o udzieleniu mu najwyższego z możliwych rabatów na urządzenia nie przeczy – zdaniem Izby – możliwości dalszego ich obniżenia przez Wykonawcę Arcus, skoro – w przeciwieństwie do innych podmiotów na rynku – działa on w relacjach z Kyocera Document Solutions Inc. bez pośredników.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w tym przypadku, nie zachodziłaby potrzeba nakazania Zamawiającemu ponownego zwrócenia się do Wykonawcy Teneo o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, z uwagi na brak konieczności dublowania ustaleń poczynionych w toku postępowania odwoławczego.

Nie potwierdził się również zarzut popełnienia przez wykonawców Arcus i Teneo czynów nieuczciwej konkurencji polegających na sprzedaży przez nich towarów poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia. Izba stwierdziła, że Odwołujący Galaxy nie sprostał ciężarowi instruowania postępowania odwoławczego. Powołał się bowiem na czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk, zgodnie z którym jest nim utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaznaczyć należy, że przepis ten wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem, zdaniem Izby, należy tłumaczyć użyte w omawianym przepisie sformułowanie „utrudnianie”) oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy – zdaniem Izby – jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej oferty tańszej od innego

przedsiębiorcy wyczerpywało ww. przesłanki, a Odwołujący Galaxy nie dostarczył Izbie dowodów przemawiających za odmiennym zapatrywaniem.

### **III. Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego Galaxy pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ (zarzut nr III.1 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14)**

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie braku właściwego oznaczenia zaoferowanych urządzeń Izba, na podstawie dokumentacji Postępowania, ustaliła, że zgodnie z treścią tabeli 1 wzoru formularza cenowego (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający wymagał, aby zaoferowane urządzenia opisane zostały przez określenie przez wykonawców kolejno: producenta, modelu, typu i wersji urządzenia. Szczegóły techniczne produktów objętych przedmiotem zamówienia zostały określone w Rozdziale II.1.2.6) (dla urządzenia wielofunkcyjnego typu M3) i II.1.2.7) SIWZ (dla urządzenia wielofunkcyjnego typu M4). Jednym z parametrów technicznych ww. urządzeń była prędkość wydruku określona odpowiednio na poziomie min. 50 str. A4/min. (Rozdział II.1.2.6) ppkt 6.4 SIWZ) i min. 25 str. A4/min. (Rozdział II.1.2.7) ppkt 7.4 SIWZ).

Z treści formularza cenowego załączonego do oferty Odwołującego Galaxy wynika, że w pozycji pn. „Urządzenie wielofunkcyjne typu M3” zaoferował on produkt marki Xerox, identyfikowany jako „WorkCentre 5901V\_K”, gdzie „WorkCentre” to model, „5901” – typ, a „5901V\_K” – wersja, natomiast pod pozycją pn. „Urządzenie wielofunkcyjne typu M4” – produkt Xerox „WorkCentre 7200V\_T”, identyfikowany w analogiczny sposób. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (z błędnie przytoczoną podstawą prawną, co jednak nie miało wpływu na wynik Postępowania) Odwołujący wyjaśnił, że podane w jego ofercie oznaczenia produktów marki Xerox stanowią jednoznaczne określenia konkretnych modeli i wersji urządzeń i tzw. „part numer” producenta. Dodatkowo wskazał, że określeniem serii urządzeń są następujące nazwy według nomenklatury producenta: dla urządzenia typu M3 seria urządzeń WorkCentre59xx – „WorkCentre 5945/5955 A3 45/55 PPM”, zaś dla typu M4 seria urządzeń Workcentre 72xx (Javelin) – „WorkCentre 7220/25” (patrz pismo Odwołującego Galaxy z dnia 1 sierpnia 2014 r. zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa). Następnie, na etapie postępowania odwoławczego, przedstawił dowód w postaci oświadczenia Xerox Polska sp. z o.o., z którego treści wynikało m.in., że „[...]konfiguracja urządzeń wymagana przez ZUS nie posiada oznaczenia kodowego oddającego idealnie wszystkie wymagane przez ZUS cechy i funkcjonalności. Dlatego po wskazaniu Xerox WorkCentre 7200 V\_T koniecznym było odwołanie się do konfiguracji określonej w SIWZ lub wprowadzenie opisu słownego. Analogicznie rzecz się ma dla



urządzeń typu M3 opisanych jako Xerox, WorkCentre, 5901 V\_K.[...]" (*vide* pismo Xerox Polska sp. z o.o. z dnia 25 sierpnia 2014 r.). Odwołujący Galaxy wyjaśnił również, w odniesieniu do wskazanych w swoich wyjaśnieniach oznaczeń liczbowych, że dwie pierwsze cyfry oznaczają typ urządzenia, a dwie kolejne – prędkość wydruku.

Biorąc za podstawę przytoczone powyżej okoliczności Izba stwierdziła, że Odwołujący Galaxy oznaczył zaoferowane urządzenia typu M3 i M4 w sposób nieodpowiadający postanowieniom SIWZ, pozostawiając otwartą kwestię jakie konkretnie urządzenia oferuje. Skoro bowiem, jak na to wskazał sam Odwołujący Galaxy, w nazwie modelu urządzenia zawarta jest informacja o szybkości wydruku (który to parametr posłużył Zamawiającemu do opisu przedmiotu zamówienia), to chociażby z tego względu potwierdziło się stanowisko Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Galaxy, że nie jest wiadomym, jakie produkty zostały mu zaoferowane. Izba zwróciła przy tym uwagę, że potwierdzenie takiego wniosku może stanowić już sama treść złożonych Zamawiającemu w Postępowaniu wyjaśnień, która wskazuje na istnienie alternatywy w każdym z typów urządzeń, w zależności od szybkości wydruku. Jednakże nawet w ich wyniku Zamawiający nie uzyskał jednoznacznego stanowiska w kwestii przedmiotu świadczenia – Odwołujący Galaxy wskazał bowiem na alternatywę w postaci urządzeń Xerox WorkCentre 4945 i WorkCentre 4955 (w zakresie typu M3) oraz Xerox WorkCentre 7220 i WorkCentre 7225 (typ M4).

Trzeba mieć było również na względzie wyniki podjętych przez Zamawiającego prób odnalezienia na stronach internetowych producenta urządzeń (polskiej, jak i zagranicznej) zaoferowanych przez Odwołującego Galaxy informacji na temat produktów wskazanych w treści tabeli 1 formularza cenowego. Nie przyniosły one bowiem rezultatów, o czym świadczą załączone do odpowiedzi na odwołanie wydruki wyników wyszukiwania. Zamawiający dowiódł również – na podstawie załączonych do odpowiedzi na odwołanie wydruków ze strony internetowej Xerox – że producent wskazanych w zakwestionowanych pozycjach formularza cenowego oferty urządzeń oznacza je w bardziej szczegółowy, niż przyjęty przez odwołującego Galaxy (w zakresie urządzenia typu M3 funkcjonują co najmniej 2 wersje sprzętu – WC 5945 oraz WC 5955, natomiast w przypadku drugiego z rodzajów urządzeń – 4 wersje: WC 7220, WC 7220T, WC 7225 i WC7225T).

Wątpliwości Zamawiającego nie mogły zostać rozwiane w drodze oświadczenia Xerox Polska sp. z o.o. przedstawionego przez Odwołującego Galaxy na rozprawie. Jego treść nie wyjaśnia przede wszystkim z jakiego powodu informacji o urządzeniach określonych w złożonej Zamawiającemu ofercie nie można odnaleźć na stronach internetowych ich producenta, a nadto nie odnosi się do nomenklatury wynikającej z wydruków ze strony

internetowej Xerox dotyczących omawianych urządzeń, jakie zostały złożone przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie.

Izba nie uwzględniła przy tym argumentacji Odwołującego Galaxy o braku dookreślenia w postanowieniach SIWZ znaczenia pojęć „model”, „typ”, „wersja”, jako że – po pierwsze – nie przeszkodziło mu to w prawidłowym wypełnieniu 5 z 7 pozycji tabeli 1 w formularzu cenowym. Po drugie zaś – twierdzenie to pozostaje w sprzeczności ze złożonym na rozprawie oświadczeniem, że Odwołujący Galaxy rozumiał wymagany przez Zamawiającego sposób dookreślania oferowanych urządzeń. Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, że nie jest rolą wykonawcy podważanie treści SIWZ na etapie postępowania odwoławczego, którego przedmiotem nie są jej postanowienia. O ile zatem Odwołujący Galaxy nie sygnalizował Zamawiającemu trudności w określeniu przedmiotu świadczenia w sposób przez niego wymagany, winien stosować się ściśle do postanowień SIWZ. Ma to istotne znaczenie, bowiem tylko prawidłowo określony przedmiot świadczenia stwarza zamawiającemu możliwość uzyskania wiedzy o tym, co dany wykonawca oferuje i czy jest to zgodne z jego oczekiwaniami.

Nie mógł zostać również uwzględniony argument dotyczący możliwości przetestowania zaoferowanych przez wykonawców urządzeń na zgodność wybranych parametrów technicznych z wymaganiami SIWZ (Rozdział VII.1 *in fine* SIWZ). W drodze takiego sprawdzenia nie mogłoby bowiem, zdaniem Izby, dojść do właściwej konkretyzacji cech dostarczanego do testów sprzętu. Innymi słowy – zastrzeżenie owo służyć miało sprawdzeniu zgodności ściśle określonego wyrobu z postanowieniami SIWZ, nie zaś określeniu tego produktu, co mogłoby doprowadzić do manipulacji treścią oferty.

W odniesieniu do kwestii braku w ofercie Odwołującego Galaxy wskazania na konkretny rodzaj zaoferowanego oprogramowania Izba ustaliła, że zgodnie z poz. 8 tabeli 1 we wzorze formularza cenowego wykonawcy mieli podać informacje dotyczące jednorazowej opłaty licencyjnej za oprogramowanie, w tym jego nazwy, ilości sztuk, ceny jednostkowej brutto za licencję i całkowitej ceny jednostkowej brutto za wszystkie licencje. Pod tabelą znajdowało się pouczenie o treści:

„[...]\*\*Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia nazwy oprogramowania oraz ilości zgodnie ze sposobem licencjonowania.

W przypadku, gdy cena oprogramowania wliczona jest w cenę urządzeń Wykonawca nie wypełnia tej pozycji.[...]”.

Odwołujący Galaxy wykreślił w tabeli 1 załączonego do oferty formularza cenowego wszystkie pola, w których powinny znajdować się informacje dotyczące zaoferowanego oprogramowania.

Wobec powyższego Izba uznała, że nie miał racji Odwołujący Galaxy twierdząc o całkowitym braku obowiązku wypełnienia poz. 8 tabeli 1 formularza cenowego w sytuacji wliczenia ceny oprogramowania w cenę sprzętu. Trzeba mieć na względzie, że w Rozdziale II.1.5 SIWZ Zamawiający dokonał konkretyzacji wymagań w zakresie oprogramowania. Gdyby zatem przyjąć zapatrywanie Odwołującego Galaxy, to Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zweryfikowania, czy wspomniane oprogramowanie jest zgodne z jego oczekiwaniami. Zwraca również uwagę okoliczność, że w żadnym innym miejscu oferty nie było mowy o rodzaju oferowanego oprogramowania. Jakkolwiek można zauważyć, że cytowane powyżej pouczenie powinno być bardziej precyzyjnie umiejscowione w treści tabeli 1 formularza cenowego (przykładowo w odpowiednim wierszu w kol. 3 i 4, w której wykonawcy mieli wskazać cenę jednostkową i cenę całkowitą), tym niemniej – z uwagi na powołane wcześniej okoliczności – prawidłowa interpretacja omawianej treści formularza cenowego powinna nasuwać wniosek, że pouczenie nie dotyczy informacji związanych z nazwą oprogramowania i ilością licencji, które to muszą zostać podane w każdym przypadku. Nie jest bowiem możliwe, czego Odwołujący Galaxy winien mieć świadomość, złożenie oferty z nieskonkretyzowanym przedmiotem świadczenia, co *de facto* uniemożliwia jej merytoryczną ocenę, a w konsekwencji – także wybór.

#### **IV. Zarzuty związane z niespełnianiem przez wykonawców Arcus i Teneo warunku udziału w Postępowaniu (zarzuty nr III.2 i III.3 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14 )**

Zarzut, w odniesieniu do Wykonawcy Arcus zasługiwał na częściowe uwzględnienie, natomiast nie potwierdził się w odniesieniu do Wykonawcy Teneo.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej jedną dostawę minimum 500 szt. urządzeń drukujących lub kopiująco-drukujących wraz z minimum 12 miesięczną usługą serwisową w co najmniej 10 lokalizacjach (miejscowościach) o całkowitej wartości (dostawa razem z usługą serwisową) nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto (warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia).

Zamawiający dopuścił, aby usługa serwisowa była wykonana lub wykonywana (w trakcie realizacji). W takiej sytuacji zastrzegł, że uzna usługę serwisową za spełniającą warunek jeśli okres świadczenia usług wynosił minimum 12 kolejnych miesięcy.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w Postępowaniu wykonawcy mieli załączyć do oferty wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,

tj. co najmniej jednej dostawy minimum 500 sztuk urządzeń drukujących lub kopiująco-drukujących, wraz z minimum 12 miesięczną usługą serwisową w co najmniej 10 lokalizacjach (miejscowościach) o całkowitej wartości (dostawa razem z usługą serwisową) nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy i usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ (argument z Rozdziału IV.III.1.1.1.3) SIWZ).

Wykonawca Arcus załączył do oferty wykaz dostaw, w którym ujęte zostało zamówienie zrealizowane na rzecz mBank S.A., a polegające na dostawie 1250 szt. Urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych wraz z pełną obsługą serwisową w okresie 60 miesięcy od zawarcia umowy, tj. od dnia 14 grudnia 2010 r.

Zamawiający – powziawszy wątpliwość odnośnie zrealizowania dostawy w wymaganym treścią warunku okresie – wezwał Wykonawcę Arcus do złożenia wyjaśnień „[...] jak firma Arcus S.A. rozumie spełnienie powyższego warunku przez wykonanie dostawy sprzętu dla mBank? Należy wskazać, że dostawa miała być wykonana w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 11 sierpnia 2014 r. zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) Wykonawca Arcus wyjaśnił, że realizacja kontraktu miała miejsce dwuetapowo, przy czym, jak stwierdził, pierwszy z nich nie może być brany pod uwagę przy dokonywaniu oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu z uwagi na upływ czasu. Z kolei w drugim etapie realizacji kontraktu dostarczył określoną (spełniającą wymóg postawiony w treści warunku) ilość urządzeń, co do których świadczył usługę serwisową), przy czym na rozprawie doprecyzował, że 12-miesięcznym serwisem objęte było 800 sztuk sprzętu.

W związku z powyższym nie może być mowy o niespełnianiu przez Wykonawcę Arcus warunku udziału w Postępowaniu z uwagi na niewykonanie dostawy ujętej w wykazie załączonym do oferty. Jakkolwiek treść referencji może nasuwać wątpliwości, co do okoliczności wykonania dostawy, to już treść udzielonych wyjaśnień – nie. Podobnie, w ocenie Izby, rozwiewa ona wątpliwość jaka była wartość zrealizowanej przez Wykonawcę Arcus dostawy (łącznie z obsługą serwisową). Nie została natomiast, ani w treści złożonego wykazu dostaw, ani w treści referencji potwierdzona okoliczność, że w odniesieniu do wymaganej przez Zamawiającego minimalnej liczby urządzeń wykonywał (wykonuje) on usługę serwisową przez okres przynajmniej 12 miesięcy. Informacji takiej nie zawiera również złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienie, nie

wskazuje bowiem precyzyjnie kiedy nastąpiła dostawa urządzeń w drugim etapie realizacji umowy, czyniąc niewiadomym moment rozpoczęcia świadczenia usług serwisowych (będzie mógł on najwcześniej mieć miejsce po wykonaniu samej dostawy, nie sposób bowiem wykonywać usługi w zakresie utrzymania sprzętu przed jego dostarczeniem na miejsce przeznaczenia, zainstalowaniem i rozpoczęciem użytkowania).

W konsekwencji Wykonawca Arcus winien zostać ponownie wezwany przez Zamawiającego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia kolejnych wyjaśnień (nie ma bowiem przeciwwskazań do wielokrotnego stosowania tej instytucji), dotyczących tym razem ilości urządzeń objętych 12-miesięcznym serwisem. Mając jednak na uwadze okoliczność, że Izba nakazała odrzucenie oferty Wykonawcy Arcus z uwagi na kwestie związane z rażąco niską ceną, nakazanie Zamawiającemu dokonania wspomnianej czynności byłoby niecelowe, wobec czego odstąpiono od nałożenia nań tego obowiązku.

Co zaś dotyczy Wykonawcy Teneo Izba ustaliła, że w złożonym wraz z ofertą wykazem dostaw wskazał na wykonanie zamówienia na rzecz Zamawiającego, polegającego na dostawie 2240 szt. Drukarek wraz z 46-miesięczną obsługą serwisową. Do oferty załączony został list referencyjny nr 517 z dnia 14 maja 2014 r., w którego treści stwierdzono należyte wykonanie dostaw sprzętu oraz 6 przypadków nieterminowego wykonania usługi serwisowej (opóźnienia w przywróceniu gotowości eksploatacyjnej urządzeń), potwierdzonych notami księgowymi.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego Galaxy o konieczności wezwania Wykonawcy Teneo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia. Nie sposób zgodzić się przy tym z Zamawiającym, który rozróżnia nienależyte wykonanie zobowiązania na skutek opóźnienia, czy też zwłoki dłużnika, bowiem okoliczność, czy *ad casum* uchybienie terminowi realizacji zobowiązania było skutkiem niezawinionego, czy też zawinionego zaniechania (odpowiednio: opóźnienia i zwłoki) jest irrelevantna dla ustalenia, czy zaszedł przypadek nienależytego wykonania zobowiązania w ogóle. Skoro bowiem z przepisów K.c. wynika, że kara umowna stanowi surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy (por. art. 483 § 1 i art. 484 § 1 K.c.), to już samo jej nałożenie na stronę umowy (tu – Wykonawcę Teneo) stanowi dowód nienależytej realizacji przyjętych na siebie obowiązków. W ocenie Izby taka okoliczność nie mogła jednak *per se* przemawiać za koniecznością podjęcia oczekiwanych przez Odwołującego Galaxy kroków w stosunku do Wykonawcy Teneo. Izba wzięła bowiem pod uwagę szczególne okoliczności związane z realizacją tego zamówienia, a to jego rozmiar, okres realizacji, stopień skomplikowania,

jednostkowe przypadki uchybienia niewielkiemu wycinkowi obowiązków Wykonawcy Teneo, nałożonych na niego postanowieniami umowy zawartej z Zamawiającym. Izba podkreśla, że jakkolwiek automatyzm w ustalaniu spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (czy też, generalnie, mechaniczne stosowanie instytucji przewidzianych przepisami Pzp, które w przeważającej mierze wiążą się z odczuwalnymi dla wykonawców sankcjami, przykładowo z wykluczeniem z Postępowania, czy odrzuceniem oferty pozbawiającymi ich szans na realizację zamówienia i związanego z tym osiągnięcia dochodu, czy wreszcie z utratą wadium) jest dla tej procedury szkodliwy. Uniemożliwia bowiem w istocie osiągnięcie jej celu, a za taki uważać należy wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia na warunkach dla zamawiającego jak najbardziej korzystnych.

W konsekwencji Izba uznała, że na podstawie jednostkowych przypadków uchybień w realizacji określonych zobowiązań umownych, zważywszy na szczególne okoliczności omówione powyżej, nie można było wnioskować o niewykazaniu spełnienia przez Wykonawcę Teneo warunku udziału w Postępowaniu.

**V. Zarzut związany ze złożeniem przez wykonawców Teneo i Decsoft nieprawdziwych informacji odnośnie przynależności do grupy kapitałowej (zarzut nr III.4 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14)**

Zarzut częściowo potwierdził się.

Izba ustaliła, na podstawie informacji odpowiadających odpisom aktualnym z KRS wykonawców Teneo i Decsoft, załączonych do złożonych w Postępowaniu ofert, że jeden z członków rady nadzorczej Wykonawcy Decsoft (J.K.G.) pełni funkcję prezesa zarządu i jedynego członka tego organu u Wykonawcy Teneo (argument z Działu 2, Rubryki 2 – „Organ nadzoru”, Podrubryki 1 – „Dane osób wchodzących w skład organu”, L.p. 3 informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Wykonawcy Decsoft, według stanu na dzień 9 czerwca 2014 r. oraz Działu 2, Rubryki 1 – „Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu”, Podrubryki 1 – „Dane osób wchodzących w skład organu”, L.p. 1 informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Wykonawcy Teneo, według stanu na dzień 23 czerwca 2014 r.). Ponadto, na podstawie powołanych powyżej dokumentów ustalono również, że J.K.G. ujawniony jest jako jedyny wspólnik Teneo Systems sp. z o.o. posiadający 99 udziałów opiewających na kwotę 49.500,00 zł, przy kapitale zakładowym rzędu 50.000,00 zł (patrz: Dział 1, Rubryka 7 – „Dane wspólników”, L.p. 1 i Rubryka 8 – „Kapitał spółki” informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Wykonawcy Teneo, według stanu na dzień

23 czerwca 2014 r.).

Wykonawca Teneo załączył do oferty oświadczenie, że należy do grupy kapitałowej, załączając jednocześnie listę podmiotów wchodzących w jej skład, na której nie został ujawniony Wykonawca Decsoft.

Z kolei Wykonawca Decsoft złożył wraz z ofertą oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów UOKiK.

W świetle powyższych okoliczności należało uznać, że wykonawcy Teneo i Decsoft pozostają ze sobą w stosunku zależności, w którym pierwszy z nich jest spółką zależną, drugi zaś – spółką dominującą. Trzeba mieć przy tym na względzie, że przepis art. 4 pkt 3 lit. c UOKiK, na który to powołał się Odwołujący Galaxy stanowi wyłącznie jeden z przejawów przejęcia kontroli jednego przedsiębiorcy nad drugim, uzasadniającego wniosek, że należą oni do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 14 UOKiK. Ustawodawca zrezygnował bowiem z zasady *numerus clausus* uprawnień, które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, o czym świadczy literalne brzmienie art. 4 pkt 4 zd. wstępne UOKiK. Niemniej istotna jest również okoliczność, że dla ustalenia, czy *ad casum* doszło do przejęcia kontroli nad innym podmiotem wystarczające jest li tylko istnienie możliwości wywierania decydującego wpływu na jego poczynania. Nie ma zatem znaczenia, czy takowy wpływ jest faktycznie wywierany, ponieważ pod uwagę brać należy już samą ewen zaś dotyczy pojęcia „decydującego wpływu” Izba wskazuje, że należy je identyfikować ze sprawami najważniejszymi, rozstrzygającymi o funkcjonowaniu i rozwoju kontrolowanego przedsiębiorcy. Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że w doktrynie do tego rodzaju spraw zalicza się m.in. uchwały w przedmiocie prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy oraz ustalanie polityki przedsiębiorstwa (tak: E. Modzelewska-Wąchał: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002). Skoro zatem zasiadający w radzie nadzorczej Wykonawcy Decsoft J.K.G. jest jedynym członkiem zarządu Wykonawcy Teneo, uprawnionym – zgodnie z ujawnionym w rejestrze sposobem reprezentacji – do samodzielnego reprezentowania tego podmiotu (Dział 2, Rubryka 1 – „Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu”, informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z KRS Wykonawcy Teneo, według stanu na dzień 23 czerwca 2014 r.), a zarazem jedynym wspólnikiem, skupiającym niemal wszystkie udziały (49 z 50), to – biorąc pod uwagę ustawowe kompetencje organów spółki kapitałowej funkcjonującej w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jaką jest Wykonawca Teneo (zarządu – art. 201 § 1 K.s.h. i zgromadzenia wspólników – art. 228 i nast. K.s.h.) – należało stwierdzić, że ww. osoba jest wyłącznym decydem w odniesieniu do tego podmiotu.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego i Wykonawcy Decsoft związanej z literalnym brzmieniem przepisu art. 4 pkt 4 lit. c UOKiK, który odwołuje się do członków rady nadzorczej (liczba mnoga) Izba stwierdziła, że nawet gdyby przyjąć, że akurat ten przypadek przejścia kontroli nie zachodzi (w stanie faktycznym sprawy spór dotyczył jednego członka rady nadzorczej), to nie wyklucza to wystąpienia innej, nienazwanej przez ustawodawcę postaci tego zjawiska, na co zezwala otwarty charakter katalogu zawartego w przepisie art. 4 pkt 4 UOKiK.

Nie potwierdził się natomiast, w ocenie Izby, związany z powyższą kwestią zarzut złożenia przez wykonawców Teneo i Decsoft nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik Postępowania, który uzasadniałby konieczność ich wykluczenia z udziału w Postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po pierwsze – Izba stoi na stanowisku, że ze względu na sankcyjny charakter wzmiankowanej regulacji powinna być ona stosowana ściśle. Po drugie – uwzględniając konieczność dokonywania prounijnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie można nie zauważać rozbieżności pomiędzy jego treścią, a art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114), zwanej dalej „Dyrektywą klasyczną”. Odnosząc się w tej materii do art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy klasycznej z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy przytoczonej sekcji dyrektywy (także Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE posługuje się pojęciem „[...] winny poważnego wprowadzenia w błąd” – *vide* art. 57 ust. 4 lit. h). Abstrahując w przedmiotowych rozważaniach od kwestii działania wykonawcy w warunkach umyślności (które to zapatrywanie przeważa w aktualnym orzecznictwie sądów okręgowych i znajduje odzwierciedlenie w szeregu wyroków Izby) należy zwrócić uwagę, że w rozpatrywanej sprawie nie mogło obiektywnie dojść do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Był on w posiadaniu wszystkich dokumentów zawierających informacje niezbędne do ustalenia powiązań pomiędzy ww. wykonawcami, ponieważ wynikały one ze złożonych z ofertami dokumentów (informacji odpowiadających odpisom aktualnym z Rejestru Przedsiębiorców) Wykonawców Teneo i Decsoft). Okoliczności sprawy wskazują na to, że Zamawiający nie dość dokładnie przeanalizował wszystkie dokumenty składające się na oferty wykonawców Arcus i Teneo, skupiając się wyłącznie na złożonych przez nich oświadczeniach w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej.



W konsekwencji Izba uznała, że zasadne będzie nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawców Teneo i Arcus do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w oparciu o przepis art. 26 ust. 2d zd. drugie Pzp. Następnie Zamawiający będzie zobligowany do wszczęcia procedury przewidzianej przepisem art. 24b Pzp.

#### **VI. Zarzut działania wykonawców Arcus, Teneo i Decsoft w warunkach tzw. umowy przetargowej (zarzut nr III.7 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14)**

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zarzut dotyczył wykonawców, których oferty sklasyfikowane zostały na trzech pierwszych miejscach z cenami odpowiednio: 36.235.645,83 zł (Wykonawca Arcus), 40.453.192,86 zł (Wykonawca Teneo) oraz 45.844.918,74 zł (Wykonawca Decsoft). Stwierdzono ponadto, że wykonawcy Teneo i Decsoft – z uwagi na istniejące pomiędzy nimi powiązania – pozostają w stosunku zależności w ten sposób, że Wykonawca Decsoft jest podmiotem kontrolującym, a Wykonawca Teneo – kontrolowanym (patrz pkt V uzasadnienia). Ponadto wykonawcy Arcus i Decsoft posiadają siedzibę pod tym samym adresem – ul. Kolejowa 5/7, 01-517 Warszawa (patrz Dział 1, Rubryka 2 – „Siedziba i adres podmiotu” informacji odpowiadających odpisom aktualnym z Rejestru Przedsiębiorców ww. podmiotów) oraz, że wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę Infrastruktury Techniczno-Systemowej dla części II-IV projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych” (znak sprawy: CSIOZ-WZP.6151.65.2012) w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia.

W przedstawionych powyżej okolicznościach Izba uznała, że nie można przypisać wykonawcom Arcus, Teneo i Decsoft działania w warunkach umowy przetargowej, której istnienie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji uzasadniający odrzucenie ofert uczestniczących w niej wykonawców na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Analiza okoliczności prowadzonego przez Zamawiającego Postępowania, jak i podejmowanych w nim przez ww. działań nie pozwala na stwierdzenie, że ich konkurowanie o uzyskanie zamówienia publicznego nosi znamiona pozorności, co jest istotą omawianego nielegalnego porozumienia.

W szczególności nie może przemawiać za istnieniem w tej sprawie nielegalnego porozumienia okoliczność, że dwóch z rzekomo uczestniczących w nim wykonawców (Arcus i Decsoft) ubiegało się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego. Częstą praktyką na rynku zamówień publicznych jest łączenie potencjałów funkcjonujących na nim podmiotów w celu stworzenia możliwości uzyskania zamówienia, które nie byłoby

osiągalne odrębnie dla każdego ze wspólnie działających wykonawców. Możliwość taka została przewidziana wprost w przepisach Pzp (*vide* art. 23 Pzp) i gdyby uzasadnienia dla istnienia nielegalnych porozumień poszukiwać we wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego, to należałoby znieść dopuszczalność tworzenia konsorcjów w ogóle. Poza tym trzeba mieć na względzie, że nie sam fakt pozostawania przez wykonawców w określonych relacjach biznesowych przesądzać ma o istnieniu zmywy przetargowej, ale ewentualny wpływ ukształtowanych między nimi stosunków na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że twierdzenie Odwołującego Galaxy, jakoby „[...] podmioty te (wykonawcy Arcus i Decsoft – przyp. Izby) często występują jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego” było nadużyciem, bowiem nie zostało dowiedzione przez niego, że miało to również miejsce w innych postępowaniach przetargowych, a sami zainteresowani zgodnie przyznali, że przetarg zorganizowany przez CSIOZ był jedynym przypadkiem wspólnego ubiegania się przez nich o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w tym miejscu wskazać, że z uwagi na powyższe Izba nie uwzględniła zawartej w odwołaniu argumentacji związanej z 10-procentowym udziałem Wykonawcy Decsoft w przychodach Wykonawcy Arcus przyjmując, że mogło być to skutkiem wspólnej realizacji zamówienia.

Nie potwierdza również, zdaniem Izby, istnienia zmywy przetargowej fakt tworzenia przez dwóch wykonawców (Teneo i Decsoft) grupy kapitałowej w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 14 UOKiK, ponieważ jest ona uznawana, z woli ustawodawcy, za porozumienie legalne. Także przepisy Pzp umożliwiają, pod pewnymi warunkami, udział wchodzących w jej skład podmiotów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zob. w szczególności przepis art. 24b ust. 1 i 2 Pzp).

Chybiony był również koronny argument przemawiający – zdaniem Odwołującego Galaxy – za funkcjonowaniem wykonawców Arcus, Teneo i Decsoft w warunkach nielegalnego porozumienia (wykorzystywanie przez Wykonawcę Arcus pozycji wyłącznego dystrybutora marki Kyocera w Polsce do kształtowania cen ofertowych wykonawców, którzy zaoferowali urządzenie tego producenta Zamawiającemu). Generalnie zauważyć należy, że okoliczność zaoferowania w Postępowaniu tych samych urządzeń przez różnych wykonawców nie może stanowić samoistnej przesłanki do stwierdzenia, że pozostają oni w nielegalnym porozumieniu, nawet jeśli źródłem ich zaopatrzenia jest ten sam podmiot (wyłączny dystrybutor urządzeń), będący dodatkowo uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego toczącego się z udziałem odbiorców oferowanego przez niego sprzętu. Odmienny pogląd prowadzi do wniosku, że wspomniany dystrybutor urządzeń, w obawie o postawienie mu zarzutu działania ze swoimi kontrahentami w znowach przetargowych, musiałby zaprzestać kontaktów handlowych z nimi, skoro

każdorazowe jego konkurowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze swoimi partnerami handlowymi narażałoby ich na podejrzenia działania w nielegalnym porozumieniu. Podobnie, o znowie przetargowej nie może stanowić okoliczność, że określony podmiot, z racji posiadania statusu wyłącznego dystrybutora, jest również wyłącznie uprawniony do świadczenia usług serwisowych w odniesieniu do oferowanych urządzeń. Nawet przy przyjęciu takiego założenia (Odwołujący Galaxy nie udowodnił, aby konieczne było świadczenie autoryzowanych usług serwisowych) należy stwierdzić, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby pozostali wykonawcy oferujący sprzęt, do którego serwisowania nie mają uprawnień, korzystali w tym zakresie na etapie realizacji zawartej z Zamawiającym umowy z usług dystrybutora, bądź zwyczajnie przeszkolili własną kadrę celem umożliwienia samodzielnego świadczenia takiej usługi.

Co więcej, Izba – na podstawie złożonych przez Wykonawcę Arcus dowodów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (oferty handlowe na urządzenia spełniające wymogi SIWZ przygotowane w odpowiedzi na zapytania kontrahentów Wykonawcy Arcus) – doszła do wniosku, że nie mógł on sterować cenami zaoferowanymi w Postępowaniu. Pomijając okoliczność, że wspomniane oferty opiewały na równe kwoty (zatem zawierały również marżę handlową Wykonawcy Arcus na równym poziomie) brak było podstaw do stwierdzenia, że ww. miał wpływ na wysokość narzutów, jakie jego partnerzy handlowi (oferenci urządzeń marki Kyocera) przyjmą sporządzając ofertę dla Zamawiającego. *Ergo*, sama znajomość przez Wykonawcę Arcus cen, po jakich inni wykonawcy nabyli sprzęt marki Kyocera, bądź wynegocjowali warunki jego dostawy (okoliczności tej nie należy zakładać, jak czyni to Odwołujący Galaxy, skoro strony i uczestnicy postępowania odwoławczego byli zgodni co do tego, że oferowanie urządzeń wspomnianego producenta mogło odbyć się tylko przy udziale Wykonawcy Arcus, będącego bezspornie wyłącznym dystrybutorem marki Kyocera w Polsce) nie mogła dawać mu wiedzy o ostatecznej wysokości ceny, po jakiej urządzenia te zostaną zaoferowane Zamawiającemu, a brak jest – jak wspomniano – przesłanek do przyjęcia, że Wykonawca Arcus sterował wysokością marż handlowych innych podmiotów.

Nie przemawia za stanowiskiem Odwołującego Galaxy odnośnie istnienia tzw. znowy przetargowej stwierdzenie, że retoryka wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców Arcus i Teneo wykazuje zbieżności wykluczające ich przypadkowość. Izba stwierdziła bowiem, że na pewnym poziomie ogólności takich wyjaśnień każdy wykonawca powoływać będzie się na czynniki w mniejszym, bądź większym stopniu oparte na treści przepisu art. 90 ust. 2 Pzp.

Izba zwróciła również uwagę na okoliczność, że Wykonawcy Arcus, Teneo i Decsoft złożyli wprawdzie oferty z kolejno najniższymi cenami, tym niemniej ich zachowanie w Postępowaniu nie wskazuje na podejmowanie prób wyzyskania takiego układu rankingu ofert, co przyświecać powinno uczestnikom nielegalnego porozumienia. Miałoby to miejsce przykładowo w sytuacji, gdyby Wykonawca Arcus, złożony ofertę w Postępowaniu, dążył świadomie do wyeliminowania siebie z udziału w nim nie odpowiadając chociażby na wystosowane do niego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, wezwanie do złożenia wyjaśnień i niejako przymuszając Zamawiającego do wyboru oferty Wykonawcy Teneo oferującego te same urządzenia, ale w wyższych cenach. Tymczasem ww. byli aktywnymi uczestnikami Postępowania zachowując szanse na uzyskanie zamówienia, a Zamawiający ostatecznie dokonał wyboru oferty z najniższą ceną, choć z naruszeniem przepisów Pzp omówionym we wcześniejszej części uzasadnienia.

Finalnie, w ocenie Izby, przeczy istnieniu zarzucanej wykonawcom Arcus, Teneo i Decsoft tzw. zmowy przetargowej okoliczność, że ww. zwalczali się wzajemnie w postępowaniu odwoławczym dążąc w ten sposób do zmiany rozstrzygnięcia Zamawiającego i uzyskania zamówienia. Co więcej, zarzuty obydwu odwołań dotyczyły właśnie cen ofertowych i zawierały argumentację potwierdzającą, w ocenie odwołujących, ich nieuprawnione zaniżenie. Nie sposób przyjmować, że wykonawcy ci w tak zawaolowany sposób (w drodze postępowania odwoławczego, którego wyniku nie mogli być pewni, ryzykując, w razie przegranej, poniesienie znacznych kosztów z nim związanych) dążyli do zrealizowania jakiegokolwiek celu nielegalnego porozumienia, który to *nota bene* określany był przez Odwołującego Galaxy bliżej niesprecyzowanym mianem naruszania jego interesu, jak i interesów innych wykonawców i wreszcie samego Zamawiającego.

#### **VII. Zarzut prowadzenia Postępowania z pominięciem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut nr III.8 według systematyki odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1752/14)**

W konsekwencji uznania za częściowo uzasadnione sformułowanych przez Odwołującego Galaxy zarzutów (patrz pkt II, IV i V uzasadnienia wyroku) na uwzględnienie zasługiwał również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, bowiem potwierdzone zostało, że udzielił on zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Rekapitulując całość poczynionych przez Izbę ustaleń i rozważań część zarzutów każdego z odwołań potwierdziła się, wobec czego orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

#### **VIII. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego**

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....