

Sygn. akt: KIO 850/18

**WYROK**

**z dnia 28 maja 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Joanna Wielgucka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 kwietnia 2018 r.** przez wykonawcę **DKS sp. z o.o., z siedzibą w Kowalach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Prokuraturę Okręgową w Gdańsku,**

przy udziale wykonawcy **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę DKS sp. z o.o., z siedzibą w Kowalach i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DKS sp. z o.o., z siedzibą w Kowalach** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **DKS sp. z o.o., z siedzibą w Kowalach** na rzecz zamawiającego **Prokuratury Okręgowej w Gdańsku** kwotę **4 450 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 30 kwietnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DKS sp. z o.o., z siedzibą w Kowalach (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Prokuraturze Okręgowej w Gdańsku (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Najem urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych niezbędnych do prawidłowej pracy tych urządzeń”, numer referencyjny: PO VIIWB 261.2.2018 (dalej: „**Postępowanie**”) naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie może automatycznie przyjmować oświadczenie Konica Minolta dot. rzekomego spełnienia wymagań SIWZ przez oprogramowanie SmartPrint za prawdziwe, gdyż zostało niejako poparte oświadczeniem producenta oprogramowania SmartPrint, Qube Technologies sp. z o.o., pomimo że obiektywne dowody wskazują, że oświadczenie Konica Minolta nie polega na prawdzie;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do dokonania krytycznej analizy oświadczenia producenta oprogramowania SmartPrint (Qube Technologies sp. z o.o.) w kontekście treści złożonej oferty, pomimo że Odwołujący dwukrotnie zwracał uwagę na nieprawidłowości w tym zakresie, tj. niespełnienie przez system SmartPrint warunków SIWZ;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień zaoferowanych przez Konica Minolta cen ofertowych, pomimo że zaoferowane ceny za wydruk 1 kopii / druku, a co za tym idzie, cena ofertowa tego Wykonawcy budzi wątpliwości co do jej realności;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

pomimo że Wykonawca ten podlega wykluczeniu, oraz że po przeprowadzeniu procedury wyjaśnień ceny Konica Minolta, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę tego Wykonawcy z uwagi na wystąpienie co najmniej trzech niezależnych podstaw, wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem; (iii) wykluczenie Konica Minolta na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp; (iv) odrzucenie oferty Konica Minolta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; (v) odrzucenie oferty Konica Minolta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, po uprzednim wezwaniu do wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp; (vi) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 13 kwietnia 2018 r., Odwołujący przekazał informację Zamawiającemu, że zgodnie ze stanem wiedzy Odwołującego, zaoferowane przez Konica Minolta systemu do obsługi urządzeń wielofunkcyjnych, tj. SmartPrint, nie spełnia wymagań Załącznika nr 10 SIWZ w następującym zakresie 3 nw. punktów tego załącznika:

„48. Umożliwia monitorowanie materiałów eksploatacyjnych urządzeń podłączonych do systemu z poziomu jednej platformy administracyjnej.

68. Możliwość tworzenia drzewiastej struktury architektonicznej umożliwiającej przypisanie urządzenia do gałęzi drzewa. Możliwość swobodnego tworzenia struktury (budynki, kondygnacje, pokoje).

69. Możliwość tworzenia wizualizacji rozmieszczenia urządzeń drukujących i MFP (budynki, kondygnacje, pokoje).

Wraz z pismem Odwołujący przekazał Zamawiającemu ulotkę produktową oprogramowania SmartPrint.

W dniu 17 kwietnia 2018 i 19 kwietnia 2018 Zamawiający zwrócił się do Konica Minolta z wnioskiem o wyjaśnienie, czy zaoferowany system SmartPrint jest zgodny z SIWZ. W odpowiedzi Konica Minolta, w dniu 17 kwietnia 2018, złożyła lakoniczne oświadczenie, potwierdzające zgodność zaoferowanego produktu z treścią SIWZ. Następnie, w odpowiedzi na drugie wezwanie, w dniu 23 kwietnia 2018 złożyła oświadczenie producenta Qube Technologies sp. z o.o. poświadczające, że omawiany system SmartPrint spełnia wszystkie wymagania SIWZ, w tym z pkt 49, 68 i 69 Załącznika nr 10.

Odwołujący wskazał, że Qube Technologies sp. z o.o. posiada uniwersalny program do monitoringu i raportowania kosztów wydruku. Program Q-Vision jest przeznaczony do wykorzystania w każdym urządzeniu wielofunkcyjnym. Konica Minolta zakupiła zaś do własnych urządzeń okrojoną wersję tego oprogramowania - właśnie system SmartPrint. System SmartPrint również pozwala na monitoring i raportowanie kosztów wydruku, lecz w węższym zakresie. Porównując wymagania SIWZ z funkcjonalnościami obu programów, stwierdzić należy, że system SmartPrint faktycznie nie pozwala na wykonywanie zadań wskazanych w pkt 49, 68 i 69 Załącznika nr 10. Z przekazanej Zamawiającemu ulotki produktowej Konica Minolta wynika jak szerokie funkcjonalności posiada system SmartPrint. Jeżeli system ten posiadałby szersze możliwości, Konica Minolta pochwaliłaby się tym faktem w materiale promocyjnym. Ponadto, na dwukrotne zapytanie Zamawiającego, tyżące się zakresu funkcjonalności, Konica Minolta w ramach udzielonych wyjaśnień z pewnością wskazałaby, gdzie zostało przeprowadzone wdrożenie systemu SmartPrint, pozwalające na korzystanie z funkcjonalności opisanych w ww. punktach i przedstawiłaby dowody potwierdzające twierdzenie o wdrożeniu (np. oświadczenie użytkownika, potwierdzające korzystanie z funkcji opisanych w pkt. 49, 68 i 69 Załącznika nr 10 SIWZ w ramach wdrożonego systemu SmartPrint).

Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący złożył „Podręcznik Administratora SmartPrint3.0” (Powód nr 1: Podręcznik Administratora SmartPrint3.0). W ocenie Odwołującego, jeżeli system SmartPrint miałby funkcjonalność pozwalającą na „monitorowanie materiałów eksploatacyjnych urządzeń podłączonych do systemu z poziomu jednej platformy administracyjnej”, „tworzenia drzewiastej struktury architektonicznej umożliwiającej przypisanie urządzenia do gałęzi drzewa. Możliwość swobodnego tworzenia struktury (budynki, kondygnacje, pokoje) oraz „tworzenia wizualizacji rozmieszczenia urządzeń drukujących i MFP (budynki, kondygnacje, pokoje)” to funkcjonalności te zostałyby opisane w kolejnych podpunktach punktu [3.2] Podręcznika. Tymczasem, system ten nie ma tych funkcjonalności, a co za tym idzie nie zostały one opisane w przedmiotowym podręczniku.

W ocenie Odwołującego powyższy dokument potwierdza, że system SmartPrint nie spełnia wymagań SIWZ. Skoro Odwołujący, czyli podmiot konkurencyjny względem Konica Minolta, ma tego pełną świadomość, to tym bardziej Konica Minolta, jako właściciel tego oprogramowania, posiada tę wiedzę. Ewentualne twierdzenia o tym, że o niezgodności programu SmartPrint z wymaganiami SIWZ może się wypowiadać jedynie producent (autor), należy więc poczytywać jako lekkomyślność czy niedbalstwo, prowadzące do przekazania Zamawiającemu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik przetargu (w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). Okoliczność, iż producent oprogramowania SmartPrint, który

(zgodnie z wiedzą Odwołującego i informacją od tegoż producenta) zdecydowaną większość własnego obrotu uzyskuje ze współpracy z Konica Minolta, decyduje się na potwierdzenie, iż program SmartPrint jest produktem spełniającym wymagania SIWZ, nie powinna stanowić dla Zamawiającego usprawiedliwienia dla bezkrytycznego przyjęcia oświadczenia Konica Minolta (oraz Qube Technologies sp. z o.o.). Również takie oświadczenia powinny być badane pod kątem ich prawdziwości.

W ocenie Odwołującego, zasada zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako jedna z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązuje zamawiającego do rzetelnego zbadania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości (KIO/KD 20/14 - uchwała KIO z dnia 24.03.2014 r. - Prymat zasady dążenia do wyboru oferty najkorzystniejszej). Za wyrokiem KIO 1046/14 z dnia 05.06.2014 r. Odwołujący wskazuje, iż „rolą zamawiającego jest badanie ofert, jak i dokumentów składanych wraz z ofertą. Czynność badania ofert nie ogranicza się jedynie do bezkrytycznego przyjmowania składanych mu oświadczeń i dokumentów. Rolą zamawiającego jest również weryfikacja ich treści, która obejmuje m.in. konieczność badania prawdziwości przekazywanych informacji, na co wskazuje choćby przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp”. Oczywiście jest, iż wszystkie czynności Zamawiającego mają zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. spełniającej wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego i złożonej przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co za tym idzie, wątpliwości zaistniałe w toku prowadzonego postępowania, co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów, muszą podlegać wyjaśnieniu, gdyż wątpliwości uniemożliwiają pozytywną ocenę dokumentów. Przy ocenie ofert Zamawiający musi kierować się starannością i efektywnością. Ustawa Pzp nie zakazuje tu korzystania z informacji pozyskanych z innych źródeł niż oferta, w tym nawet od podmiotów nie biorących udziału w postępowaniu. Jeżeli w Postępowaniu pojawią się dokumenty, o których Zamawiający wie lub podejrzewa, że nie są wystawione zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, Zamawiający nie może powoływać się na brak podstaw do poddania w wątpliwość wiarygodności otrzymanych dokumentów, gdyż ma prawo i obowiązek „prowadzić postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców i w poszanowaniu prawdy materialnej - wynikającej z całokształtu wiedzy zamawiającego, a nie tylko dokumentów złożonych w danym postępowaniu” (wyrok z dnia 29 września 2008r. sygn. akt KIO/UZP/978/08).

Odwołujący wskazał również, że okoliczność, iż Zamawiający wprost nie żądał podania nazwy oferowanego systemu nie może usprawiedliwiać zaniechania Zamawiającego do uwzględnienia oświadczeń Konica Minolta w toku badania i oceny oferty. Przykładowo, w wyroku KIO z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2538/17, Izba stwierdziła, iż: „Bez

znaczenia pozostaje podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że nie wymagał wskazania przez wykonawców stawki za roboczogodzinę. Z załączonego do oferty kosztorysu stawka ta wynika wprost, zatem Zamawiający nie mógł w toku badania oferty pominąć tego wskazania, uznać je za niebyłe". Zatem, z uwagi na fakt, że Konica Minolta podała w ofercie nazwę oferowanego systemu, Zamawiający nie może bazować jedynie na oświadczeniu tego Wykonawcy, że zaoferowany system jest zgodny z wymaganiami Załącznika nr 10 SIWZ - Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy system SmartPrint rzeczywiście posiada wszystkie funkcjonalności, w tym te, o których mowa w pkt 49, 68 i 69 Załącznika nr 10 SIWZ.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że w ofercie swej Konica Minolta zaoferowała system SmartPrint, który nie spełnia wymagań SIWZ. Mimo to, Konica Minolta oświadczyła, że oferują system SmartPrint spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego. Ponieważ oświadczenie to nie polega na prawdzie. Zamawiający powinien był wykluczyć Konica Minolta z Postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, oraz odrzucić ofertę Konica Minolta, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na nie spełnienie szeregu ww. wymagań Załącznika nr 10 SIWZ.

#### ZANIECHANIE WEZWANIA KONICA MINOLTA DO WYJAŚNIENIA ELEMENTÓW OFERTY MAJĄCYCH WPŁYW NA WYSOKOŚĆ CENY

Odwołujący wskazał, że z treści art. 90 ust. 1 ustawy z Pzp wynika, że Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, wzywa wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty, jeżeli Zamawiający stwierdzi, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi ona wątpliwości Zamawiającego co do możliwości należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, a także w przypadku ziszczenia się obiektywnych przesłanek arytmetycznych, wskazanych w tym przepisie. Zatem, omawiany przepis obliguje Zamawiającego (nie jest to jedynie Jego uprawnienie) do zwrócenia się do wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp m.in, wówczas, gdy Zamawiającemu poweźmie wątpliwość, czy badana cena ofertowa jest realna w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym, czy istnieje możliwość należytego wykonania zamówienia za tę cenę.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze treść SIWZ, stwierdzić należy, że cena ofertowa powinna zostać skalkulowane o następujące składowe:

- 1) Urządzenie bizhub 368;
- 2) 2 kasety na papier A3 - A5 o pojemności minimum 500 arkuszy;

- 3) podajniki na dokumenty DF - 629, finiszera zszywający FS - 536, skaner;
- 4) szafka pod urządzenie DK – 510;
- 5) moduł do wysyłania / odbiór faksów FK – 514;
- 6) system (oprogramowanie);
- 7) dostawa do lokalizacji zamawiającego wraz z wniesieniem;
- 8) instalacja;
- 9) szkolenie;
- 10) przygotowanie materiałów szkoleniowych dla zamawiającego, czytniki do autoryzacji wydruku;
- 11) materiały eksploatacyjne (w tym w szczególności: wielokrotna wymiana tonerów, bębnow);
- 12) zatrudnienie czterech (4) techników na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy na cały okres trwania umowy (36 miesięcy);
- 13) koszty konserwacji i części zamienne serwisu;
- 14) wielokrotne koszty dojazdu do lokalizacji urządzeń;
- 15) koszt dysków twardych pozostawionych u Zamawiającego;
- 16) koszt finansowania urządzeń rozłożony w czasie;
- 17) ubezpieczenie przedmiotu najmu;
- 18) inne ryzyka (np. nie wykonania maksymalnej ilości sztuk kopii/wydruków), marża.

Odwołujący wskazał, że uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia jest najem 49 urządzeń, powyższe oznacza, że cenę ofertową 479.700,00 PLN należy podzielić przez 49 i sprawdzić, czy cena jednostkowa danego urządzenia - tj. 9.789,80 PLN brutto - zawiera w sobie każdą z 23 wyżej wymienionych pozycji, uwzględniając dodatkowo 36 miesięczny okres trwania umowy. Innymi słowy, badając realność zaoferowanej przez Konica Minolta ceny, Zamawiający zobowiązany był zbadać, czy cena 9.789,80 PLN brutto zawiera w sobie koszt urządzenia, urządzeń peryferyjnych, oraz podzielonych proporcjonalnie pozostałych kosztów, a także uwzględnić wypracowanie zysku.

Odwołujący podkreślił, że Konica Minolta zaoferowała nowe urządzenie wielofunkcyjne bizhub 368 producenta Konica Minolta. Zostało to oświadczone w ofercie tego Wykonawcy oraz zapowiedziane 5 kwietnia 2018r. Odwołujący wskazał, że cena samego urządzenia i podstawowych urządzeń peryferyjnych (tj. kosztu zawierające następujące elementy: urządzenie bizhub 368 z poz. 10.1, podajnik DF - 629 z poz. 10.3, finiszera FS - 536 z poz. 10.4, szafka pod urządzenie DK - 510 z poz. 10.6, moduł faxu FK - 514 z poz. 10.7) wynosi 18 827.55 PLN brutto, fDowód nr 2: faktura VAT nr FH/LOG/18/0535 z dnia 23-04-2018r., faktura VAT nr FH/LOG/17/2621 z dnia 27-07- 2017r., faktura VAT nr FH/LOG/17/9836 z dnia 27-03-



2018r., faktura VAT nr FH/LOG/17/6691 z dnia 21-12-2017r.) Oznacza to, że na każdym z 49 zaoferowanych urządzeń Konica Minolta traci 9.037,75 PLN brutto, co daje łączną kwotę 442.849.68 PLN brutto, uwzględniając wyłącznie koszt samego urządzenia i podstawowych urządzeń peryferyjnych. Mając zaś na uwadze, że cena powinna być uwzględniać również koszty z poz. 10.2,10.5,10.8 - 10.22, strata Konica Minolta na tym kontrakcie będzie znacznie większa. Zaoferowana przez Konica Minolta cena jest więc rażąco niska i nie pozwala na wypracowanie zysku (poz. 10.23).

Odwołujący wskazał dodatkowo, że zgodnie z ust. III.29-31 SIWZ, rozliczenie za najem odbywać się będzie na zasadach generujących ryzyko kontraktowe dla wykonawcy. Mianowicie, często rozliczenie za najem odbywa się na dwóch płaszczyznach: (i) stała kwota za urządzenie, urządzenia peryferyjne, systemy, instalacje, wdrożenia, szkolenia itp., a także (ii) zmienna kwota obliczana na podstawie iloczynu ceny za jedną kopię/wydruk oraz faktycznie wykonanych w danym miesiącu ilości kopii/wydruków. W ten sposób, znosi się ryzyko wykonawcy dot. nie pokrycia kosztów wskazanych w pkt (i). W Postępowaniu *Zamawiający przyjął jednak inny model rozliczenia:*

29. *„Zamawiający będzie dokonywał płatności wynagrodzenia za dany okres rozliczeniowy w terminie 30 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury. Faktura wraz załączonym raportem potwierdzającym ilość wykonanych wydruków będzie przesłana pocztą elektroniczną na wskazany przez Zamawiającego adres e-mail.*

30. *Wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie ustalone na podstawie ilości wydruków (kopii, skanów, faksów) wykonanych na poszczególnych urządzeniach zgodnie z raportami generowanymi z oprogramowania, o którym mowa w pkt 12 lub drukowanymi z urządzeń, przez osoby upoważnione przez Zamawiającego.*

31. *Kwota należna będzie każdorazowo miesięcznie obliczona, jako suma, na którą składają się iloczyny wykonanych ilości wydruków (kopii, skanów, faksów) i ich ceny jednostkowej brutto za 1 szt. wskazanej w ofercie Wykonawcy.*

32. *W cenie jednostkowej brutto za 1 szt. wydruku (kopii, skanu, faksu) Wykonawca skalkuluje - uwzględni wszystkie koszty związane z wykonaniem wydruku (kopii, skanu, faksu), w szczególności: najem urządzeń, materiały eksploatacyjne (w tym w szczególności: tonery, tusze, bębny), koszt serwisu (praca i części zamienne), koszt konserwacji, koszty dojazdu do lokalizacji urządzeń, koszt szkolenia użytkowników, koszt dysków twardych pozostawionych u Zamawiającego i inne".*

W ocenie Odwołującego oznacza to, że możliwe jest, że urządzenie dostarczone do wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji nie będzie w ogóle używane, lecz przez okres 36 miesięcy będzie pozostawać w dyspozycji Zamawiającego, a wykonawca będzie zobowiązany

ponosić koszty jego ubezpieczenia, konserwacji itp. Zatem, w przyjętym przez Zamawiającego modelu rozliczenia ryzyko wykonawcy, iż nie zostaną pokryte koszty najmu urządzenia wzrasta. To ryzyko powinno być odpowiednio wycenione i odzwierciedlone w zaoferowanej cenie.

W ocenie Odwołującego powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia za zaoferowaną przez Konica Minolta cenę powinno nastąpić w trakcie badania realności cen zaoferowania przez tych wykonawców, a już najpóźniej 30 kwietnia 2018 r., tj. z chwilą otrzymania przez Zamawiającego odwołania od Odwołującego, ze szczegółową kalkulacją, dowodzącą niemożności pokrycia przez Konica Minolta wszystkich kosztów pozyskania wynajmowanego sprzętu, nie wspominając o pozostałych kosztach związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia oraz o marży. Zamawiający do tej pory nie zdecydował się na żądanie wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających, że zaoferowane przez Konica Minolta ceny są realne, czym naruszył normę art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2538/17.

Odwołujący wskazał, że cytowany wyrok nie stanowi novum, lecz wpisuje się w nurt utrwalonej linii orzeczniczej. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 października 2014r., sygn. akt: KIO 1971/14.

Odwołujący podniósł, że Konica Minolta jest wykonawcą mającym ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tego typu przedsięwzięcia. Jednakże, uwzględniając powyższe względy, Zamawiający nie powinien był domniemywać, że Wykonawca ten jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat, oraz że zaoferowana przez Konica Minolta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem koniecznym do wykonania, nakładem pracy, nakładem środków etc. To Konica Minolta - na wezwanie Zamawiającego - powinna była wykazać, że Jej cena jest rzetelna, tj. pokrywa wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, ryzyka, oraz marżą. Zaniechanie wezwania Konica Minolta do wyjaśnienia elementów cenotwórczych ceny ofertowej i dokonanie wyboru oferty Konica Minolta jako oferty najkorzystniejszej (25.04.2018r.) stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego w przypadku Konica Minolta nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu Wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Odwołujący wskazuje, że w podobnych stanach faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż wykazując realność ceny

wykonawca powinien konkretnie wskazywać, jakie szczególne okoliczności pozwalają mu na zaoferowanie ceny na niższym poziomie niż poziom. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2185/14, wyrok z dnia 22 sierpnia 2016r., sygn. akt KIO 1468/16.

W ocenie Odwołującego realny koszt urządzenia zaoferowanego przez Konica Minolta musi być zgodny z zasadą pełnej konkurencji. Konica Minolta nie może wykazywać, że cena zaoferowanych przez nią urządzeń jest znacznie niższa niż ceny, które ponosił Odwołujący, gdyż okoliczność, iż Konica Minolta nabywa urządzenia produkowane w ramach tej samej grupy kapitałowej nie pozwala na jej znaczne obniżenie. Zasada pełnej konkurencji (the arm's length principle), zwana także zasadą dystansu lub zasadą ceny rynkowej, jest międzynarodową normą uzgodnioną przez państwa członkowskie OECD i powinna być przez nie stosowana w celu ustalania cen transferu dla celów podatkowych. Zasada ta została ujęta w art. 9 ust. 1 Modelowej Konwencji Podatkowej OECD, i stanowi podstawę dwustronnych konwencji podatkowych zawieranych pomiędzy państwami członkowskim OECD oraz między krajami nieczłonkowskimi. Artykuł 9 stanowi, że: „jeżeli [...] między dwoma przedsiębiorstwami w zakresie ich stosunków handlowych lub finansowych, zostaną omówione lub narzucone warunki, które różnią się od warunków, które ustaliłyby między sobą niezależne przedsiębiorstwa, wówczas zyski, które osiągnęłoby jedno z przedsiębiorstw bez tych warunków, ale z powodu tych warunków ich nie osiągnęło, mogą być uznane za zyski tego przedsiębiorstwa i odpowiednio opodatkowane”. Tak wyrażona zasada pełnej konkurencji została przeniesiona na grunt polskiego prawa i w niemal niezmiennym brzmieniu zapisana art. 11 ust. 1 Ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Artykuł 11 ust. 1 stanowi:

„Jeżeli:

1. podatnik podatku dochodowego mający siedzibę (zarząd) lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwany dalej „podmiotem krajowym”, bierze udział bezpośrednio lub pośrednio w zarządzaniu przedsiębiorstwem położonym za granicą lub w jego kontroli albo posiada udział w kapitale tego przedsiębiorstwa, albo
2. osoba fizyczna lub prawna mająca miejsce zamieszkania albo siedzibę (zarząd) za granicą, zwana dalej „podmiotem zagranicznym”, bierze udział bezpośrednio lub pośrednio w zarządzaniu podmiotem krajowym lub w jego kontroli albo posiada udział w kapitale tego podmiotu krajowego, albo
3. te same osoby prawne lub fizyczne równocześnie bezpośrednio lub pośrednio biorą udział w zarządzaniu podmiotem krajowym i podmiotem zagranicznym lub w ich kontroli albo posiadają udział w kapitale tych podmiotów

— jeżeli w wyniku takich powiązań zostaną ustalone lub narzucone warunki różniące się od warunków, które ustaliłyby między sobą niezależne podmioty, i w wyniku tego podmiot nie wykazuje dochodów albo wykazuje dochody niższe od tych, jakich należałoby oczekiwać, gdyby wymienione powiązania nie istniały — dochody danego podmiotu oraz należny podatek określa się bez uwzględnienia warunków wynikających z tych powiązań”.

W ocenie Odwołującego zasada pełnej konkurencji traktuje członków grupy wielonarodowej jako oddzielne, niezależne od siebie jednostki, nie zaś jako połączone ze sobą części jednego przedsiębiorstwa. Z tego względu główny nacisk kładziony jest w niej na istotę transakcji realizowanej przez takie podmioty oraz na fakt, czy umówione przez strony warunki można uznać za rynkowe. Pociąga to za sobą wymóg przeprowadzenia analizy porównywalności, co stanowi sedno stosowania zasady pełnej konkurencji. Analiza porównywalności wprowadza konieczność przeprowadzenia porównania między warunkami ustalonymi lub narzucenymi pomiędzy podmiotami powiązanymi, a takimi jakie byłyby ustalone między przedsiębiorstwami niezależnymi. Aby takie porównanie było uznane za prawidłowe żadna z ewentualnych różnic między porównywanymi sytuacjami nie może wpływać znacząco na warunek rozpatrywany z metodycznego punktu widzenia albo można dokonać racjonalnie dokładnych poprawek w celu wyeliminowania wpływu jakichkolwiek różnic na analizowaną transakcję.

W ocenie Odwołującego analizując realność zaoferowanej przez Konica Minolta ceny, Zamawiający powinien był zastosować zasadę pełnej konkurencji. Główny bowiem cel stosowania zasady pełnej konkurencji jest zgodny z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - tj. układanie stosunków handlowych i finansowych pomiędzy podmiotami powiązanymi w taki sposób, by odtworzyć w obrotach między nimi dynamikę sił rynkowych. Dzięki takiemu podejściu zasada ta zapewnia równe traktowanie przedsiębiorstw powiązanych i jednostek niezależnych. Dopiero zastosowanie zasady pełnej konkurencji pozwoli na faktyczną weryfikację, czy zaoferowana przez Konica Minolta cena jest realna, i czy cena jednostkowa 9.789,80 PLN brutto pozwala na realne pokrycie kosztu nowego urządzenia oraz wszystkich pozostałych kosztów wymienionych w pkt 10.2 -10.22, a także zapewnia wypracowanie zysku.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami (dalej „**SIWZ**”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę wykonawcy Konica Minolta Business Solution Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej

„Przystępujący”) na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego z dnia 17 kwietnia oraz 19 kwietnia 2018 r. wraz z odpowiedziami Przystępującego z dnia 17 oraz 23 kwietnia 2018 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (iv) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 kwietnia 2018 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania przetargowego; (v) Podręcznik Administratora SmartPrint 3.0 oraz 2.0 Konica Minolta Smartprint - Przyjazny system monitoringu i raportowania kosztów wydruku, Funkcjonalność Systemu Q-Vision 2018 – na okoliczność ustalenia, iż system zaproponowany przez Przystępującego nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ; (vi) informacje z otwarcia ofert Izby Administracji Skarbowej w Kielcach 2601-ILZ.260.3.2018, Urzędu Miasta w Krakowie OR 10.271.83.2017, Uniwersytety Muzycznego Fryderyka Chopina ZO-4/05/2018/272/W/MSW oraz ZO-4/05/2018/272/W/MSW, Wodociągów Miejskich w Radomiu DZ/43/18, zapytanie dotyczące sprzedaży przedsiębiorstwa, faktury, kalkulacje kosztów, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej PO III 261.1.2016, wezwanie do złożenia wyjaśnień wystosowane do Odwołującego w postępowaniu PO III 261.1.2016 – dokumenty na okoliczność wykazania, iż Zamawiający winien wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp; (vii) oświadczenie Qube Technologies sp. z o.o. z dnia 22 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia czy system SmartPrint spełnia wymagania wskazane w SIWZ; (viii) oświadczenie Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o., z dnia 24 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia czy istniały podstawy do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Najem urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych niezbędnych do prawidłowej pracy tych urządzeń”, numer referencyjny: PO VIIWB 261.2.2018.

Zgodnie z pkt III – Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 12 wykonawca zobowiązał się na czas trwania umowy, nieodpłatnie dostarczyć, zainstalować, skonfigurować na serwerze Zamawiającego oprogramowanie kompatybilne z systemem Windows Server 2012x64. Szczegółowa specyfikacja wymagań Zamawiającego została wskazana w Załączniku nr 10 do SIWZ. Zamawiający nie wymagał wskazania nazwy czy też typu oprogramowania.

W załączniku nr 10 do SIWZ Zamawiający zawarł katalog wymogów dotyczących systemu do obsługi urządzeń będących przedmiotem najmu. W pkt 48, 68 oraz 69 Zamawiający wskazał: „48. Umożliwia monitorowanie materiałów eksploatacyjnych urządzeń podłączonych do systemu z poziomu jednej platformy administracyjnej. 68. Możliwość tworzenia drzewiastej

struktury architektonicznej umożliwiającej przypisanie urządzenia do gałęzi drzewa. Możliwość swobodnego tworzenia struktury (budynki, kondygnacje, pokoje). 69. Możliwość tworzenia wizualizacji rozmieszczenia urządzeń drukujących i MFP (budynki, kondygnacje, pokoje).

W załączniku nr 5 zamawiający określił wymagania minimalne co do oferowanego systemu. Wykonawcy byli zobowiązani zadeklarować czy oferowane przez nich urządzenia spełniają dane wymaganie poprzez wskazanie odpowiedzi TAK/NIE.

Przystępujący wraz z ofertą złożył załącznik nr 10. Wykonawca wskazał w nagłówku dokumenty „Opis systemu” – „Smartprint”.

Zgodnie z informacją o treści złożonych ofert z dnia 10 kwietnia 2018 r. w postępowaniu złożone dwie oferty. Odwołujący za realizację zamówienia zaoferował cenę brutto 585 000 zł, Przystępujący zaś cenę 479 700 zł.

Izba ustaliła, że pismami z dnia 17 oraz 19 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień czy zaproponowane oprogramowanie SmartPrint spełnia wymagania wskazane w pkt 48, 68 oraz 69 załącznika nr 10. Pismami z dnia 17 kwietnia oraz 23 kwietnia 2018 r. wykonawca potwierdził, iż zaoferowany system spełnia powyższe wymagania. Złożył również oświadczenia producenta Qube Technologies sp. z o.o.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego są niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż swoim działaniem lub zaniechaniem Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, które w swojej merytorycznej treści nie spełniają wymagań zawartych w SIWZ.

W omawianym stanie faktycznym Odwołujący podniósł, iż oferta Przystępującego winna zostać odrzucona, gdyż zaoferowany przez niego system, o którym mowa pkt III Opisu Przedmiotu zamówienia, ppkt 12 w zw. z załącznikiem nr 10 do SIWZ nie spełnia wymagań wskazanych w punktach 49, 68 oraz 69 załącznika nr 10. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Wskazać należy po pierwsze, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy nie mieli obowiązku określić w treści oferty typy, nazwy czy też rodzaju systemu, jaki zostanie przez nich udostępniony Zamawiającemu w celu spełnienia wymagania wskazanego powyżej. Tym samym dopiero na etapie realizacji zamówienia wykonawcy zostali niejako zobowiązani do wyboru systemu spełniającego wymagania wskazane w załączniku nr 10. Konsekwencją powyższego rozwiązania wprowadzonego przez Zamawiającego w SIWZ jest to, iż wyciąganie wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji związanych ze wskazaniem systemu w treści załącznika nr 10, który rzekomo nie spełniałby w całości wymagań wskazanych w załączniku nr 10 byłoby, w ocenie Izby, nieuprawnione. W ocenie Izby brak skonkretyzowanego obowiązku po stronie wykonawcy nie może skutkować wyciąganiem wobec niego negatywnych skutków w postaci odrzucenia oferty. Izba stoi na stanowisku, że niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ nie ma miejsca w omawianym stanie faktycznym, gdyż przedmiot świadczenia wykonawcy nie musiał być zidentyfikowany na etapie składania oferty, zaś wykonawca potwierdził w treści formularza oferty, iż wykona zamówienie zgodnie z Opiszem przedmiotu zamówienia, a tym samym, iż na etapie realizacji zamówienia udostępni system odpowiadający wymaganiom wskazanym w załączniku nr 10.

Dalej wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazanie przez Przystępującego w nagłówku załącznika nr 10 Opisu systemu - „SmartPrint” nie oznacza, iż wykonawca zaoferował system SmartPrint 3.0, który nie posiada funkcjonalności wskazanych w pkt 49, 68 oraz 69 załącznika nr 10.

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w treści załącznika nr 10 brak jest jakichkolwiek wskazań, iż Przystępujący oferuje system w wersji 3.0. Tym samym rozważania

Odwołującego co do braku spełnienia przez system SmartPrint 3.0 wymagań wskazanych w pkt 49, 68 i 69 załącznika nr 10 oraz dowody w postaci Podręczników administratora dla wersji systemu SmartPrint 2.0 oraz 3.0 są bez znaczenia dla sprawy. Po drugie, wobec braku obowiązku identyfikacji w ofercie rodzaju czy też wersji systemu oferowanego Zamawiającemu, Izba stoi na stanowisku, iż Przystępujący ma prawo udostępnić Zamawiającemu na czas trwania umowy system SmartPrint w wersji dostosowanej do potrzeb Zamawiającego, zaś brak określenia tej okoliczności w treści załącznika nr 10 nie może rodzić wobec Przystępującego negatywnych skutków. Wykonawca bowiem nie miał obowiązku identyfikacji wersji czy też rodzaju systemu. Wykonawca wskazał w sposób ogólny, iż udostępni system SmartPrint, bez określenia jego wersji. Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie tj. oświadczeń Qube Technologies sp. z o.o. z dnia 23 kwietnia oraz 22 maja 2018 r. wynika, iż oprogramowanie SmartPrint spełnia wszystkie wymagania zawarte w załączniku nr 10. Dowód przeciwny złożony przez Odwołującego w postaci Podręczników administratora, Funkcjonalność programu Q-Vision 2018 potwierdza wyłącznie, iż w Podręczniku administratora systemu SmartPrint 3.0 nie zostały wskazane funkcjonalności, o których mowa w pkt 49, 68 oraz 69 załącznika nr 10. Okoliczność ta, jak Izba wskazała powyżej, nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, iż zaistniały okoliczności uzasadniające zastosowanie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec oferty Przystępującego. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Na marginesie Izba zaznacza, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp nie został prawidłowo sformułowany przez Odwołującego. Zarzut odwołania to zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Sformułowany zaś przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp ograniczył się do stwierdzenia, iż oświadczenie Qube Technologies sp. z o.o. nie zostało zbadane co do swojej prawdziwości. Takie uzasadnienie zarzut naruszenia powyższych przepisów jest w ocenie Izby niewystarczające.

#### Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby brak jest przesłanek do uznania, iż swoim działaniem Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub



wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

W omawianym stanie faktycznym Odwołujący argumentował, iż Zamawiający był zobligowany do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do realności zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawą tych wątpliwości, w ocenie Odwołującego, winna być okoliczność, iż Przystępujący zaoferował w ramach najmu nowe urządzenia, których koszt zakupu znacznie przewyższa wartość oferty Przystępującego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego.

Wskazać należy, że przedmiot zamówienia to najem urządzeń wielofunkcyjnych, nie zaś ich sprzedaż. Obliczenia zawarte w treści odwołania co do kosztów związanych z zakupem nowych urządzeń miałyby zastosowanie gdyby przedmiotem zamówienia była dostawa nowych urządzeń. W konsekwencji bezprzedmiotowe i niemające znaczenia dla sprawy są faktury złożone przez Odwołującego dotyczące kosztów nabycia nowego urządzenia. Przedmiot zamówienia w okresie realizacji umowy będzie nadal własnością Przystępującego, gdyż zostanie oddany Zamawiający wyłącznie w najem na czas trwania umowy. Stąd też analizowanie ceny za realizację zamówienia pod kątem kosztów zakupu urządzeń jest w ocenie Izby nieuprawnione i prowadziło do niemożności obiektywnego porównania cen zaproponowanych przez wykonawców za realizację zamówienia. Gdyby bowiem przyjąć słuszność twierdzeń Odwołującego z jednej strony ocenie podlegałyby oferty, których przedmiotem wyceny jest wyłącznie najem urządzenia, zaś z drugiej strony oferty uwzględniające koszt zakupu urządzeń. Wbrew twierdzeniom Odwołującego z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, iż cena ofertowa winna uwzględniać koszt nabycia urządzeń będących przedmiotem najmu. Zamawiający wymagał wyłącznie wskazania modelu urządzenia, co w żaden sposób nie może być utożsamione w obowiązkiem wliczenia w koszt wynajmu kosztów ich nabycia.

Izba uznała, że bez znaczenia dla sprawy mają rozważania Odwołującego o subsydiowaniu skrośnym oraz o dumpingu łupieżczym. Po pierwsze, zarzuty te nie zostały pierwotnie zawarte w treści odwołania i w związku z tym przedstawienie ich w piśmie procesowym uznać należy za spóźnione. Po drugie rozważania te pozostają bez wpływu na zasadność zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż przedmiotem zamówienia jest najmem urządzeń, nie zaś ich sprzedaż. To w jaki sposób wykonawca uzyska urządzenia będące przedmiotem najmu czy też sposób pokrycia kosztów ich nabycia jest irrelewantne, mając na uwadze przedmiot zamówienia. Podkreślić należy, że Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność co do sposobu doboru urządzeń będących przedmiotem najmu. Wskazał

wyłącznie, iż mają być to urządzenia nie starsze niż 2014 r. Dobór urządzeń oddanych w najem Zamawiającemu, w tym decyzja czy będą to urządzenia fabryczne nowe czy też używane, leżał w gestii wykonawców oraz przyjętych przez nich wyliczeń co do rentowności zamówienia. Oczywistym bowiem jest dla jednych przedsiębiorców bardziej rentowny będzie zakup urządzeń, oddanie ich w najem Zamawiającemu oraz ich późniejsza sprzedaż po realizacji zamówienia, zaś dla innych bardziej rentowe okazać się może wynajęcie używanych urządzeń będących na stanie u przedsiębiorcy lub do których mają korzystny dostęp u podmiotów trzecich. Okoliczność ta była jednak bez znaczenia dla Zamawiającego i pozostawała w gestii poszczególnych wykonawców. Tym samym bezprzedmiotowa, w ocenie Izby, jest analiza kosztów zakupu czy też sposobu ich rozliczenia przez Przystępującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie zawarł w treści odwołania okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ograniczenie się do kalkulacji kosztów nabycia nowego urządzenia nie stanowi, w ocenie Izby, obiektywnej okoliczności, która mogłaby uzasadniać wątpliwości Zamawiającego, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec braku stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust.1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**