

Sygn. akt: KIO 2491/17
KIO 2511/17

WYROK
z dnia 14 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie 11 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez odwołujących:

1. J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. K.C. Consulting z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt KIO 2491/17),
2. L.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Copy Felix L.T. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2511/17),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miejską Kraków, przy udziale wykonawcy:

1. Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2491/17 i KIO 2511/17 po stronie Zamawiającego,
2. J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. K.C. Consulting z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołania w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17 w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. unieważnienie badania i oceny ofert,

- 1.3. odrzucenie oferty wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
 - 1.4. wykluczenie wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. K.C. Consulting z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,
 - 1.5. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.
2. w pozostałym zakresie oddala odwołania.
 3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i wykonawcę J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. K.C. Consulting z siedzibą w Poznaniu i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań,
 - 3.2. w sprawie o sygn. akt KIO 2491/17 zasądza od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.3. w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17 zasądza od wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. K.C. Consulting z siedzibą w Poznaniu na rzecz odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2491/17
KIO 2511/17

Uzasadnienie

Gmina Miejska Kraków (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Centralny System Wydruków – świadczenie usług druku, kopii i skanowania dokumentów papierowych, udostępnienie urządzeń wielofunkcyjnych, drukarek sieciowych oraz serwerów i oprogramowania niezbędnych do realizacji zamówienia”, (znak sprawy OR-10.271.83.2017), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 października 2017 r., pod nr 2017/S 172-352440.

17 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawcy Konica Minolta Business Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca KM”).

27 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęły odwołania wykonawców:

1. J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. K.C. Consulting z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt KIO 2491/17),
2. L.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Copy Felix L.T. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2511/17).

Sygn. akt KIO 2491/17

Wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.W. K.C. Consulting z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący JW”) zaskarżył wybór oferty Wykonawcy KM i zaniechanie wykluczenia go z Postępowania/odrzućenia złożonej przez ww. oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który

- utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, tj. wadliwe dokonanie oceny i badania oferty Wykonawcy KM, która powinna zostać odrzucona na podstawie przesłanek opisanych poniżej,
 3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, który stanowi, że wyklucza się wykonawcę, który:
(16) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
(17) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
 4. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy KM, ponieważ treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
 5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy KM, jako że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm. (dalej „Znk”), tj. kumulatywnie naruszenie art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1, 3 i 5 Znk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: (1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; (3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; (5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy,
 6. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy KM, ponieważ w oparciu o dodatkowe argumenty, które rozszerzają obligatoryjną podstawę dokonania tej czynności, kumulatywnie wyczerpana została jeszcze przesłanka z przywołanego powyżej przepisu Pzp, gdyż oferta Wykonawcy KM zawiera błąd w obliczeniu ceny – jest niedoszacowana z uwagi na nieuwzględnienie obligatoryjnych kosztów związanych z wykonaniem części przedmiotu zamówienia,
 7. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy KM,

czyli na podstawie niezgodności jego oferty z przepisami odrębnymi, tj. przepisami K.c.,

8. art. 5, art. 58 § 1 i 2 K.c. w zw. z art. 14 Pzp, tj. przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,

co stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U.1997.78.483 ze zm.), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący JW wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia rozstrzygnięcia Postępowania,
2. odtajnienia dokumentów zawartych w ofercie Wykonawcy KM, wobec których nie zostały spełnione ustawowe przesłanki ich zastrzeżenia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. treści oferty oraz wyjaśnień z dnia 16 listopada 2017 r.,
3. ponownego badania i oceny ofert,
4. wykluczenia Wykonawcy KM, alternatywnie, odrzucenia jego oferty w oparciu o wszystkie przesłanki i podniesione zarzuty,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego JW.

Odwołujący JW podał, że działania Zamawiającego polegające na wadliwej ocenie i badaniu ofert, ergo wyborze oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony lub alternatywnie którego oferta winna zostać odrzucona, ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującemu JW realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

I. Argumenty dotyczące bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy KM

Zdaniem Odwołującego JW niedopuszczalnym było takie sporządzenie oferty, gdzie w cenie abonamentu za każde z zamawianych urządzeń Wykonawca KM wpisał, że koszty pracy personelu wynoszą 0 zł.

Zgodnie z pkt 18.1 SIWZ wykonawca zobowiązany był podać ceny jednostkowe za poszczególne usługi stanowiące przedmiot zamówienia i wskazać zastosowaną stawkę VAT wg. sposobu określonego w pkt II.1 Formularza oferty.

Cena oferty musiała uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone

w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego JW z przytoczonych postanowień wynika, że Wykonawca KM nie zastosował się do treści SIWZ i nie zawarł w swojej ofercie kosztów pracy personelu. Dodał, że Zamawiający nałożył na wykonawców dodatkowy obowiązek, tj. realizację przedmiotu zamówienia z zastosowaniem obliwu z art. 29 ust. 3a Pzp, co oznacza, że osoby do wykonywania tego rodzaju czynności jak opisane w SIWZ będą musiały być zatrudnione na umowę o pracę. Tym samym wpisanie stawki kosztów pracy personelu jako zero złotych jest oczywistą nieprawdą. Oferta Wykonawcy KM nie zawierając informacji wymaganych w SIWZ, nie pozwala ustalić, co dokładnie jest przedmiotem oferty, zaś z tych informacji, które zostały w ofercie zawarte wynika, że oferowane przez Wykonawcę KM świadczenie nie odpowiada wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ.

W ten sposób, zdaniem Odwołującego JW, widoczne jest popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego zaniżeniu ceny celem eliminacji innych uczestników Postępowania z rynku. Tak samo należy potraktować ewentualne przeliczanie cen pomiędzy poszczególnymi elementami przedmiotu zamówienia podlegającemu ocenie, celem uzyskania maksymalnego bilansu liczby punktów.

Nadto, w ocenie Odwołującego JW, działanie Wykonawcy KM można także kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1. 3 i 5 Znk, polegający na sprzedaży towarów i usług poniżej ich kosztów wytworzenia lub świadczenia oraz na rzeczowo nieuzasadnionym, zróżnicowanym traktowaniu niektórych klientów oraz w końcu polegającym na wymuszaniu na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy.

Powyższy fakt oznacza jednocześnie, że treść oferty Wykonawcy KM nie odpowiada treści SIWZ.

Wykonawca KM nie ujął bowiem kosztów ludzkich, których poniesienie jest przecież oczywiste i pewne przy realizacji tego zamówienia, gdyż Zamawiający podążając za treścią § 7 ust. 7 projektu umowy wymaga, aby osoby wykonujące czynności serwisowe bezpośrednio przy urządzeniach były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Oznacza to *de facto* stałą obecności u niego „na miejscu” co najmniej (każdocześnie) 1 pracownika delegowanego przez wykonawcę. Fakt ten wymusza także odpowiednio harmonogram czynności serwisowych.

Tym samym koszty te, które poniesie Wykonawca KM przerzucił on na tzw. klik, czyli cenę za odbitkę, a zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i treścią SIWZ powinien

doliczyć w miejscu przeznaczonym na ujawnienie kosztów personelu.

Odwołujący JW podkreślił, że w zamówieniach publicznych wpisanie kwoty 0 zł jest niedopuszczalne, ponieważ w przypadku, gdy zgodnie z art. 2 pkt 13 Pzp zamówienie publiczne to umowa odpłatna, to na zasadzie konsekwencji przymiot odpłatności muszą posiadać wszystkie wykonywane na rzecz zamawiającego świadczenia bez wyjątku.

Tak samo sprawa się ma z tym, że zgodnie z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i umów, stosować należy posiłkowo przepisy K.c. Jeżeli zatem umowa z zakresu zamówień publicznych jest (co notoryjne) umową o charakterze wzajemnym (czyli świadczenia stron muszą być ekwiwalentne), to wpisane zero złotych jest tego rażącym przeciwieństwem. Tym samym takie działanie jest nieważne z mocy prawa, gdyż zmierzało do jego obejścia i winno kumulatywnie pociągnąć skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, czyli na podstawie niezgodności z przepisami odrębnymi, tj. przepisami K.c.

Następnie Odwołujący JW sformułował zarzut polegający na zaniżeniu ceny abonamentu za udostępnione maszyny, który jest czynszem dzierżawnym. Maszyny będące przedmiotem przetargu kosztują minimalnie, aby osiągnąć minimalny poziom cen rynkowych z dużym rabatem, kwotę od 10 tys. zł.

Tymczasem stawka 61 zł brutto zaoferowana przez Wykonawcę KM (co daje po okresie 48 miesięcy kwotę 2.950 zł) ponownie dowodzi, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, pociągającym za sobą reżim odrzucenia oferty. W tym przypadku czynsz dzierżawny także powinien być proporcjonalny i odpowiedni do wartości dzierżawionych maszyn.

Odwołujący JW stwierdził, że powyższe kumulatywnie, obok popełnienia przez Wykonawcę KM czynu nieuczciwej konkurencji, stanowi błąd w obliczeniu ceny, gdyż oferta ta jest niedoszacowana.

II. Argumenty dotyczące bezprawnego zaniechania wykluczenia Wykonawcy KM

Odwołujący JW oświadczył, że wszystkie opisane powyżej zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ kumulatywnie dowodzą, że potwierdza się zarzut dotyczący usprawiedliwionego podejrzenia złożenia oświadczenia wprowadzającego Zamawiającego w błąd, co mogłoby mieć wpływ na wynik Postępowania.

Fakt czy doszło do tego świadomie, czy przez lekkomyślność lub rażące niedbalstwo w obecnym stanie prawnym *de facto* jest bez znaczenia, niemniej zawsze wywołuje ten sam skutek w postaci eliminacji nierzetelnego wykonawcy z postępowania w skutek wykluczenia

go z powołaniem na przepisy przywołane powyżej.

Na obecnym etapie przetargu bez dokonania wykluczenia/odrzućenia oferty Wykonawcy KM nie da się zawrzeć ważnej umowy, gdyż jakakolwiek umowa, która byłaby zawarta z tym wykonawcą dotknięta byłaby wadą nieważności.

Odwołujący podał, że zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie może poprzeć szerszą argumentacją poza okolicznościami przytoczonymi powyżej, ponieważ Wykonawca KM utajnił praktycznie całą treść swojej oferty.

Odwołujący JW podkreślił, że wystąpił z wnioskiem o udostępnienie mu oferty Wykonawcy KM (wraz ze sformułowaniem zarzutów), niemniej w reakcji na ten fakt otrzymał od Zamawiającego odpowiedź Wykonawcy KM „ocenzurowaną” w ten sposób, że niemożliwym było poznanie jakiegokolwiek dodatkowej argumentacji o sposobie sporządzenia oferty.

III. Zaniechanie odtajnienia oferty Wykonawcy KM, której treść nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący JW podniósł zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia tych dokumentów w ofercie Wykonawcy KM, wobec których nie zostały spełnione ustawowe przesłanki ich zastrzeżenia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym wniósł o ich odtajnienie i udostępnienie celem umożliwienia poparcia odwołania i jego pełnego uzasadnienia.

Niemniej jednak Odwołujący JW oświadczył, że cokolwiek byłoby tam napisane nie sposób tymi wyjaśnieniami uchylić faktu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, który kumulatywnie stanowi sporządzenie oferty w sposób niezgodny z treścią SIWZ i czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wpisanie kwoty zero złotych jako koszty ludzkie w sposób notoryjny oznacza świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia, a tym samym oferta ta nie uwzględniając części kwot za części przedmiotu zamówienia jest obarczona błędem w obliczeniu ceny, a tym samym jest niedoszacowana. To samo dotyczy naszego zarzutu w przedmiocie nierynkowego kosztu (abonamentu) dzierżawy za udostępnienie każdej maszyny.

Odwołujący JW stwierdził, że czynność odtajnienia części treści oferty Wykonawcy KM, jakiej Zamawiający dokonał 17 listopada 2017 r. była niewystarczająca (por. pismo Wykonawcy KM z 16 listopada 2017 r. wraz załącznikiem, czyli tzw. „Odtajnioną częścią wyjaśnień”).

Nadmienił, że zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych

zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP oraz przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2016.1764 j.t. ze zm.).

Stosownie do art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepisy Pzp nie zawierają w słowniczku ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, należy w tej mierze posłużyć się definicją zawartą w przepisie art. 11 ust. 4 Znk. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W zakresie oferty Wykonawcy KM należy zauważyć, że w części jawnej oferty brak jest informacji dlaczego Wykonawca KM nie wycenił kosztów pracy ludzkiej lub dlaczego ewentualnie przerzucił te koszty w inne miejsca oferty, czego czynić wykonawcom nie wolno. Tłumaczenie tego rodzaju, nie spełnia przesłanek informacji objętych tajemnicą i powinno być jawne dla wszystkich uczestników Postępowania, gdyż dotyczy sposobu (technikaliów) sporządzenia oferty i usiłowania popełnienia czyny nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji Zamawiający samodzielnie winien dokonać ich odtajnienia w celu urzeczywistnienia zasady jawności informacji publicznej.

Odwolujący podkreślił, że wymienione w przepisie art. 89 ust. 1 Pzp przesłanki stanowią bezwzględne podstawy odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki, zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, do odrzucenia oferty. Ewentualne zaniechanie zamawiającego oznaczałoby przyzwolenie na czynność prawną (zaniechanie) sprzeczną z prawem i jako taka byłaby ona wprost objęta dyspozycją art. 58 K.c. Ponadto, jeśli na podstawie takiej oferty, wykonawca zostałby dopuszczony do podpisania umowy, wówczas pozostałym wykonawcom, których oferty były ważne, przysługiwałoby prawo do wystąpienia o uznanie umowy za bezskuteczną o co mógł by on wystąpić do Prezesa UZP, lub bezpośrednio do sądu (por. roszczenie z art. 59 K.c.).

Uwzględnienie żądania wykluczenia/odrzucenia oferty wpływa z konieczności przestrzegania zasady równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Uznanie oferty Wykonawcy KM za ważną, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia/odrzucenia takiej oferty stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współzycia społecznego, co w świetle art. 5 K.c. w zw. z art. 14 Pzp jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współzycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe.

Zaniechanie ww. czynności oznaczałoby także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. 17 ust. 1 c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.2017.1311 j.t. ze zm.).

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z niżej wskazanych dokumentów załączonych do odwołania:

1. pisma Wykonawcy KM z 16 listopada 2017 r. dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach,
2. fragmentów wyjaśnień Wykonawcy KM (w części niezastrzeżonej).

Sygn. akt KIO 2511/17

L.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Copy Felix L.T. z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący LT”) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. K.C. Consulting z siedzibą w Poznaniu (dalej „Wykonawca JW.”) i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, pomimo, że co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane w Postępowaniu, tj. w zakresie punktów należnych w kryterium oceny ofert „Jakość – panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych”,
2. art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę KM, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę, której braku nie wykazały złożone wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz pomimo że zaoferowana została cena poniżej kosztów wykonania zamówienia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

Wykonawcę KM, pomimo że oferta ta jest niezgodna z SIWZ w zakresie, w jakim Wykonawca KM nie podał wartości cen abonamentów miesięcznych za poszczególne urządzenia oraz wysokości kosztów pracy personelu ujętych w każdej z tych cen w sposób przewidziany w SIWZ,

4. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę KM, pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie, w jakim Wykonawca KM dokonał obliczenia cen abonamentu miesięcznego za poszczególne urządzenia niezgodnie ze sposobem wymaganym w SIWZ,
5. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia pełnej treści złożonych przez Wykonawcę KM wyjaśnień z dnia 7 listopada 2017 r., również w zakresie niezasadnie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Znk, w tym informacji o wysokości kosztów pracy,
6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp (w związku z naruszeniem ww. przepisów prawa).

Odwołujący LT wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórnego badania i oceny ofert złożonych przez Wykonawcę KM i Wykonawcę JW,
3. odrzucenia oferty Wykonawcy KM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 Pzp;
4. wykluczenia Wykonawcy JW na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty,
5. odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę KM w dniu 7 listopada 2017 r.,
6. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący LT podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę, która powinna być uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes Odwołującego LT w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawcę KM i Wykonawcę JW (w konsekwencji wykluczenia Wykonawcy JW), oferta Odwołującego LT byłaby najwyżej ocenioną zgodnie z przyjętymi w Postępowaniu kryteriami oceny ofert. Ponadto, w interesie Odwołującego jest również ujawnienie niezasadnie zastrzeżonych informacji w wyjaśnieniach ceny złożonych przez Wykonawcę KM, co uniemożliwia pełną weryfikację zasadności decyzji

Zamawiającego o uznaniu wyjaśnień za wystarczające i utrudnia pełne uargumentowanie postawionych zarzutów. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

I. Zaniechanie wykluczenia Wykonawcy JW

Jednym z przyjętych kryteriów oceny ofert było podkryterium „panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych” o wadze 10 pkt, oceniane w ramach kryterium „Jakość”. Ocenie podlegały panele sterowania dla wszystkich dostarczanych urządzeń wielofunkcyjnych, przy czym punktowane było m.in. zaoferowanie jednakowego panelu sterowania i jednakowego sposobu prezentacji informacji na tym panelu dla wszystkich urządzeń wielofunkcyjnych zaoferowanych przez wykonawcę. Jednocześnie, wymaganiem Zamawiającego było dokładne oznaczenie producenta i modelu oferowanych urządzeń poszczególnego typu. Przedmiotem zamówienia było udostępnienie urządzeń wielofunkcyjnych podzielonych na cztery różne typy – MFP1, MFP2, MFP3 i MFP4.

Zamawiający wymagał ponadto, zgodnie z pkt I.2 SOPZ (Załącznik nr 1 do umowy), aby we wszystkich urządzeniach wielofunkcyjnych stosowane były oryginalne, nowe materiały eksploatacyjne oraz części i podzespoły zalecane przez producenta danego urządzenia.

Wykonawca JW, jak wynika z punktu 3 Formularza oferty, zaoferował urządzenia wielofunkcyjne Kyocera: TASKalfa 4002i, TASKalfa 3252Ci oraz ECOSYS M3550idn. Natomiast w ramach kryterium „jakość” w podkategorii „panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych” zadeklarował ocenę 5 pkt, oświadczając tym samym, że zaoferował urządzenia wielofunkcyjne o jednakowym panelu sterowania i jednakowym sposobie prezentacji informacji na tym panelu dla wszystkich zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych.

Urządzenia te, zgodnie z podanymi przez Wykonawcę JW. oznaczeniami, stanowią standardowe urządzenia w ofercie producenta. Z materiałów udostępnianych przez producenta wynikają ewidentne różnice pomiędzy panelami sterowania urządzeń TASKalfa 4002i i TASKalfa 3252Ci, a panelem urządzenia ECOSYS M3550idn. Panele tych urządzeń mają różne wymiary, jak również różny jest sposób, w jaki na każdym z nich wyświetlane są informacje. Można zatem stwierdzić, że Wykonawca JW nie zaoferował urządzeń o właściwościach pozwalających na uzyskanie 5 pkt w ramach ww. kryterium oceny ofert. Jednocześnie, mając do czynienia z profesjonalistą jakim jest wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie sposób twierdzić, że fakt ten

(ewidentne różnice pomiędzy panelami zaoferowanych urządzeń) nie był Wykonawcy JW znany lub weryfikowany przez niego przed złożeniem oferty.

Odwołujący LT podkreślił, że wykonawca, posiada obowiązek weryfikacji informacji podawanych w ofercie, a w szczególności – deklarowanych okoliczności o znaczeniu istotnym dla wyniku postępowania. Należałoby oczekiwać, że takiego sprawdzenia paneli w każdym z urządzeń Wykonawca JW dokona chociażby ze względu na konieczność sprawdzenia, czy nie zachodzą podstawy do przyznania sobie wyższej ilości punktów w tej samej podkategorii, które przysługiwały za zaoferowanie nie tylko jednakowych paneli, ale ponadto o określonych wymiarach – przekątna większa niż 9". Wykonawca powinien był zatem posiadać informacje o właściwościach paneli oferowanych urządzeń, w tym bez wątpliwości, również co do występujących między nimi różnic. Zarazem, charakter i okoliczności niezgodnej ze stanem faktycznym deklaracji Wykonawcy JW uniemożliwiają jakiegokolwiek sanowanie jego działania.

Przyznanie sobie nieprawidłowej liczby punktów w takiej sytuacji jest wyrazem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie Wykonawcy JW i to w zakresie informacji o istotnym znaczeniu dla podejmowanych przez Zamawiającego decyzji, gdyż bezpośrednio związanym z kryterium oceny ofert.

Wobec powyższego, zważywszy również na konieczność zachowania zasady równego traktowania wykonawców, koniecznym jest nie tylko zmniejszenie przyznanej Wykonawcy JW liczby punktów, ale również wykluczenie go z Postępowania ze względu na obligatoryjną przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy KM

W umowie przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe. Zgodnie z § 3 ust. 2 umowy opłaty z tytułu realizacji umowy będą ponoszone zgodnie z cenami jednostkowymi wskazanymi w umowie, a stanowiącymi odzwierciedlenie oferty składanej przez wykonawcę w Postępowaniu. Ponadto, Zamawiający zawarł w SIWZ szereg wymagań, zarówno co do sposobu obliczania cen, jak i ich przedstawienia w ofercie.

Zdaniem Odwołującego LT Zamawiający oczekiwał podania w ofercie odrębnych cen jednostkowych za poszczególne usługi, w tym zaoferowania cen abonamentu miesięcznego odrębnie za każdy rodzaj urządzenia. W ramach cen abonamentu za urządzenia MFP1, MFP2, MFP3, MFP4 oraz drukarkę sieciową nabiurkową należało wskazać wysokość kosztów pracy personelu (w zł) ponoszone w związku z realizacją usługi i podlegające uwzględnieniu w abonamencie miesięcznym.

Istotnym wymaganiem było zobowiązanie do zatrudnienia osób wykonujących czynności serwisowe bezpośrednio przy urządzeniach objętych zamówieniem na podstawie umowy o pracę (§ 7 ust. 7 umowy).

Ponadto, w § 1 ust. 4 umowy wyraźnie wskazano jakie koszty należało uwzględnić w cenie abonamentów dla poszczególnych typów urządzeń określonych w §3 ust. 5 pkt 1 umowy:

„[...]W ramach niniejszej umowy, w cenie abonamentu, o którym mowa w §3 ust. 5 pkt 1)

Wykonawca zobowiązuje się do:

- 1) dostarczenia, instalacji, uruchomienia i serwisowania urządzeń wielofunkcyjnych i drukarek sieciowych udostępnionych w ramach umowy, zgodnie z ilościami i lokalizacjami wyspecyfikowanymi w Załączniku nr 2 do umowy, przy czym Strony ustalą szczegółowe miejsca instalacji (w ramach lokalizacji określonych w Załączniku nr 2) poszczególnych urządzeń po zawarciu umowy,
- 2) dostarczenia, instalacji i uruchomienia serwerów i oprogramowania niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, tzn. Wykonawca musi zapewnić wystarczającą liczbę odpowiednich licencji, przy założeniu iż z usług będących przedmiotem umowy będzie korzystać co najmniej 3000 użytkowników, przy czym Zamawiający na potrzeby niniejszego wdrożenia udostępni licencje Microsoft Windows Server CAL (WinSvrCAL 2012 SNGL MVL UserCAL) w ilości wystarczającej do pracy co najmniej 3000 użytkowników w domenie Windows Active Directory Zamawiającego, jednakże w przypadku wykorzystania innej platformy systemowej Wykonawca dostarczy właściwe licencje,
- 3) obsługi i zarządzania serwerami i oprogramowaniem, o którym mowa w pkt 2, przy czym szczegółowy zakres zadań związanych z zarządzaniem serwerami określony został w Załączniku nr 1 do umowy,
- 4) ubezpieczenia na czas trwania umowy, na własny koszt urządzeń udostępnionych w ramach realizacji przedmiotu umowy Zamawiającemu[...].”

Przy tak ukształtowanych wymaganiach Zamawiającego, Wykonawca KM zadeklarował w złożonej przez siebie ofercie wysokość abonamentu miesięcznego za każdy z czterech typów urządzenia (MFP 1-4) – 61,50 zł brutto, w tym koszty pracy personelu w wysokości: 0,00 zł oraz za drukarkę sieciową – 39,36 zł brutto, w tym koszty pracy personelu: 0,00 zł. Tak zaoferowana cena stanowi naruszenie szeregu przepisów Pzp, które zostało w sposób nieprawidłowy uznane przez Zamawiającego za wyjaśnione przez Wykonawcę KM w piśmie z 7 listopada 2017 r.

Wykonawca KM jednoznacznie zadeklarował w ofercie, że w cenie abonamentu, która pokrywać ma wszystkie koszty wymienione w §1 ust. 4 umowy, pracę personelu wyceniono w wysokości 0,00 zł brutto. Wykonawca KM oświadczył zatem, że obliczając cenę przyjął wynagrodzenie personelu na poziomie 0,00 zł. Należy podkreślić, że Wykonawca KM nie wskazał ani, że ta pozycja nie ma zastosowania, ani też iż koszty pracy personelu zostały ujęte w inny sposób, ale wyraźnie i jednoznacznie wskazał na ich wysokość ujętą w zaoferowanej cenie – 0,00 zł.

Tak wyliczona i zaoferowana cena jest rażąco niska stosownie do art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2017.847 j.t. ze zm.). W sposób ewidentny przyjęta przez Wykonawcę KM wartość kosztów pracy jest niższa niż wskazane wyżej wymaganie, co świadczy o rażąco niskim charakterze zaoferowanej ceny.

Odwołujący podkreślił, że w świetle znowelizowanych przepisów Pzp nie budzi wątpliwości, że w przypadku takiej konstrukcji, zamawiający nie tylko może, ale zobowiązany jest do badania również cen jednostkowych – ceny abonamentu za poszczególne typy urządzeń, a także wysokości przyjętego przez wykonawcę i zadeklarowanego kosztu.

Ponadto, zważywszy że w cenie abonamentu należało ująć koszty związane z instalacją urządzeń oraz pozostałymi obowiązkami wykonawcy wymagającymi nieodzownie zaangażowania pracy ludzkiej i to w znacznym zakresie (kilkadziesiąt roboczogodzin pracy) kadry posiadającej odpowiednie kwalifikacje, przede wszystkim wykwalifikowanych informatyków (m.in. koszty dostawy, instalacji, szkoleń, włączenia urządzeń do systemu informatycznego, udziału nakładów pracy informatyków w uruchomieniu Systemu Rozliczania Wydruków w przeliczeniu na pojedyncze urządzenie etc.), wyliczone koszty na poziomie 0,00 zł oznaczają brak ich uwzględnienia w zaoferowanej cenie abonamentu. Konsekwencją powyższego powinno być uznanie, że cena abonamentu nie pokrywa wszystkich kosztów realizacji zamówienia, zatem jest:

- rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- ceną oferowaną poniżej kosztów koniecznych do poniesienia w celu świadczenia usługi (tzw. ceną dumpingową), co stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;
- ceną obliczoną niezgodnie z wymaganiami obowiązującymi w Postępowaniu, do których przy utrwalonej po upływie terminu składania ofert treści SIWZ, zobowiązani byli stosować się wykonawcy, stanowiąc zarazem o zaistnieniu

przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

Co istotne, składane przez Wykonawcę KM wyjaśnienia (ich treść nie została Odwołującemu LT udostępniona ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa), nie mogły doprowadzić do zmiany złożonej oferty bez naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp – jednoznacznie zadeklarowana przez Wykonawcę KM wartość stanowi istotny element złożonej oferty i jakkolwiek próbę interpretowania, zmiany tej wartości czy też dodawania zastrzeżeń do już złożonej deklaracji należy uznać za niedopuszczalne negocjacje i zmianę złożonej oferty.

Niedopuszczalne byłoby przyjęcie wyjaśnień KM zmierzających do wykazania, że koszty pracy personelu zostały uwzględnione w jakiegokolwiek innej pozycji cenowej skoro Zamawiający ukształtował SIWZ w taki sposób, że oczekiwał wyceny danego kosztu w ramach określonej pozycji, to Wykonawca KM mógł albo kwestionować wymagania SIWZ w formie przewidzianej przepisami Pzp, albo też pozostawał nimi związany niezależnie od tego, jaki sposób wyceny był dla niego bardziej korzystny czy odpowiedni. Należy zwrócić uwagę, że na etapie przed złożeniem oferty, nie było wniosków o zmianę lub wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie.

Podobnie, jeśli Zamawiający wymagał podania określonej informacji, w tym wypadku kosztu pracy personelu uwzględnianego przy wycenie poszczególnych usług, zgodnie z wcześniej ustaloną konstrukcją SIWZ, zasada równego traktowania wykonawców, jak również wymóg zgodności treści oferty z treścią SIWZ co do jej zawartości i sposobu prezentacji wymaga, aby takie informacje zostały bezwzględnie wykazane już w treści złożonej oferty. Zatem późniejsze wyjaśnienia, niezależnie od tego, czy składane w trybie art. 87 ust. 1 czy też art. 90 ust. 1 Pzp, nie mogą uzupełniać przedmiotowych informacji, które powinny zostać zawarte w ofercie Wykonawcy KM.

Brak jest zatem uzasadnienia dla pominięcia wymaganej informacji co do kosztów pracy personelu, przerzucenia tych kosztów lub deklarowania rzekomego braku konieczności ich ponoszenia. Wobec wymagań SIWZ, na obecnym etapie, nie można takiego uzasadnienia upatrywać ani w specyficznym dla Wykonawcy KM ujęciu kosztów (jak wskazano powyżej) ani też np. w fakcie korzystania w przedmiotowym zakresie z usług podwykonawcy. Po pierwsze ze względu na to, iż w ofercie Konica zadeklarowano samodzielną realizację zamówienia, po drugie zaś, iż wykorzystywanie podwykonawcy w celu realizacji zamówienia czy też przyjęty specyficzny dla Wykonawcy KM sposób rozliczania kosztów, nie zwalnia go ani z obowiązku podania informacji wymaganych zgodnie z SIWZ, czy też obliczenia ceny w sposób określony w SIWZ. W szczególności zaś,

nie zwalnia to Wykonawcy KM z odpowiedzialności za zaferowanie ceny realnej i nie zaniżonej w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza iż zarówno przepisy ustawy o konieczności wyceny realizacji zamówienia z uwzględnieniem wynagrodzenia minimalnego, jak i wynikający z SIWZ obowiązek zatrudniania na umowę o pracę, dotyczy zarówno samego Wykonawcy KM, jak i podmiotów którymi posługuje się w celu realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący LT wskazał, że zaferowane ceny abonamentów za świadczenie usług dla urzędzeń MFP1, MFP2, MFP3 i MFP4 są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również świadczą o oferowaniu usług po cenie niższej niż koszty ich świadczenia.

Zaferowana cena jednostkowa abonamentu w wysokości 61,50 zł brutto miesięcznie dla oferowanych przez Wykonawcę KM urzędzeń wielofunkcyjnych (w ramach 4 wymaganych typów, Wykonawca KM zaferował dwa modele: BIZHUB C308 i BIZHUB C458) nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów obiektywnie koniecznych do poniesienia w celu realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ, w szczególności zgodnie z §1 ust. 4 umowy. Analiza złożonych ofert pokazuje, że to właśnie różnica w wycenie tego abonamentu przekłada się przede wszystkim na przewagę cenową Wykonawcy KM.

Wystarczy w pierwszej kolejności porównanie zaferowanych przez Wykonawcę KM cen jednostkowych z cenami zaferowanymi przez każdego z innych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu. Za wyjątkiem jednej z ofert ceny zaferowane przez pozostałych wykonawców kształtują się na zbliżonym poziomie, wyznaczając rynkowy poziom cen za realizację przedmiotowych usług.

Wycena abonamentu za dostawę i obsługę urzędzeń Bizhub C308 i C458 na poziomie 61,50 zł brutto miesięcznie stanowi ułamek ceny rynkowej dla tego typu urzędzeń, zarówno w sprzedaży dla klientów z rynku prywatnego, jak i podmiotów publicznych. Co więcej, wycena tych urzędzeń funkcjonująca na rynku (poza przedmiotowym przetargiem) jest na zbliżonym poziomie, co ceny abonamentów jednostkowych oferowane w Postępowaniu przez pozostałych wykonawców dla podobnej klasy urzędzeń innych producentów.

Punktem odniesienia dla oceny rażąco niskiego poziomu cen abonamentów i kosztów pracy personelu wymaganych do uwzględnienia w abonamencie zawartych w złożonej przez Wykonawcę KM ofercie powinny być również dokumenty złożone przez Wykonawcę KM w toku dialogu technicznego poprzedzającego wszczęcie Postępowania. Zaferowane w toku dialogu kwoty za poszczególne urządzenia i usługi pokazują zazwyczaj – jak wynika

z doświadczenia Odwołującego LT – bardziej realny poziom szacowanych przez wykonawców faktycznych kosztów realizacji zamówienia. Obniżenie ceny ofertowej w stosunku do wcześniej wykazywanego w toku dialogu poziomu powinno zostać ponadto przez Wykonawcę KM wyczerpująco uzasadnione, w szczególności w złożonych wyjaśnieniach ceny. Odwołujący LT wyjaśnił, że występował do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji z dialogu technicznego w przedmiotowym zakresie, natomiast nie uzyskał jej ze względu na powoływanie się na klauzulę poufności. Wniósł zatem o przeprowadzenie przez Izbę dowodu z wglądu do tych dokumentów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego, w zakresie dotyczącym prezentacji szacunkowych kosztów i cen Wykonawcy KM, na okoliczność porównania szacunków dokonywanych przed złożeniem oferty oraz cen i kosztów zawartych w złożonej ofercie Wykonawcy KM, pod kątem rażącego zaniżenia cen oraz nieuwzględnienia różnic w wycenie poszczególnych modeli urządzeń.

Przyjmując, zgodnie z założeniami producenta, że czas życia maszyny wynosi 60 miesięcy lub określony przebieg, można przyjąć że urządzenia na koniec realizacji tego zamówienia, czyli po 48 miesiącach, będą miały za sobą 80% życia. Wycena całego życia urządzenia wg. Wykonawcy KM to 3.690 zł brutto (60 miesięcy x 61,50 zł), a należy pamiętać, że w skład tej ceny nie wchodzi samo tylko udostępnienie urządzenia, ale również system informatyczny, czytniki kart zbliżeniowych oraz udział w koszcie serwerów do zarządzania systemem. Według szacunków Odwołującego LT, opartych o jego doświadczenie rynkowe, koszt oprogramowania dla pojedynczej maszyny to ok. 1.100 zł netto wraz z czytnikiem. Poza licencją należy uwzględnić również koszt 4-letniego wsparcia dla takiego oprogramowania oraz udział wynagrodzenia za pojedyncze urządzenie w koszcie serwera/serwerów oszacować należy na min. 300 zł netto.

Już z powyższego wynika, że na pokrycie kosztów samego urządzenia i jego finansowania pozostaje ok. 1.500,00 zł brutto. Jest to zdecydowanie niższa kwota niż nie tylko rynkowa wycena takich urządzeń, ale również ok. 20-25% ceny, którą za modele tej kategorii muszą zapłacić partnerzy handlowi Wykonawcy KM.

Przeliczając powyższe w innym ujęciu: koszty systemu (bez kosztu samych urządzeń) to ok. 280.000 zł, co w przeliczeniu na 1 miesiąc i na jedno urządzenie (280.000 zł: 48 m-cy: 219 urządzeń wielofunkcyjnych) daje stawkę miesięczną ok. 26,63 zł netto. Kwota, która pozostaje po odjęciu tych kosztów od zaoferowanej przez Wykonawcę KM stawki – ok. 24,00 zł netto miesięcznie jest niewystarczająca na pokrycie kosztu samego urządzenia i jego finansowania.

Odwołujący LT stwierdził, że działania Wykonawcy KM mają również charakter czynu nieuczciwej konkurencji zmierzającego do uzyskania zamówienia poprzez zaoferowanie cen dumpingowych, rażąco zaniżonych w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaniżając cenę w celu uzyskania tego zamówienia, wykonawca ten nie tylko eliminuje konkurencję w ramach Postępowania, ale również w kolejnych postępowaniach ze względu na fakt, że przedmiotowy kontrakt ma charakter długoletni, zaś wykonawcy aby brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych muszą mieć możliwość wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, która ograniczona jest przez wymaganie, aby wykazywane doświadczenie zawierało się w ograniczonym okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Uzyskiwane przez zaniżanie cen zamówienia w obecnym okresie, wpływają na ograniczenie konkurencji w dalszej perspektywie ze względu na uniemożliwienie konkurentom uzyskiwania doświadczenia w analogicznym zakresie i wymaganej skali.

Niezależnie od powyższego, w ofercie Wykonawcy KM zastosowano uśrednienie cen za świadczenie usług dla różnych modeli urządzeń wielofunkcyjnych, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, w których Zamawiający przewidział podział wynagrodzenia na jednostkowe abonamenty i wymagał od wykonawców odrębnej wyceny świadczenia usługi dla każdego z wyróżnionych przez niego typów urządzeń. Nie tylko podważa to wiarygodność zaoferowanych przez Wykonawcę KM cen i utrudnia weryfikację faktycznie ponoszonych i wykazywanych przez niego w wyjaśnieniach ceny kosztów, ale przede wszystkim stanowi przesłankę odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz zawierającej cenę obliczoną niezgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Ceny dwóch oferowanych przez Wykonawcę KM modeli urządzeń: Bizhub C308 i C458, które w ofercie zostały zaoferowane po jednakowej cenie, na rynku różnią się w cenie w istotny sposób. Różnicę tę widać wyraźnie w cenach tych urządzeń z cennika dla partnera z grupy ELITE (status partnerów o największych rocznych obrotach, co przedkłada się na najkorzystniejsze warunki cenowe) – dla modelu Bizhub C308 – 10.611 zł netto, a dla Bizhub C458 – 18.679 zł netto. Przy tym poziomie cen oferowana w kolejnej pozycji drukarka sieciowa Bizhub 4000P kosztuje 1.432 zł netto (stawka abonamentu miesięcznego zaoferowana w tym postępowaniu dla tego urządzenia to 39,36 zł brutto).

Odwołujący LT podał, że wykonawcy nie mieli swobody w wyborze ujęcia struktury kosztów, ale związani byli taką konstrukcją, jaką przewidział Zamawiający zarówno konstruując Formularz ofertowy i sposób obliczania ceny podany w SIWZ, jak i Wzór Umowy i przewidziany tam sposób wynagrodzenia. Manipulacja kosztami wykonania

przedmiotowego zamówienia, tj. na przykład ewentualne przerzucanie kosztów realizacji zamówienia z pozycji dotyczących abonamentu lub jednego rodzaju abonamentu w celu ujęcia ich w wynagrodzeniu za świadczenie usługi objętej odrębnym abonamentem lub w cenie za wydruki (§ 3 ust. 5 pkt 2-4 umowy), jest niedopuszczalna.

Odwołujący LT podkreślił, że uzyskał dostęp jedynie do minimalnego zakresu treści złożonych wyjaśnień, co uniemożliwia szczegółowe odniesienie się do ich zawartości i dokonanej przez Zamawiającego oceny. Należy jednak wskazać, że obowiązkiem Zamawiającego była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Wykonawcę KM okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny zarówno w ujęciu całkowitym, jak i rozbiciu na poszczególne elementy składowe. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Nie wystarczające przy tym było jedynie ogólne stwierdzenie, że dany czynnik obniża koszty, ale konieczne było, co najmniej, wskazanie w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy, i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Zważywszy na niewytłumaczalne rażąco zaniżenie cen za abonamenty dla urządzeń wielofunkcyjnych, złożone przez Wykonawcę KM wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp nie spełniły ww. wymagań i nie wykazały skutecznie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący LT podniósł jednocześnie, że Zamawiający w zbyt szerokim zakresie uznał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie zadeklarował Wykonawca KM. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęty został szeroki zakres wyjaśnień z dnia 7 listopada 2017 r., który w żaden sposób nie może zostać uznany za posiadający wartość gospodarczą i objęty klauzulą poufności ze względu na szczególne znaczenie dla pozycji konkurencyjnej przedsiębiorstwa wykonawcy. Dotyczy to w szczególności:

- kosztu pracy personelu (jeśli zgodnie z wprost zadaniem pytaniem Zamawiającego, Wykonawca KM podał w wyjaśnieniach wysokość takich kosztów mimo treści Formularza ofertowego) lub wyjaśnień w tym zakresie – zgodnie z konstrukcją

SIWZ, informacje te stanowią informacje, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, których zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa nie jest dopuszczalne zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp. W takiej sytuacji, nie ujawnienie tych informacji w formularzu ofertowym, a potencjalne – podanie lub opisanie ich w złożonych później wyjaśnieniach i zastrzeżenie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowi de facto obejście przepisu art. 8 ust. 3 Pzp i nie jest dopuszczalne;

- złożonych dowodów – nie cała treść dowodów ma istotne znaczenie i może potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Na pewno nie dotyczy rodzaju i formy składanych dowodów czy też dla wykazania których są one powoływane;
- zakresu wyjaśnień, tj. jakich pozycji dotyczą, w szczególności, czy Wykonawca KM wyjaśnił budzące ewidentne wątpliwości ceny jednostkowe abonamentu i koszty w zakresie pracy personelu – podkreślenia wymaga, że waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie można przypisać samej strukturze składanych wyjaśnień ceny – nie jest to wiedza związana z przedmiotem zamówienia ani przewaga konkurencyjna, jaką posiada wykonawca ze względu na świadczone usługi. Ujawnieniu w ten sposób podlega wyłącznie emanacja pewnej umiejętności wykonawcy w zakresie stosowania się do procedur ustawowych i wytycznych wynikających z orzecznictwa Izby, a więc nie jest to taki zakres informacji, których charakter uzasadniałby wprowadzenie wyjątku od zasady jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego;
- czynników wpływających na cenę, które mają charakter powszechnie znany i nie wiążą się z ujawnieniem tajemnicy handlowej, a dotyczą np. usługi świadczonej na rzecz podmiotu publicznego, czyli takich informacji, które można uzyskać w drodze dostępu do informacji publicznej.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołania wniósł o:

1. odrzucenie, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, obydwu odwołań w zakresie spóźnionych zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę KM,
2. oddalenie obydwu odwołań w zakresie pozostałych zarzutów dotyczących Wykonawcy KM jako bezzasadnych.

Zamawiający poinformował również, że na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp, uwzględnił odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17 w części, tj. w zakresie zarzutów sformułowanych wobec Wykonawcy JW i jego oferty.

Wykonawca w piśmie z 7 grudnia 2017 r. jednoznacznie oświadczył, że wbrew treści własnej oferty, w której – ubiegając się o przyznanie jej dodatkowych 5 pkt – wskazał, że oferuje jednakowy panel sterowania i jednakowy sposób prezentacji informacji na tym panelu dla wszystkich zaofiarowanych urządzeń wielofunkcyjnych, zamierzał dostarczyć panele sterujące różniące się rozmiarem ekranu. Oświadczył zatem, że jego pierwotne oświadczenie złożone w ofercie, było prawdziwe, ale „z zastrzeżeniem jedynie rozmiaru ekranu, który to rozmiar jest adekwatny do rozmiaru samego urządzenia”.

W tych okolicznościach Zamawiający uznał zarzut odwołania za zasadny, jednakże nawet uznanie zarzutu nie ma na tym etapie Postępowania wpływu na jego wynik (oferta kolejna w rankingu oraz zastosowanie w Postępowaniu art. 24aa Pzp).

Z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający wskazał również, że w przypadku ewentualnego uznania oferty (aktualnie) najkorzystniejszej za podlegającą odrzuceniu, skutkiem uznania odwołania w pozostałym zakresie stanie się nie tyle utrata przez Wykonawcę JW 5 pkt w kryterium oceny ofert dotyczącym jednakowego panelu sterowania, ale wykluczenie tego wykonawcy z Postępowania. Stanie się to na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, ze względu na przedstawienie Zamawiającemu wskutek co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzających w błąd informacji mogących mieć istotny wpływ na wynik Postępowania.

W zakresie zarzutów spóźnionych Zamawiający podał, że podstawą do wniesienia odwołań była wiadomość przesłana odwołującym pocztą elektroniczną w dniu 10 listopada 2017 r., w której przekazano kopie wyjaśnień złożonych przez wzywanych wykonawców i informująca jednocześnie m.in. o niemożności przekazania wyjaśnień Wykonawcy KM ze względu na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Podstawą wniesienia odwołań nie może być zatem późniejsza o kilka dni informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący już 10 listopada 2017 r. potwierdzili zwrotnie odbiór ww. wiadomości zawierającej wyjaśnienia. Niewątpliwie zatem już od 10 listopada 2017 r. rozpoczął swój bieg termin na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Z ostrożności Zamawiający stwierdził, że zarzuty w ww. zakresie są nie tylko spóźnione, ale także całkowicie bezzasadne. Wykonawca KM skutecznie i zasadnie zastrzegł treść swoich wyjaśnień, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzuty w pozostałym zakresie, dotyczącym wyłącznie oferty Wykonawcy KM, Zamawiający uznał za bezzasadne i podlegające oddaleniu.

Zarzut, w zakresie w jakim uzasadniany jest faktem zaofiarowania ceny poniżej kosztu wykonania zamówienia, nie może zostać uwzględniony. Zamawiający wezwał Wykonawcę

KM do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę KM potwierdzają, że uwzględnił on w cenie oferty wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Ponadto wykazał, że na każdym z elementów przedmiotu oferty osiąga zysk. Nieuprawnionym pozostaje zatem twierdzenie, że cena realizacji wykonania jakiegokolwiek części zamówienia skalkulowana została poniżej kosztów jej wykonania, zwłaszcza podnoszone bez znajomości treści wyjaśnień. Zamawiający zwrócił przy tym uwagę na treść szczegółowych wyjaśnień Wykonawcy KM zawartych w pkt 3., rozpoczynającym się na str.10, a w szczególności na treść pkt 3.5.

Wykonawca KM wykazał, że w jego przypadku zastosowanie znajdują szczególne okoliczności (w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp) wpływające na wyliczenie ceny: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy KM. Zamawiający z ostrożności wystosował do Wykonawcy KM dodatkową prośbę o odtajnienie, skutecznie zastrzeżonych, wyjaśnień złożonych dla wykazania, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską oraz uwzględnia koszty pracy personelu, w celu zapewnienia najpełniejszej jak to możliwe jawności i przejrzystości Postępowania, ale przy jednoczesnym uwzględnieniu prawa Wykonawcy KM do utajnienia dokumentacji. Wykonawca KM zdecydował się na odtajnienie części wyjaśnień (głównych linii argumentacyjnych). Na str. 6 przedmiotowych wyjaśnień – w ich odtajnionej części – wskazano kluczowe okoliczności wpływające na możliwość zaoferowania ceny na takim poziomie, jak uczynił to wykonawca. Dowodzą one jednocześnie, że nie jest to cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca KM wskazał także w pkt 1 na str. 6, że jako podmiot należący do grupy kapitałowej globalnego dostawcy korzysta ze specjalistycznych rozwiązań bez pośredników. W tej grupie kapitałowej znajduje się także spółka Konica Minolta Business Solutions Europe GmbH (dalej „KME”), posiadająca 100% udziałów w kapitale zakładowym Wykonawcy KM, która jest producentem oferowanych urządzeń. Dodatkowo Wykonawca KM wskazał, że posiada doświadczenie w realizacji wcześniejszego zamówienia dla Zamawiającego, które pozwala mu dobrze rozumieć specyfikę realizacji zamówienia i wyceny jego kosztów. W tym zakresie Zamawiający wskazał także na treść wyjaśnień nie objętą odtajnieniem, tj. pozostałą treść pkt 1, rozpoczynającego się na str. 6 pisma, a w szczególności na treść pkt 1.6.

Zamawiający, odnosząc się do argumentu Odwołującego LT, że wyjaśnienia powinny być podane w rozbiciu na elementy składowe, stwierdził, że tak właśnie zostały przedstawione wyjaśnienia Wykonawcy KM. Pokreślił, że Wykonawca KM podał czynniki jak

najbardziej obiektywne i właściwe (szczególne) tylko dla siebie oraz że wyjaśnienia wskazują w jakim stopniu lub o jaką wartość zmniejszają się obiektywnie koszty wykonawcy i jakie to ma przełożenie na zaoferowaną cenę. Arbitralne stwierdzenie jakoby cena była „niewytłumaczalna” bez zapoznania się z treścią samych wyjaśnień, pozostaje nieuprawnione i przedwczesne.

Wykonawca KM uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, w szczególności koszty pracy personelu. Zamawiający zaproponował wzór formularza oferty, w którym poprosił o wskazanie kosztów pracy personelu w abonamentach za urządzenia, nie przewidując miejsca na wskazanie kosztów pracy w cenie wydruków. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku, że Zamawiający wymagał (narzucał), aby koszty pracy personelu uwzględniane były wyłącznie w cenie abonamentu. W tym zakresie rynek wykonawców posługuje się różnymi rozwiązaniami w kalkulowaniu ceny realizacji zamówienia. Zamawiający nie może odmówić przymiotu racjonalności przypisywania kosztów pracy m.in. do elementów wynagrodzenia uzależnionych od liczby wydruków (tak uczynił także Odwołujący LT – z jego wyjaśnień wynika, że koszt pracy personelu stanowi element skalkulowany *de facto* w cenie za wydruki – patrz część 1 lit. b zatytułowana „koszty dotyczące opłaty za wydruki”), a nie tylko tych elementów, które wynikają z jednorazowej „dostawy” i wdrożenia.

Zamawiający wskazał również na str. 5 akapit szósty wyjaśnień Wykonawcy KM, rozpoczynający się słowami „należy przy tym wskazać, że[...]” w części ad 1 zatytułowanej „koszty personelu” oraz pkt 2.4. na str. 9. Podkreślił, że złożone oferty wskazują na różny sposób kalkulacji kosztów i że nie jest uprawniony do ingerowania w swobodę wykonawców co do tej kwestii, zwłaszcza że koszty te pozostają bez wpływu na merytoryczną treść zobowiązania wykonawców i nie były żadnym elementem, którym wykonawcy mogliby ze sobą konkurować, co wyraźnie wynika z treści SIWZ. Wskazanie kosztów pracy personelu było jedynie pobocznym elementem, wyróżnianym jedynie na potrzeby ewentualnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w wieloletniej umowie (art. 142 ust. 5 Pzp).

Ważkim aspektem jest fakt, że miejsce skalkulowania kosztów pracy personelu, wbrew temu co podnoszą odwołujący, nie mogło stanowić czynu nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze nie miało to znaczenia dla oceny ofert, gdyż ceny abonamentu i wydruków nie były w żaden sposób wazone, a jedynie sumowane, zgodnie z wzorem wskazanym w specyfikacji. Niezależnie zatem od tego gdzie i jaką wysokość (abstrahując od niezasadnego zarzutu zaniżenia tych kosztów) Wykonawca KM wskazał w ofercie jako koszt pracy personelu, nie miało to znaczenia dla oceny oferty. Wykonawca KM wykazał,

że skalkulował koszty pracy personelu nie zaniżając ich w żaden sposób i przyjmując wartość wynagrodzenia pracowników wyższą od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2017.847 j.t. ze zm.).

Zamawiający zaakcentował, że taka kalkulacja kosztów pracy personelu nie daje w żaden sposób przewagi konkurencyjnej Wykonawcy KM. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 6 wzoru umowy („WU”) płatności realizowane będą w tym samym czasie, na podstawie jednej faktury, jako suma abonamentów miesięcznych (część ryczałtowa) oraz opłaty za wydruki (część kosztorysowa).

Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 Znk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazano powyżej działanie Wykonawcy KM nie jest ani nielegalne, ani sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz w żaden sposób nie zagraża ani nie narusza interesu innych przedsiębiorców (w szczególności pozostałych wykonawców), czy samego Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że pomimo nieudolnych prób podważania tego faktu przez odwołujących, zarówno z treści oferty Wykonawcy KM, jak i z wyjaśnień składanych w dalszym toku Postępowania wynika, że zaoferowane świadczenia w pełni odpowiadają zakresowi przedmiotu zamówienia i miejsce skalkulowania kosztów pozostaje bez wpływu na ten aspekt.

Zamawiający podał, że w przedmiotowym przypadku nie można mówić o jakiegokolwiek zmianie oferty Wykonawcy KM, gdyż pozostawał absolutnie konsekwentny w swoich działaniach. Podtrzymał twierdzenie, że w samym abonamencie uwzględnione przez niego koszty pracy określone zostały na poziomie 0 zł. W wyjaśnieniach wskazał przyczyny tego stanu rzeczy, objęte w większości tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający podał ponadto, że treść § 1 ust. 4 WU, na który powołuje się Odwołujący LT nie stanowi przeszkody dla kalkulowania kosztów pracy na różne sposoby. Nie można takiego zachowania ocenić jako nieprawidłowego w świetle powyżej przytoczonych argumentów. W szczególności, w przypadku, gdy wykonawca uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, w całym jego merytorycznym zakresie, to taki sposób kalkulacji kosztów sam w sobie nie stanowi ani o przewadze konkurencyjnej ani o niezgodności oferty z SIWZ.

Koszt pracy uwzględniany był w formularzu oferty właśnie jako koszt a nie jako jakakolwiek odrębna cena jednostkowa w zamówieniu. To rozróżnienie pozostaje relewantne

dla sprawy, gdyby nawet jednak hipotetyczny zamawiający otrzymał jakąkolwiek cenę jednostkową realizacji zamówienia w wysokości 0 zł, nie byłby uprawniony do odrzucenia oferty bez zbadania jaki jest ewentualny wpływ podobnego zapisu na treść zobowiązania hipotetycznego wykonawcy.

Kolejno, odnosząc się do kwestii żądania przeprowadzenia dowodu z materiałów przedstawionych przez Wykonawcę KM podczas dialogu technicznego, Zamawiający potwierdził, że szacował wartość zamówienia na podstawie informacji przedstawionych podczas tego dialogu. Okoliczność ta przyczyniła się do konieczności wezwania prawie wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy zaoferowana przez nich cena jest rażąco niska, ponieważ zaoferowali w przetargu ceny diametralnie niższe niż podawane przez nich jako uczestników dialogu technicznego. Taki był zresztą cel dialogu – zachęta do ubiegania się o zamówienie, usunięcie ewentualnych barier w opisie wymagań i obniżenie ceny przez poszerzenie grona potencjalnych wykonawców. Należy również zaznaczyć, że informacje podawane przez przedsiębiorców podczas dialogu technicznego nie są w żaden sposób wiążące, a co więcej – nie mają charakteru oferty. Zresztą, z samej idei dialogu technicznego wynika, że jest on organizowany, gdy zamawiający potrzebuje wsparcia w określeniu, czy dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia. Oferta w postępowaniu przetargowym składana jest w stosunku do już określonego jednoznacznie i wyczerpująco przedmiotu zamówienia (ograniczenie skali ryzyk wymagających wyceny) oraz ustalonych warunków jego realizacji.

W kwestii zarzutów uśrednienia cen podkreślenia wymaga, że z wyjaśnień każdego z wykonawców składanych w celu ustalenia czy cena jest rażąco niska wynika, że stosują oni (każdy z nich) uśrednienia w różnych aspektach kalkulacji. Nie można zatem oceniać takiej metodologii jako niedopuszczalnej, czy nielegalnej. Ponadto, jako wspólna praktyka rynkowa wszystkich wykonawców, nie daje ona żadnej przewagi konkurencyjnej w przedmiotowym przetargu.

Oдноśnie zarzutów nieuzasadnionego, zróżnicowanego traktowania niektórych klientów i wymuszania na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy Zamawiający stwierdził, że żadna z tych sytuacji nie miała miejsca w tej sprawie. Wykonawca KM uzasadnił dlaczego jest w stanie zaoferować konkretnemu Zamawiającemu ceny na takim poziomie jak opisuje jego oferta. Zamawiający nie został w żaden sposób zmuszony do wyboru Wykonawcy KM. Przeciwnie – to obiektywne kryteria oceny ofert, w postępowaniu przeprowadzonym z poszanowaniem przepisów prawa, doprowadziły do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Zarzut uniemożliwienia startowania w kolejnych przetargach należy uznać za absurdalny, zwłaszcza gdy stawia go podmiot

realizujący aktualny kontrakt w tym samym zakresie. Zamawiający nie jest jedynym podmiotem udzielającym zamówień publicznych na tym rynku, a co więcej warunki udziału w postępowaniu stawiane są zawsze proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, tak aby jedynie zapewnić dostęp do zamówienia podmiotom dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie są one nigdy tożsame ze skalą i zakresem nowego zamówienia (w praktyce są niższe).

Zamawiający zasygnalizował dodatkowo, że naturalnym i całkowicie legalnym jest funkcjonowanie na przedmiotowym rynku podmiotów działających na zasadach wyłącznej dystrybucji, czy nawet wyłącznego prawa do serwisowania, jak w przypadku ARCUS S.A. (przedstawiciela marki Kyocera na Polskę), którego sprzęt zaoferował Wykonawca JW. Podobnie naturalnym i prawidłowym jest przyznawanie statusów typu „RICOH premier dealer”, czy „XEROX Authorized partner” – jak to ma miejsce w przypadku Odwołującego LT – co pozwala m.in. na oferowanie klientom znacznie korzystniejszych ofert cenowych. Takie praktyki można nazwać faworyzowaniem jednych podmiotów w stosunku do drugich, ale w żadnym wypadku nie są to działania nielegalne, czy sprzeczne z dobrymi obyczajami. W tym zakresie Zamawiający zwraca uwagę na wyjaśnienia Wykonawcy KM zawarte w pkt 1.6 na str. 7.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia, po stronie Zamawiającego, zgłosili:

1. w sprawie o sygn. akt KIO 2491/17 – Wykonawca KM,
2. w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17 – Wykonawca KM i Wykonawca JW,

wnosząc o oddalenie odwołań.

Izba, wobec spełniania przez ww. wykonawców przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o ich dopuszczeniu do postępowania odwoławczego, zgodnie z oświadczeniami zawartymi w zgłoszonych przystąpieniach.

Stanowisko Wykonawcy KM

W sprawie o sygn. akt KIO 2491/17

Wykonawca KM (dalej również „Przystępujący KM”) stwierdził, że w odwołaniu sformułowano 4 zarzuty – (1) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, (2) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, (3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1, 3 i 5 Znk oraz (4) art. 8 ust. 3 Pzp.

W pozostałym zakresie Odwołujący JW przywołał szereg innych przepisów, których naruszenia miał dopuścić się, w jego przekonaniu, Zamawiający, a mianowicie przepisy: (5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, (6) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, (7) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp,

(8) art. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, (9) art. 5 oraz art. 58 § 1 i 2 K.c. w zw. z art. 14 Pzp i (10) art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP.

W tym zakresie Odwołujący JW nie sformułował jednak w sposób prawidłowy zarzutów, albo inaczej, nie skonkretyzował ich. Przedstawienie zarzutów stanowi natomiast niezbędny element każdego odwołania, co wynika wprost z art. 180 ust. 3 Pzp oraz z korespondującego z nim § 4 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2017.14 j.t.). Przedstawieniem zarzutów w żadnym razie nie jest samo powołanie przez Odwołującego podstaw prawnych. Z odwołania powinno jasno wynikać, jakie okoliczności faktyczne doprowadziły do naruszenia tych przepisów. Tymczasem, z uzasadnienia odwołania nie wynika, jakie okoliczności doprowadziły, zdaniem Odwołującego JW, do naruszenia ww. przepisów. W szczególności, nie wynika z nich, że taką okolicznością był brak wskazania przez Odwołującego JW w cenie abonamentu wysokości kosztów pracy personelu. Osobną kwestią pozostaje fakt, że okoliczność ta nie mogła zresztą doprowadzić do naruszenia tych konkretnych przepisów (taka kwalifikacja prawna byłaby błędna).

Wykonawca KM stwierdził, że nie jest rolą Izby domniemywanie treści zarzutu, gdyż ustalenie granic zaskarżenia jest samodzielny dyspozytywnym aktem odwołującego się wykonawcy, ani też kreowanie, czy też domyślanie się, jakiego rodzaju zarzuty mógł mieć na myśli odwołujący. W konsekwencji, kierując się poszanowaniem dla treści art. 192 ust. 7 Pzp, twierdzenia Odwołującego w zakresie dotyczącym ww. przepisów nie mogą podlegać rozpoznaniu.

Zarzuty (1) i (2)

Przystępujący KM podkreślił, że wykazał w załączniku nr 1 do pisma procesowego oraz w wyjaśnieniach z 7 listopada 2017 r., że jego oferta zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, a także, że zaoferował wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ, co zostało także potwierdzone w pkt III.4 oferty, w którym oświadczył, że w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą, zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach przedstawionych w złożonej ofercie i zawartych w SIWZ, w tym we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Z uwagi na tożsamość okoliczności faktycznych przywoływanych przez odwołującego na potwierdzenie zarzutów niezgodności treści oferty Przystępującego KM z treścią SIWZ oraz błędu w obliczeniu ceny, mając na uwadze brak zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, należy dojść do przekonania, że nie ma także

podstaw do odrzucenia tej oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Wykonawca KM stwierdził, że nie można mówić o błędzie w obliczeniu ceny polegającym na przyjęciu niewłaściwych danych w sytuacji, gdy mamy do czynienia z ceną ryczałtową, a za taką należy uznać cenę abonamentu.

Zarzut (3)

Zdaniem Przystępującego KM z art. 3 Znk wynika, że działania przedsiębiorcy mające stanowić czyn nieuczciwej konkurencji muszą spełniać łącznie niżej wskazane przesłanki:

- czyn musi mieć charakter konkurencyjny,
- czyn musi naruszać lub zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta,
- czyn musi być bezprawny, tj. sprzeczny z prawem lub z dobrymi obyczajami.

Działanie polegające na zaoferowaniu realnych, rentownych i gwarantujących zysk cen jednostkowych nie wypełnia żadnej z powyższych przesłanek, a co za tym idzie nie może być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca KM podkreślił, że nie przerzucił, jak to utrzymuje Odwołujący JW, kosztów pracy personelu do innych pozycji formularza cenowego, celem uzyskania większej liczby punktów (Zamawiający nie sformułował nawet kryteriów oceny ofert, które pozawałyby na taką manipulację).

Dodatkowo, jedynie z ostrożności, Przystępujący KM zauważył, że czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk może zostać popełniony tylko umyślnie, z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. W konsekwencji, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk jest działaniem dopuszczalnym tylko w razie udowodnienia, że wykonawca działał z zamiarem wyeliminowania wykonawców z rynku.

W kontekście powyższego Wykonawca KM przypomniał, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 zd. 1 Pzp, odpowiadającym przepisowi art. 6 K.c., ciężar dowodu obciąża stronę bądź uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne. To zatem na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, że poziom zaoferowanych cen jednostkowych stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. Biorąc natomiast pod uwagę kształt uzasadnienia przedmiotowego zarzutu, które sprowadza się do gołosłownych, nie popartych dowodami twierdzeń odwołującego, należy dojść do wniosku, że temu ciężarowi nie sprostał.

W nawiązaniu do przesłanki eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk, należy też wskazać, że może ona znaleźć zastosowanie wyłącznie

w przypadku przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą na tym rynku (właściwym) – tylko taki przedsiębiorca jest zdolny osiągnąć efekt w postaci zamknięcia konkurentom dostępu do rynku. Zważywszy że Przystępujący KM nie ma pozycji dominującej na rynku świadczenia usług druku, kopii i skanowania dokumentów papierowych, udostępnienia urządzeń wielofunkcyjnych, drukarek sieciowych oraz serwerów i oprogramowania, to także z tego względu nie mógł dopuścić się wspomnianego czynu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe uwagi pozostają aktualne względem rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 3 Znk (rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów) oraz 15 ust. 1 pkt 5 Znk (działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy). Odwołujący JW nie tylko nie dowiódł, ale nie uprawdopodobnił nawet, że Przystępujący KM dopuścił się w tym zakresie naruszeń. Było to zresztą niemożliwe, gdyż okoliczność braku uwzględnienia przez niego w cenie abonamentu kosztów pracy personelu nie mogła doprowadzić do wypełnienia znamion czynów nieuczciwej konkurencji stypizowanych w art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 Znk.

Zarzut (4)

Wykonawca KM podkreślił, że Zamawiający prawidłowo ocenił zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje odpowiadają przesłankom tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Znk, a przez to muszą podlegać ochronie.

Zastrzeżone informacje tworzą przy tym jedną, integralną całość (pakiet informacji), która stanowi *know-how* Przystępującego KM. Odmowa uznania którychkolwiek z nich za tajemnicę przedsiębiorstwa spowodowałaby, że ochrona informacji, którą powinien zapewniać art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk, stałaby się iluzoryczna. Ochrona informacji stałaby się iluzoryczna także wówczas, gdyby waloru tajemnicy przedsiębiorstwa zostały pozbawione elementy zastrzeżonych informacji, które same, pojedynczo, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

W powyższym aspekcie należy podnieść, że informacje podlegają utajnieniu w całości, nawet gdyby niektóre z ich elementów nie spełniały przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ujawnienie nawet części informacji może stanowić podstawę do dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i poszczególnych elementów oferty. Informacje (czy ich elementy), których odtajnienia domaga się odwołujący dotyczą najściślej chronionej przez wykonawców części ich *know-how* (metodologii kalkulacji

ceny i danych cenotwórczych).

Zarzuty (5) – (10)

Przystępujący KM odniósł się do ww. zarzutów z ostrożności.

W zakresie zarzutu (5) – zdaniem Wykonawcy KM Zamawiający przygotował i prowadzi Postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zatem z poszanowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Jednocześnie, Zamawiający nie mógł naruszyć art. 7 ust. 3 Pzp, bowiem na obecnym etapie Postępowania nie doszło jeszcze do udzielenia zamówienia.

W zakresie zarzutu (6) – Przystępujący KM stwierdził, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w Postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, ani też nie zataił tych informacji. Jednocześnie nie przedstawił również informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w Postępowaniu. Przystępujący KM oświadczył, że nie przedstawił żadnych informacji, które pozostawałyby niezgodne z prawdą.

W zakresie zarzutu (7) – Przystępujący KM podał, że złożył ofertę zgodną ze wszystkimi przepisami, dlatego w stosunku do jego oferty nie może znaleźć zastosowania przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp (nieważność na podstawie odrębnych przepisów).

W zakresie zarzutu (8) – Zamawiający dokonał prawidłowego badania i oceny oferty Wykonawcy KM, zgodnie z postanowieniami SIWZ, w tym kryteriami oceny ofert. Jego działania pozostają w zgodności z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp.

W zakresie zarzutu (9) – wpisanie w formularzu przez Przystępującego KM kosztów pracy personelu w wysokości „0,00 zł” nie stanowi działania niezgodnego z prawem, w tym nie jest czynnością mającą na celu obejście prawa.

W zakresie zarzutu (10) – posiadana przez odwołującego wolność działalności gospodarczej nie doznała w Postępowaniu żadnego uszczerbku.

W sprawie o sygn. akt KIO 2511/17

Zarzut rażąco niskiej ceny

Wykonawca KM wskazał, że koszt pracy pracowników określony na 0,00 zł nie może stanowić o rażąco niskiej cenie, ani rażąco niskiej jej istotnej części składowej, ponieważ mając na uwadze oferty pozostałych wykonawców, koszty pracy pracowników stanowią ułamek ceny oferty (np. GALAXY Sytemu Informatyczne sp. z o.o. wskazało w ofercie 1,19 zł miesięcznego kosztu pracy pracownika, co po przemnożeniu przez 48 miesięcy daje kwotę 57,12 zł, przy cenie oferty ponad 15 mln zł).

Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji

Przystępujący KM powtórzył argumentację z pisma procesowego w sprawie o sygn. akt KIO 2491/17, przedstawioną w odpowiedzi na zarzut (3).

Zarzuty niezgodności treści oferty z SIWZ i błędu w obliczeniu ceny

Wykonawca KM powtórzył argumentację z pisma procesowego w sprawie o sygn. akt KIO 2491/17, przedstawioną w odpowiedzi na zarzuty (1) i (2), a ponadto – odnosząc się do twierdzenia odwołującego o uśrednieniu cen za świadczenie usług dla różnych modeli urządzeń wielofunkcyjnych, mającym uzasadnić niezgodność oferty z SIWZ – podał, że Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie wymagał podania innych cen dla każdego z urządzeń, ani nie zastrzegł, że wymaga dostarczenia różnych (innych) modeli urządzeń. Zamawiający umożliwił zaoferowanie różnych urządzeń wskazując ich parametry minimalne, nie zastrzegając, że każde urządzenie musi być inne, ani nie określając wymagań dotyczących ich ceny. Powyższe potwierdza także fakt, że odwołujący nie zarzucił niezgodności treści oferty Przystępującego KM z treścią SIWZ w zakresie oferowanych urządzeń. Również przepisy Pzp nie nakazują kalkulacji ceny poprzez rozróżnianie każdej z pozycji. Wykonawca KM wskazał, że podał taką samą cenę dla urządzeń MFP 1, jak i MFP 2, 3 i 4, natomiast inną cenę zaoferował za urządzenia innej klasy – to jest drukarki sieciowej nabiurkowej. Ponadto, przedmiotem umowy w ramach Postępowania jest dzierżawa, a nie sprzedaż urządzeń, zatem w inny sposób wykonawcy kalkulują cenę dzierżawy, a w inny cenę sprzedaży urządzeń.

Zarzut niezasadnego zastrzeżenia informacji

Przystępujący KM powtórzył argumentację z pisma procesowego w sprawie o sygn. akt KIO 2491/17, przedstawioną w odpowiedzi na zarzut (4).

Do pism procesowych Wykonawca KM załączył dodatkowe stanowiska pisemne, zawierające wyjaśnienia metody kalkulacji ceny oferty, które objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymały streszczone powyżej stanowiska.

Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17 Wykonawca JW (dalej również „Przystępujący JW”) wniósł ustnie do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17, w części obejmującej zarzuty dotyczące jego oferty.

W powyższym zakresie argumntował, że przyznanie jego ofercie 5 pkt w kryterium „panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych” było zasadne, ponieważ warunkiem było m.in. zaoferowanie jednakowego panelu sterowania z wyłączeniem parametru przekątnej ekranu, co wynika z porównania z warunkami dla przyznania ofercie 10 pkt w przedmiotowym kryterium.

W odniesieniu do jednakowego sposobu prezentacji informacji na panelach sterowania wskazywał, że jest on ujednolicony na poziomie instalowanego oprogramowania, co jest zgodne z SIWZ.

Z ostrożności stwierdził również, że postanowienia SIWZ w zakresie zasad przyznawania punktów w omawianym kryterium mogą budzić wątpliwości, które należy rozstrzygnąć na jego korzyść.

Odwołujący JW wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści wydruków ze stron internetowych (wyciągów ze specyfikacji technicznych urządzeń Bizhub c458 i c308 oraz ofert cenowych na ww. urządzenie) – na okoliczność żywotności i rynkowych cen ww. urządzeń – dowody O1,

Przystępujący KM, w sprawie o sygn. akt KIO 2491/17, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wydruku korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy przedstawicielem Wykonawcy KM a przedstawicielem KME z 7-8 grudnia 2017 r. – na okoliczność kosztów transportu urządzeń i materiałów eksploatacyjnych objętych przedmiotem zamówienia – dowód P1,
2. oświadczenia przedstawiciela KME z 30 listopada 2017 r. – na okoliczność wysokości opustów na oferowane przez Przystępującego KM urządzenia Bizhub c308 i c458 (dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) – dowód P2.

Odwołujący LT wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągów z instrukcji obsługi oferowanych przez Przystępującego JW. urządzeń ECOSYS M3550idn, TASKalfa 3252ci oraz 4002i – na okoliczność sposobu prezentacji informacji na panelach sterowania ww. urządzeń – dowody O1,
2. ulotek produktowych dotyczących ww. urządzeń – na okoliczność wielkości paneli sterowania, w które są wyposażone – dowody O2,
3. wyciągu z oferty Przystępującego KM z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wynajem drukarek wielozadaniowych wraz z kompleksową usługą serwisową (znak sprawy WAG-Z.261.3.2017) prowadzonego przez NFZ – Pomorski Oddział Wojewódzki z siedzibą w Gdańsku – na okoliczność ceny miesięcznego abonamentu za wynajem urządzenia Bizhub c458 w ww. postępowaniu – dowód O3,
4. wyciągu z cennika Wykonawcy KM z marca 2017 r. – na okoliczność cen oferowanych przez Przystępującego urządzeń Bizhub c308 i c458 – dowód O4,
5. wyciągu z oferty handlowej Wykonawcy KM – na okoliczność cen urządzeń Bizhub c308, c458 i 4000P i ich zróżnicowania – dowód O5.

Przystępujący JW wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści oświadczenia przedstawiciela ARCUS S.A. (dystrybutora oferowanych urządzeń) z 5 grudnia 2017 r., ulotek produktowych dotyczących oferowanych urządzeń, oświadczenia przedstawiciela Solution4Office sp. z o.o. (producent oprogramowania Printscope do oferowanych urządzeń) z 6 grudnia 2017 r. i zrzutów z ekranów urządzeń TASKalfa 4002i i ECOSYS M3550idn – na okoliczność identyczności paneli sterowania i sposobu prezentacji informacji na nich wyświetlanych w oferowanych urządzeniach – dowody P1.

Przystępujący KM, w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów P1 i P2, a nadto z treści umowy serwisowej pomiędzy Wykonawcą KM a KME z 21 czerwca 2017 r. – na okoliczność refundowania Przystępującemu KM kosztów pracy personelu – dowód P3.

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

Skład orzekający stwierdził, że odwołujący są legitymowani, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołań.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ,
2. oferty Wykonawcy KM,
3. wezwania Przystępującego KM do wyjaśnienia treści oferty i wyliczenia ceny z 31 października 2017 r.,
4. wyjaśnień Wykonawcy KM z 7 listopada 2017 r. (dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa),
5. korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy odwołującymi a Zamawiającym z 7, 8 i 10 listopada 2017 r. (wnioski o udostępnienie wyjaśnień złożonych m.in. przez Wykonawcę KM wraz z odpowiedzią Zamawiającego i potwierdzeniami jej otrzymania przez odwołujących),
6. pisma Wykonawcy JW z 7 grudnia 2017 r.,
7. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 17 listopada 2017 r.,
8. dokumentów załączonych do odwołania Wykonawcy JW oraz złożonych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego na rozprawie.

Na ich podstawie skład orzekający doszedł do przekonania, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego adekwatnie i co do zasady nie wymaga uzupełnienia, z zastrzeżeniem poniższych uwag.

Odwołujący zwrócili się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie im treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę KM 7 i 8 listopada 2017 r. 10 listopada 2017 r. otrzymali od Zamawiającego odpowiedź odmowną, w której Zamawiający powołał się na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający udostępnił wyjaśnienia złożone przez pozostałych uczestników Postępowania w zakresie w jakim nie korzystały z ochrony przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała, że sformułowane w odwołaniach zarzuty nieuzasadnionej odmowy udostępnienia wyjaśnień Wykonawcy KM nie podlegają rozpoznaniu jako zarzuty spóźnione. Skład orzekający przyjął, że odwołujący poznali stanowisko Zamawiającego w przedmiocie zasadności dokonanego przez Przystępującego KM zastrzeżenia 10 listopada 2017 r., wobec czego nie było uzasadnione obliczanie terminu na zaskarżenie tej czynności od daty wyboru oferty najkorzystniejszej. O trafności takiej oceny stanu faktycznego świadczy okoliczność, że także 10 listopada 2017 r. Zamawiający udostępnił wyjaśnienia innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (w tym wyjaśnienia odwołujących), w zakresie w jakim nie

dokonano zastrzeżenia ich niejawnosci. Przyjac zatem nalezalo, ze Zamawiajacy zbadal wczesniej zasadnosc wszystkich zastrzezen i o wynikach tej czynnosci poinformowal odwolejacych sie wykonawcow. W konsekwencji odwolejacy powinni byli wniesc odwolania juz w owczas, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Ergo odwolania wniesione 27 listopada 2017 r., a zatem po uplywie ponad dwuch tygodni od uzyskania informacji o podstawie do ich wniesienia (tu – odmowie udostepnienia wyjasnień Wykonawcy KM) sa w tej czesci spoznione i nie podlegaja merytorycznemu badaniu.

Rozpoznajac sprawy w granicach zarzutow podniesionych w terminie sklad orzekajacy doszedl do przekonania, ze oba odwolania zasluguja na czesciowe uwzględnienie.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia o uwzględnionych zarzutach odwołań

Potwierdzil sie podniesiony w odwolaniach zarzut naruszenia przez Zamawiajacego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystepujacego KM, mimo ze jej tresc nie odpowiada tresci SIWZ.

W orzecznictwie Izby mianem niezgodnosci oferty z SIWZ określa sie nie tylko niezgodnosc zobowiazania opisanego w SIWZ ze zobowiazaniem oferowanym przez wykonawce (tj. sytuacje, w ktorej swiadczenie z oferty nie odpowiada, np. ze wzgledu na parametry techniczne, swiadczeniu oczekivanemu przez zamawiajacego), ale rowniez przypadki sporzadzenia i przedstawienia oferty w sposob niezgodny z wymaganiami SIWZ. Nadmienic trzeba ze nalezy to odnosic do wymagan SIWZ dotyczacych sposobu wyrazenia, opisanie i potwierdzenia zobowiazania/swiadczenia ofertowego, a wiec wymagan co do tresci oferty, a nie wymagan co do jej formy, ktore rowniez tradycyjnie zamieszczane sa w SIWZ (np. wymog parafowania kazdej ze stron formularza oferty).

W ocenie skladu orzekajacego powyzsza sytuacja zaszla w przedmiotowej sprawie, bowiem Przystepujacy KM odstapil od wyraznego wymogu Zamawiajacego co do sposobu przedstawienia kalkulacji ceny oferty, wynikajacego z postanowienia pkt 18.1 SIWZ i pkt II.1.1) formularza oferty. Izba zwraca uwage, ze do postanowien SIWZ nie mozna podchodzic wybiorczo, zwlaszcza gdy dotycza elementow kalkulacyjnych ceny oferty, ktorych podania Zamawiajacy oczekiwal. Izba uwzględnila dodatkowo wage tych informacji, podkreślana chociazby przez samego Zamawiajacego, ktory twierdzil, ze maja byc wykorzystywane przy ocenie zasadnosci wniosku wykonawcy o waloryzacje wynagrodzenia. Istotnosc tych informacji w powyjszym kontekście potwierdza § 3 ust. 5 pkt 1 WU, w ktorym mialy sie znalezc dane o kosztach pracy personelu.

Ze złożonych przez Przystępującego KM wyjaśnień treści oferty wynika, odmiennie niż ze złożonej oferty, że koszty pracy personelu nie tylko zostały przezeń przewidziane, ale też Przystępujący KM dokonał ich szczegółowego wyliczenia. Nic zatem nie stało na przeszkodzie, aby Wykonawca KM, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, przedstawił te dane w ofercie. Ostatecznie o ponoszeniu kosztów pracy personelu świadczy również umowa stanowiąca dowód P3, w odniesieniu do której Odwołujący LT trafnie argumentował, że aby doszło na jej podstawie do refinansowania (refundowania) wspomnianych kosztów, to muszą one zostać najpierw poniesione przez Wykonawcę KM. W konsekwencji, zestawiając treść wyjaśnień (oraz wspomnianego dowodu P3) z treścią oferty należało dojść do wniosku, że pozostają one w sprzeczności ze sobą, skoro Przystępujący KM w ofercie zadeklarował, że nie będzie ponosił przedmiotowych kosztów, aby następnie, odpowiadając na pytanie Zamawiającego, stwierdzić, że jest zgoła odmiennie i wskazać na konkretną wysokość kosztów pracy. Podkreślenia wymaga, że rolą wyjaśnień treści oferty jest udzielenie zamawiającemu wskazówek jak należy interpretować zawarte w niej oświadczenia, nie zaś zaprzeczanie, czy zmiana oświadczeń wynikających z oferty.

Podsumowując – Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Przystępującego KM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czego zaniechanie stanowi naruszenie wzmiankowanego przepisu uzasadniająca uwzględnienie odwołań w tej części.

Potwierdziła się również jedna z okoliczności stanowiących podstawę faktyczną zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i w takim (niżej omówionym zakresie) podlegał on uwzględnieniu.

Źródłem prowadzonego przez Odwołującego LT i Przystępującego JW sporu była interpretacja zasad przyznawania ofertom 5 pkt w kryterium pozacenowym „panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych” (pkt 20.2 lit. b SIWZ), wobec czego rozstrzygnięcie o zarzucie odwołania wymagało dokonania ich interpretacji.

W powyższej kwestii skład orzekający oparł się na powszechnym rozumieniu słowa „jednakowy”, wobec czego nie miała wątpliwości, że wspomniany zwrot znaczy tyle co „taki sam”. W taki sposób należało tłumaczyć sformułowania „jednakowy panel sterowania” oraz „jednakowy sposób prezentacji informacji na tym panelu”.

O ile Izba uznała za wykazane przez Wykonawcę JW, że panele oferowanych urządzeń charakteryzują się jednakowym (takim samym) sposobem prezentacji informacji, co realizowane jest przez zainstalowanie oprogramowania unifikującego sposób wyświetlania informacji na panelach urządzeń (zob. dowody P1 przedstawione przez

Przystępującego JW – oświadczenie przedstawiciela Solution4Office sp. z o.o. i zrzuty ekranów), nie dając tym samym wiary dowodom O1 przedstawionym przez Odwołującego LT, o tyle nie są to panele jednakowe, bowiem różnią się rozmiarem (9” i 7”). Wynika to zarówno z dowodów Odwołującego LT (dowody O2), jak również z dokumentów przedstawionych przez samego Wykonawcę JW (dowody P1 Wykonawcy JW w części obejmującej oświadczenie przedstawiciela ARCUS S.A. oraz ulotki produktowe, tożsame z dowodami O2 Odwołującego LT). Co więcej, okoliczność ta została przyznana przez Przystępującego JW w piśmie do Zamawiającego z 7 grudnia 2017 r.

Przedstawiona przez Wykonawcę JW na rozprawie interpretacja pojęcia „jednakowy panel sterowania”, zgodnie z którą nie obejmuje ono przekątnej panelu, nie mogła się ostać. Istotnie Zamawiający premiował dodatkowo (przez przyznanie 10 pkt) zaoferowanie urządzeń o jednakowych panelach o przekątnej większej niż 9”. Nie zmienia to jednak faktu, że 5 pkt Zamawiający przyznawał ofertom obejmującym urządzenia wyposażone w jednakowe, także pod względem przekątnej, panele – w tym zakresie postanowienia SIWZ nie przewidywały żadnego innego stopnia podobieństwa paneli, poza wymogiem, żeby były one jednakowe – takie same. Innymi słowy różnica w punktacji polegała na tym, że 5 pkt przyznawano za zaoferowanie jednakowych paneli bez względu na ich przekątną, o ile również była taka sama, natomiast 10 pkt – za zaoferowanie jednakowych paneli o (jednakowej) przekątnej większej niż 9”.

Jeżeli natomiast, zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego JW, istniały po jego stronie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści omawianego kryterium (zasad przyznawania punktów), to powinien był skorzystać z instytucji przewidzianej w art. 38 Pzp i zwrócić się o wyjaśnienie treści SIWZ. Należy zauważyć – za stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 5 czerwca 2013 r., sygn. akt IV CSK 626/13 (Legalis nr 1047207) – że niezwrócenie się przez wykonawcę, w razie uzasadnionych wątpliwości, o wyjaśnienie treści SIWZ może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Skład orzekający uznał, że sytuacja taka zaistniała w przedmiotowej sprawie, skoro podniesione przez Wykonawcę JW wątpliwości co do interpretacji omawianych postanowień SIWZ dotyczyły istotnych kwestii, a przywołane zostały dopiero w argumentacji uzasadniającej sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego przedmiotowego zarzutu odwołania.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Przystępujący JW oświadczył, że oferuje jednakowe panele uzasadniające przyznanie jego ofercie 5 pkt, zatem panele m.in. o takiej samej przekątnej ekranu. Dopiero w reakcji na zarzut Odwołującego LT (patrz pismo Wykonawcy JW z 7 grudnia 2017 r.) poinformował Zamawiającego, że różnią się one

przekątną ekranu, przyznając tym samym, że nie są jednakowe. Ergo zawarte w ofercie oświadczenie o zaoferowaniu urządzeń o jednakowym panelu było obiektywnie niezgodne z rzeczywistością, a zarazem wprowadzające Zamawiającego w błąd w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Mając na względzie podwyższony miernik staranności wymagany od profesjonalisty (art. 355 § 2 K.c.) działanie Przystępującego LT było co najmniej lekkomyślne, bowiem wskazuje, że wykonawca nie upewnił się ani co do walorów oferowanych urządzeń, ani co do interpretacji SIWZ.

Złożone przez Wykonawcę JW informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd miały istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje – przyznanie ofercie 5 pkt w kryterium pozacenowym i uplasowanie oferty na drugim miejscu w rankingu.

Podsumowując – ziściła się przesłanka uzasadniająca wykluczenie Przystępującego JW, wobec czego odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17 podlegało częściowemu uwzględnieniu.

Konsekwencją omówionych naruszeń przepisów Pzp popełnionych przez Zamawiającego było również uchybienie wskazanym w odwołaniach przepisom art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Pozostałe, wskazane poniżej, zarzuty odwołań nie zasługiwały na uwzględnienie, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Izba zaznacza, że z uwagi na objęcie wyjaśnień Wykonawcy KM oraz odnoszącego się do nich dowodu P2 tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, w częściach odnoszących się do tych informacji, sporządzone zostało z poszanowaniem niejawnego charakteru informacji zawartych w ww. dokumentach.

Sygn. akt KIO 2491/17

Czyn nieuczciwej konkurencji – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1, 3 i 5 Znk

Izba nie stwierdziła, aby złożenie przez Przystępującego KM oferty w Postępowaniu stanowić miało czyn nieuczciwej konkurencji określony w przywołanych powyżej przepisach Znk.

Odnosząc się do czynu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk wskazać należy, posiłkując się terminologią właściwą prawu karnemu, że może być on popełniony wyłącznie w zamiarze bezpośrednim (kierunkowym – zabarwionym, łac. *dolus directus coloratus*),

na co wskazuje użyty w nim zwrot „w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, do której to przesłanki Odwołujący JW nie odniósł się w odwołaniu.

Abstrahując od powyższego, podstawą wnioskowania o popełnieniu omawianego czynu nieuczciwej konkurencji były nieuzasadnione twierdzenia, że – po pierwsze – Wykonawca KM nie uwzględnił w cenie oferty kosztów pracy personelu (względnie – że przeniósł je do innych pozycji, z których składała się cena jego oferty) oraz – po drugie – że bezpodstawnie zaniżył wysokość abonamentu za oferowane urządzenia.

Biorąc powyższe pod uwagę podkreślić należy, że treść wyjaśnień Wykonawcy KM potwierdza, w ocenie składu orzekającego, skalkulowanie w cenie oferty kosztów pracy personelu (str. 5 i pkt 3.12 na str. 14 wyjaśnień), co nie znalazło jednak odzwierciedlenia w sposób wymagany przez Zamawiającego i stanowiło – jak wyjaśniono wcześniej – podstawę odrzucenia oferty Przystępującego KM.

Ponadto, w zakresie cen abonamentu, Izba uznała, że – jak na to wskazywał sam Odwołujący JW – są one pochodną cen zakupu oferowanych w Postępowaniu urządzeń. W konsekwencji Izba dała wiarę wyjaśnieniom Wykonawcy KM (pkt 1.4, str. 6, pkt 3.3 – 3.6, str. 10-12 wyjaśnień oraz załącznik nr 11 do wyjaśnień), jak również przedstawionemu na rozprawie dowodowi P2, które wskazywały na otrzymane od KME opust na zaoferowane urządzenia, przekładający się na wysokość abonamentu. W tym kontekście pozbawione mocy dowodowej były przedstawione przez Odwołującego dowody O1, bowiem wskazywały one na ceny detaliczne, dostępne szeregowym klientom Wykonawcy KM (dalsze rozważania o cenach urządzeń znajdują się w części uzasadnienia poświęconej podniesionemu przez Odwołującego LT zarzutowi rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego KM).

W kwestii pozostałych zarzucanych Wykonawcy KM typów czynów nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 Znk) Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera rzeczowej argumentacji uzasadniającej przyjętą przez Odwołującego JW kwalifikację zachowań Przystępującego KM.

Przykładowo, w odniesieniu do rzekomego rzeczowo nieuzasadnionego, zróżnicowanego traktowania niektórych klientów Odwołujący JW nie wskazał (nie mówiąc już o wykazaniu – udowodnieniu) na związek pomiędzy zakreśloną powyżej podstawą faktyczną zarzutu a objętymi dyspozycją przepisu art. 15 ust. 1 pkt 3 Znk formami dyskryminacji. Można się jedynie domyślać, że jej przejawem było zróżnicowanie z zakresie cen, tym niemniej rolą Izby nie jest poszukiwanie podstaw zarzutów, te bowiem powinny *expressis verbis* wynikać z treści odwołania.

Z kolei w odniesieniu do czynu z art. 15 ust. 1 pkt 5 Znk Izba – dzielając argumentację zawartą w poprzednim akapicie uzasadnienia – ubocznie wskazuje, że wobec wielości i wagi podkryteriów jakościowych nie sposób twierdzić, że zarzucane Przystępującemu KM nieprawidłowe działania mające wywierać skutki w płaszczyźnie ceny jego oferty (niezależnie od tego, że *per se* były bezpodstawne), można było dodatkowo kwalifikować jako wymuszające na Zamawiającym wybór oferty Wykonawcy KM. Wybór oferty w Postępowaniu był wypadkową oceny w czterech – poza kryterium cenowym – podkryteriach jakościowych, w których przyznawana była prawie połowa możliwych do zdobycia punktów.

Jedynie na marginesie skład orzekający wskazuje, że przywołany w podstawie prawnej zarzutu przepis art. 3 ust. 1 Znk nie doczekał się żadnej argumentacji w uzasadnieniu odwołania. Z pewnością nie można za takową uznać twierdzenia o „[...]przerzucaniu cen pomiędzy poszczególnymi elementami przedmiotu zamówienia podlegającemu ocenie, celem uzyskania (jak można domniemywać „zakombinowania”) maksymalnego bilansu ilości punktów! [...]” (odwołanie, str. 4), chociażby z tego względu, że działanie takie nie spowodowało osiągnięcia przez Przystępującego KM żadnej przewagi nad konkurentami (nie spowodowało obniżenia ostatecznej ceny oferty, czy otrzymania większej liczby punktów).

Błąd w obliczeniu ceny – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp

Pod pojęciem błędu w obliczeniu ceny kryje się, podobnie jak w przypadku oczywistej omyłki rachunkowej, nieprawidłowe ustalenie jej wysokości. W przeciwieństwie jednak do takiej omyłki, stanowiącej efekt wadliwego przeprowadzenia działania arytmetycznego podlegającego poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, błąd w obliczeniu ceny jest skutkiem nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Jako przykład takiej nieprawidłowości podać można niewłaściwe określenie w ofercie stawki podatku od towarów i usług, z tym zastrzeżeniem, że nawet w takim przypadku wspomniana wadliwość może również być kwalifikowana jako omyłka (zob. uchwały SN z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11, Legalis nr 381497 i 381498).

Ad casum skład orzekający nie dopatrył się błędu w obliczeniu ceny oferty Przystępującego KM, bowiem jej wysokość nie została ustalona wadliwie, z czym mieli byśmy do czynienia w przypadku nieuwzględnienia kosztów pracy personelu w cenie oferty. Z wyjaśnień Wykonawcy KM wynikało bowiem, że uwzględnił wspomniane koszty w cenie

wykonania innego świadczenia składającego się na przedmiot zamówienia (cenie odbitki, tzw. kliku), co nie przeczy twierdzeniu, że cena jego oferty uwzględniała koszty osobowe.

Pozostałe zarzuty odwołania – naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 5, art. 58 § 1 i 2 K.c. w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Odwołującego JW Izba podziela stanowisko Przystępującego KM o ich wadliwym sformułowaniu.

Z *petitum* odwołania bez wątpienia wynikają podstawy prawne zarzucanych Zamawiającemu uchybień, ponieważ Odwołujący JW wskazał przepisy, których naruszenie zarzuca Zamawiającemu. Wywody dalszej części odwołania nie wskazują jednak na żadne okoliczności faktyczne i prawne mające uzasadniać wywiedzione zarzuty (por. § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2017.14 j.t.).

Powyższe twierdzenie ilustruje przykład odnoszący się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, który Odwołujący uzasadnia stwierdzeniem „[...]UWAGA! Wszystkie powyżej opisane zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ kumulatywnie jednoznacznie razem dowodzą, że potwierdza się zarzut najdalej idący dotyczący usprawiedliwionego podejrzenia złożenia oświadczenia wprowadzającego w błąd co mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania[...]” (odwołanie, str. 5). Cytowany fragment stanowiska Odwołującego JW nakazuje przyjąć, że mamy *de facto* do czynienia z jego spostrzeżeniami, które usiłuje połączyć z omówionymi powyżej zarzutami odwołania, poszukując możliwości zakwalifikowania kwestionowanych zachowań Przystępującego KM (zadeklarowania braku kosztów pracy personelu i obniżenia wysokości abonamentów miesięcznych poniżej poziomu rynkowego) na gruncie kolejnych przepisów Pzp, K.c., czy Konstytucji. W odniesieniu do podanego przykładu (zarzutu) Odwołujący JW nie odniósł się w żaden sposób do przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, stwierdzając lakonicznie, że „[...]fakt, czy doszło do tego (podania nieprawdziwych informacji – przyp. Izby) świadomie, czy poprzez lekkomyślność lub rażące niedbalstwo w obecnym stanie prawnym *de facto* jest bez znaczenia, niemniej zawsze wywołuje ten sam skutek, tj. eliminację takiego nierzetelnego wykonawcy z postępowania w postaci wykluczenia[...]” (odwołanie, str. 5).

Podobnie jest również w przypadku zarzutu mającego znajdować umocowanie w przepisach Konstytucji, co do którego – abstrahując od wątpliwości Izby dotyczących

zakresu jej kognicji – Odwołujący w ogóle nie zawarł uzasadnienia dla postawionej w odwołaniu tezy o ich rzekomym naruszeniu.

Dodatkowo, odnosząc się do kwestii nieważności oferty Przystępującego KM (naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp), zarzut ten, poza wadliwym sformułowaniem, jest chybiony również dlatego, że – jak wskazano powyżej – wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę KM potwierdzają ujęcie w cenie oferty kosztów pracy personelu.

Sygn. akt KIO 2511/17

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk

Nie ulega wątpliwości, że w świetle obowiązujących przepisów Pzp zamawiający jest uprawniony do badania istotnych części składowych ceny lub kosztu, na co *expressis verbis* wskazuje brzmienie znowelizowanego art. 90 ust. 1 Pzp. Jednocześnie wyjaśnić trzeba, że jeżeli takie wyjaśnienia potwierdzą, że istotne części składowe ceny lub kosztu noszą znamiona rażąco niskich, oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Forsowana przez Przystępującego KM wykładnia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i 3 Pzp zgodnie z którą w takiej sytuacji nie jest możliwe odrzucenie oferty, bowiem przesłanką tej czynności jest stwierdzenie rażąco niskiej ceny oferty, a nie istotnych składowych jej ceny lub kosztu, przeczy dyrektywie racjonalnego ustawodawcy prowadząc do absurdalnych wniosków. Skoro przewidziano możliwość badania istotnych części składowych ceny lub kosztu, to przyjęcie opisanej powyżej koncepcji Przystępującego KM, podważałoby sens przeprowadzania takiego badania, z którego wynikami nie wiązałyby się żadne konsekwencje.

W ramach tego zarzutu odwołania Odwołujący LT eksponował dwie okoliczności – (1) ceny abonamentu za poszczególne urządzenia oraz (2) wysokość zadeklarowanych kosztów pracy personelu. Izba po zapoznaniu się z udzielonymi przez Przystępującego KM wyjaśnieniami stwierdziła, że nie dają one podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z ceną nierynkową, nierealną, czy nie gwarantującą wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W odniesieniu do pierwszej z kwestii Izba stwierdziła, że – jak wspomniano – wysokość miesięcznego abonamentu za korzystanie z urządzenia jest pochodną jego ceny. Przystępujący KM w pkt 3.3 wyjaśnień wskazał na podstawowe ceny oferowanych urządzeń oraz na otrzymany opust od ich producenta, potwierdzony załącznikiem nr 11 do wyjaśnień i dowodem nr P2 złożonym na rozprawie. Przedstawił ponadto w pkt 3.5 szczegółową

kalkulację cenową dla każdego z oferowanych urządzeń, obejmującą cenę ich zakupu, cenę przyjętą na potrzeby Postępowania, koszty finansowania, czynsz oraz zysk.

Koszty pracy personelu ujęte zostały natomiast w wyjaśnieniach Przystępującego KM w pkt 3.12 zawierającym m.in. tabele (1) z wyliczeniem przewidywanych nakładów pracy w ujęciu godzinowym oraz (2) liczbą pracowników niezbędnych do obsługi zamówienia wraz z informacjami na temat kosztów ich zatrudnienia. Zatem wbrew treści pkt II.1.1) formularza ofertowego Przystępujący KM, kalkulując cenę oferty, przewidział koszty pracy personelu, zatem zarzut rażąco niskiej ceny jego oferty, oparty na twierdzeniu, że nie zostały one przewidziane z uwagi na brak konieczności ich poniesienia, nie mógł się ostać.

Powyższej oceny nie zmieniają wyniki postępowania dowodowego. Skład orzekający uznał, że przedstawione przez Odwołującego dowody nie podważały w żaden sposób prawidłowości sporządzonej przez Przystępującego KM kalkulacji ceny oferty.

Ze złożonego wyciągu z oferty Przystępującego KM złożonej w inny postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dowód O3) wynika, że przedmiotem zamówienia był wynajem drukarek wielozadaniowych w łącznej liczbie 26 urządzeń (w tym 5 urządzeń Bizhub c458, które objęte są przedmiotem zamówienia w Postępowaniu), podczas gdy w przedmiotowej sprawie zamówienie obejmuje dostawę 439 sztuk sprzętu. Ponadto okres realizacji zamówienia powoływanego przez Odwołującego LT zamówienia ustalono na 36 miesięcy, natomiast w Postępowaniu wynosi on 48 miesięcy. Wynika z tego, że zamówienia te mają inną skalę, co – przy dodatkowej okoliczności braku po stronie Odwołującego LT znajomości zasad kalkulacji ceny oferty Przystępującego KM zarówno w tym, jak i we wzmiankowanym powyżej postępowaniu – czyni nieuprawnionym wnioskowanie z porównania wysokości przewidzianych w nich abonamentów.

Izba stwierdziła ponadto, że dowód O4 nie stanowi potwierdzenia braku możliwości zaoferowania w Postępowaniu przez Wykonawcę KM urządzeń w cenach niższych niż w standardowym cenniku. Cennik ten przedstawia bowiem zarówno sugerowane ceny detaliczne (SRP), jak i ceny obowiązujące różne kategorie klientów („Partner”, „Advance”, „Premium”, „Elite”), co nie wyklucza możliwości uzyskania przez Przystępującego KM jeszcze niższych cen, chociażby z uwagi na skalę zamówienia, co potwierdza wspomniany wcześniej opust uzyskany od KME.

Podobnie należało ocenić również dowód O5. Uzupełniająco, odnosząc się do jego treści, wskazać należy, że nieznanym jest adresat takiej oferty handlowej, a – biorąc pod uwagę zamieszczoną w nim klauzulę poufności – nie wydaje się, aby była to powszechnie dostępna oferta handlowa skierowana do bliżej nieokreślonego kręgu adresatów

(np. dostępna na stronie producenta/dystrybutora), Odwołując się z kolei do przedstawionego w dowodzie O4 podziału klientów Przystępującego KM na grupy należy stwierdzić, że z dowodu O5 nie wynika również jaki jest status klientów będących adresatami tego dokumentu. Wątpliwości, w kontekście dowodu O4, budzą również wskazane w dowodzie O5 ceny. O ile bowiem cena urządzenia Bizhub c308 z dowodu O5 (12.915,00 zł) jest nieznacznie wyższa od ceny oferowanej pierwszej (najniższej) kategorii stałych klientów (klient „Partner”) – 11.275,00 zł (będąc jednocześnie znacznie niższa od sugerowanej ceny detalicznej – 17.301,00 zł), o tyle w przypadku urządzenia Bizhub c458 cena z dowodu O5 (16.605,00 zł) jest niższa od najniższej z cen wynikających z dowodu O4 (klient Elite – 18.679,00 zł). W ocenie Izby chociażby ostatnia ze wskazanych okoliczności potwierdza, że możliwe jest osiągnięcie cen niższych niż w oficjalnych materiałach producenta.

Oceniając kwestię rażąco niskiej ceny Izba pominęła dokumentację z dialogu technicznego uznając, że rozstrzygnięcie o zarzucie odwołania wymaga oceny wyjaśnień udzielonych w Postępowaniu, nie zaś prognoz i założeń wykonawcy z okresu poprzedzającego jego wszczęcie.

W konsekwencji oddalenia zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego KM nie potwierdził się wynikający z niego zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk. Przy prawidłowym, obejmującym wszystkie elementy świadczenia, skalkulowaniu ceny oferty niemożliwe jest – niezależnie od innych przesłanek wymienionych we wzmiankowanym przepisie (np. kwestii strony podmiotowej omawianego czynu) – stwierdzenie, że Przystępujący KM oferuje wykonywanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia.

Jedynie na marginesie Izba wyjaśnia, że jakkolwiek Odwołujący LT w *petitum* odwołania przywołał przepis art. 3 ust. 1 Znk, co mogłoby sugerować zarzucenie Zamawiającemu, że wybrał ofertę, której złożenie stanowi inny niż wynikający z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk czyn nieuczciwej konkurencji, to jednak w uzasadnieniu odwołania w ogóle nie odniósł się do przesłanek z art. 3 ust. 1 Znk, wobec czego rozpoznaniu podlegał zarzut związany jedynie ze wspomnianym powyżej czynem nieuczciwej konkurencji. W szczególności odwołanie nie zawiera podniesionych na rozprawie przez Odwołującego LT twierdzeń, że czynem nieuczciwej konkurencji miałoby być udzielenie Wykonawcy KM przez KME opustu w określonej wysokości (nie pokrywającego kosztów wytworzenia oferowanych urządzeń).

Rozstrzygając o omawianych zarzutach odwołania Izba pominęła dowód P1, jako że został on zgłoszony na wykazanie okoliczności, która nie była w sprawie istotna (koszty transportu urządzeń i materiałów eksploatacyjnych).

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp

Izba odsyła do wywodów zawartych w części uzasadnienia w sprawie o sygn. akt KIO 2491/17, w której wskazano przyczyny oddalenia analogicznego zarzutu

Uzupełniając Izba wskazuje, że nie stanowi również błędu w obliczeniu ceny akcentowana przez Odwołującego LT okoliczność uśrednienia cen abonamentów dla różnych modeli urządzeń wielofunkcyjnych. Przedmiotową kwestię pozostawić należy swobodnej decyzji samego wykonawcy, determinowanej w tej sprawie wysokością otrzymanych opustów.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz – w sprawie o sygn. akt KIO 2491/11 – w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 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 ze zm.), natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 2511/17 – na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp i § 5 ust. 2 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: