

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 7 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 21 marca 2022 r. przez odwołującego Marcova Biznes Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie

przy udziale wykonawcy A. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PRINT-SOL A. S. Printing Solutions and Service z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz

wykonawcy P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. K. „MIKRONEX” Serwis Komputerowy P.U.H z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:
 - zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na serwis urządzeń drukujących i skanujących wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych, numer referencyjny BDG.741.059.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 252-670613.

W dniu 21 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Marcova Biznes Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIKRONEX, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a w toku procedury wyjaśniania ceny MIKRONEX nie wykazał rentowności swojej oferty,

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MIKRONEX pomimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, wyrażającego się rażącym zaniżeniem cen jednostkowych na pozycjach 25-28, 35-41, 51-58, 92-95 oraz 154-157,

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIKRONEX, mimo iż nie jest ona zgodna z warunkami zamówienia a wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania poprzez wskazanie, że w poz. 121 formularza ofertowego zaoferował on oryginalny produkt Toshiba do drukarki Toshiba Barcode B-EX452, co nie jest prawdą, gdyż firma Toshiba nie produkuje i nie firmuje żadnych etykiet swoją marką.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1) Unieważnienie wyboru oferty MIKRONEX i odrzucenie oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także niezgodną z warunkami zamówienia i wprowadzającą w błąd Zamawiającego,

2) Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentując zasadność postawionych zarzutów Odwołujący wskazywał, że w orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena (lub koszt) jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, (tak min. wyrok KIO o sygn. akt 1272/19 z dnia 19 lipca 2019). MIKRONEX załączając oferty dostawców nie tylko nie wykazał, jego cena ofertowa nie jest rażąco niska, ale jednoznacznie potwierdził, że nie ma realnej możliwości uzyskania cen jednostkowych zaoferowanych w ww. pozycjach oferty.

Jak wskazuje opracowana przez Odwołującego tabela, niektóre ceny na rynku są nawet 10-krotnie wyższe niż zaoferował Wykonawca, co jednoznacznie potwierdza, że nie ma możliwości uzyskania cen jakie zaoferował wykonawca MIKRONEX. Odnośnie cen ofertowych wskazanych w poz. 25-28; 35-41; 46; 51-58; 70; 92-95; 154-157, wykonawca MIKRONEX wprost oświadczył, że zaniżył ich ceny (vide: str. 2 wyjaśnień).

Za wciąż aktualnym wyrokiem Sąd Okręgowy w Warszawie w z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 należy powtórzyć, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Z ostrożności, Odwołujący podniósł, że za niedopuszczalną praktykę należy uznać samodzielne weryfikowanie przez Zamawiającego zgodności danych wskazanych w ofercie czy wyjaśnieniach z realiami tynkowymi przy braku złożenia stosownych dowodów przez wykonawcę. Zamawiający ocenia wiary-godność zaoferowanej ceny i przedłożonych wyjaśnień wyłącznie w oparciu o argumentację i dowody jakie przedstawione zostały mu przez wykonawcę w toku postępowania wyjaśniającego.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym przypadku, nie można wystosować do wykonawcy MIKRONEX ponownego wezwania. Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień jest niedopuszczalne, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami. Odwołujący w pełni podziela pogląd wyrażony, w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, w myśl których ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty,

wówczas, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dolożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Jak wskazał Odwołujący, również w doktrynie ugruntował się pogląd, że „Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Dla przykładu, uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania może być np. konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu komentowanego przepisu. Mogą również zdarzyć się sytuacje, kiedy bardziej szczegółowe wyjaśnienia okażą się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Każdorazowo jednak potrzeba ponownego wezwania musi wynikać z okoliczności obiektywnych, przy czym istotne jest, aby wyjaśnienia wykonawcy były rzetelne w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponowne wezwanie nie będzie zatem uprawnione, jeżeli wyjaśnienia będą niekompletne, lakoniczne, niezawierające odpowiedzi na wszystkie stawiane przez zamawiającego w wezwaniu pytania. W takiej sytuacji doszłoby bowiem do niedopuszczalnego i naruszającego zasady równego traktowania wykonawców przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być złożone już na pierwsze wezwanie zamawiającego.” (Komentarz do art. 90 PZP red. Jaworska 2020, wyd. 11/A. Matusiak. Legalis).

Odnosnie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że stwierdzenie w wyjaśnieniach wykonawcy MIKRONEX, że *„Wykonawca skalkulował, że obniżając ceny na pozycjach 25-28; 35-41; 46; 51-58; 70; 92-95; 154-157; które są mało istotne (biorąc pod uwagę pozostałe pozycje z formularza) oraz mając wiedzę na temat stopnia eksploatacji tych urządzeń, którą to wiedzę nie dysponują pozostali oferenci, ryzyko dostarczenia dużej ilości materiałów eksploatacyjnych z tych pozycji listy jest minimalne, a zatem przyjął niską cenę sprzedaży”*, świadczy o przyznaniu się przez niego do przerzucania kosztów z jednej pozycji do drugiej, co jest działaniem niedozwolonym.

Dysproporcja cen jednostkowych zachodząca pomiędzy ofertami konkurentów jest co do zasady zjawiskiem normalnym (mieszczącym się w granicach normalnej konkurencji czy

strategii cenowej po-szczególnych wykonawców), o tyle niedopuszczalne już jest (jako wykraczające poza te granice) „przenoszenie” kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi.

Opisane działanie wypełnia bowiem znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie w ust. 2 powołanej jednostki redakcyjnej wymienione zostały konkretne zachowania, które ustawodawca do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zalicza.

Zdaniem Odwołującego artykuł 3 ust. 1 ustawy ZNK pełni zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17d ustawy ZNK, jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art. 5-17d ustawy ZNK, (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. sygn. akt I CSK 796/10). Innymi słowy, jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę ZNK, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ust. 1 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., IA Cr 308/95; por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r. VI ACa 1478/13).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, do której odsyła ustawa PZP, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d ustawy ZNK). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy należy zauważyć, że działanie MIKRONEX polegające na zaproponowaniu Zamawiającemu cen jednostkowych na poziomie nieuwzględniającym rzeczywistych kosztów, jakie w związku z ich dostawą wykonawca ten będzie ponosił, jest działaniem sprzecznym z dobrymi

obyczajami, dotyczącymi konkurowania rzez przedsiębiorców w postępowaniach przetargowych poprzez oferowanie korzystnych dla Zamawiającego warunków.

Pojęcie "dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje (...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (Ewa Nowińska, Michał du Vail, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010).

Na naruszenie dobrych obyczajów w niniejszym Postępowaniu wskazuje w szczególności to, że działanie MIKRONEX doprowadza do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach gospodarki rynkowej, prowadząc do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy na konkurencyjnym rynku (uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1292/15).

Odnosnie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że MIKRONEX w poz. 121 formularza ofertowego, zaoferował oryginalny produkt Toshiba do drukarki Toshiba Baracode B-EX4T2. Powyższe oświadczenie ww. wykonawcy nie jest prawdą. Nie ma oryginalnych etykiet Toshiba, firma Toshiba nie produkuje i nie firmuje żadnych etykiet swoją marką. Nie można zaoferować więc produktu oryginalnego.

Zamawiający wymagał wpisania w formularzu cenowym w kolumnie E, jeśli nie oferuje się produktu oryginalnego, producenta, typ PN oraz wydajność. Etykiet oryginalnych Toshiba nie ma, więc wykonawca MIKRONEX powinien wpisać jaki produkt zamienny (równoważny) oferuje, podając jego parametry, tak jak to zrobił w poz. 33, 59-62, 67-68, 130-133, 177-179, 191-194. Brak podania przez ww. wykonawcę parametrów oferowanego produktu nie pozwala zidentyfikować jaki produkt został zaoferowany czy pasuje do urządzenia Zamawiającego i czy spełnia wymagane parametry.

Nie ulega zatem wątpliwości, że MIKRONEX przedstawił w poz. 121 informacje nie korespondującą z rzeczywistością.

Mając na uwadze przedstawioną argumentacją, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

W dniu 6 kwietnia 2022 r. Zamawiający przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie oraz przedstawił stosowną argumentację. Jak wskazywał Zamawiający argumentacja Odwołującego w stosunku do żadnego z przedstawionych zarzutów, nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślił, że cena oferty MIKRONEX nie była na

tyle niska by podlegała badaniu z urzędu. Jak słusznie zauważył ten wykonawca w wyjaśnieniach ceny, zaniżone pozycje nie są istotne w kontekście całości zamówienia i nie mają istotnego wpływu na cenę oferty. Jednocześnie przedstawione zostały wyliczenia i dowody, zgodnie z którymi dostarczając Zamawiającemu materiały eksploatacyjne zgodnie z cenami jednostkowymi wskazanymi w ofercie oraz pozyskując te materiały od poddostawców osiągnie zysk na poziomie 18%. Podkreślił małe różnice jakie występują między cenami poszczególnych oferentów, które wahają się od 1,52 % do 4,64% w zakresie ceny za materiały eksploatacyjne.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji wskazał, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia wszystkich przesłanek, które muszą wystąpić kumulatywnie by mówić o czynie nieuczciwej konkurencji, w związku z czym zarzut powinien podlegać oddaleniu jako niewykazany.

Odnosnie zarzutu nr 3 podkreślił, że tylko w razie oferowania produktów równoważnych do oryginalnych wykonawcy byli zobligowani do wskazania w załączniku nr 3a proponowanego zamiennika. Natomiast w pozycji 121 Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wyłącznie przez określenie materiału eksploatacyjnego, jego przeznaczenia oraz wydajności, tj. bez wskazania znaku towarowego. Wykonawcy nie byli więc zobligowani do wypełnienia pól załącznika w zakresie wskazania proponowanego zamiennika względem produktu oryginalnego. Zamawiający też w żadnym punkcie SWZ nie wymagał od Wykonawców takiego działania, czy też podawania producentów materiałów w przypadku nie wskazania w SWZ konkretnego znaku towarowego. W przypadku oferty MIKRONEX wyraz „Tak” w kolumnie określającej oryginalność produktu dla poz. 121 można było odczytać jako zgodność oferowanego produktu z wymogami Zamawiającego, a nie jako zaoferowanie produktu oryginalnego, którego oznaczenia Zamawiający nie wskazał, a który, jak słusznie wskazuje Odwołujący, nie istnieje.

W dniu rozprawy, tj. 7 kwietnia 2022 r., pisemne stanowisko zostało również przedłożone przez Przystępującego P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. K. „MIKRONEX” Serwis Komputerowy z siedzibą w Warszawie. Wniósł on o oddalenie odwołania oraz odniósł się do twierdzeń Odwołującego. Wskazywał przede wszystkim, że odwołanie nie może zostać uwzględnione, z uwagi na fakt, iż brak jest możliwości wywarcia wpływu na wynik postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu po pierwsze nie doszło do naruszenia przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego w zarzutach odwołania, a po drugie, nawet gdyby Izba stwierdziła, że naruszenie którekolwiek z powołanych z odwołaniu przepisów zaistniało, czemu Przystępujący zaprzecza, nie miało ono istotnego wpływu na wynik postępowania i

klasyfikację oferty Przystępującego na pierwszym miejscu w rankingu ofert oraz na wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Fakt wywarcia przez naruszenie przepisów istotnego wpływu na wynik postępowania musi być zatem niezaprzeczalny i udowodniony.

Ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów przedstawionych w odwołaniu Przystępujący stwierdził, co następuje:

Odnosnie zarzutu nr 1 Przystępujący wskazał, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu istotne części zamówienia stanowią dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i usługa serwisowo-utrzymaniowa dla urządzeń drukujących i drukująco-skanujących. Nie stanowią natomiast istotnej części zamówienia poszczególne pozycje asortymentu zawarte w formularzu rzeczowo-cenowym z Załącznika nr 3a.

Cena stanowi wagę 60 punktów, pozostałe dwa kryteria czas naprawy i kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia mają wagę po 20 pkt. Przystępujący otrzymał największą z możliwych liczbę punktów w każdym poszczególnym kryterium oceny ofert.

„Celem badania ceny oferty jest ustalenie, czy wysokość tej ceny daje racjonalne podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany stosownie do wymagań zamawiającego z należytą starannością” .

Przystępujący w obliczeniach ceny wziął pod uwagę, sposób jej obliczenia podany przez Zamawiającego w SWZ z uwzględnieniem warunków opisanych w OPZ i PPU. Zamawiający w pkt 12.1 lit a) SWZ przewidział, że podstawą do obliczenia ceny jest pełen zakres zamówienia określony w Załączniku nr 1 (OPZ) oraz Załączniku nr 2 (PPU) do SWZ. Cena oferty powinna obejmować wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami wynikającymi z ww. dokumentów. Zgodnie z lit. b) Wykonawca w ramach obliczania ceny miał uwzględnić Załącznik nr 3a do SWZ (formularz rzeczowo-cenowy), a zgodnie z lit. c) cena oferty jest stała - wysokość wynagrodzenia Wykonawcy podlega waloryzacji wyłącznie na warunkach wskazanych w PPU (tj. § 12). Zamawiający w pkt 12.1 SWZ nie odnosił się do cen jednostkowych w Załączniku nr 3a.

Jak dalej wskazywał Przystępujący § 4 ust. 1 lit a) i ust. 2 PPU wyraźnie stanowi, że wynagrodzenie za dostawę materiałów eksploatacyjnych wskazane przez Zamawiającego jest wynagrodzeniem maksymalnym. W § 2 pkt 14 PPU Zamawiający również wyraźnie zastrzegł możliwość dokonywania zamówień ilościowo odbiegających od przewidywanych ilości poszczególnych produktów wskazanych w OPZ, przy czym zmniejszenie ilości w danej

pozycji asortymentowej może (ale nie musi) prowadzić do zwiększenia zamawianych ilości w innej pozycji asortymentowej. Zmiany ilościowe w poszczególnych pozycjach asortymentowych nie spowodują zmiany cen jednostkowych i nie wymagają zmiany umowy, a wartość dokonanych w tym trybie zmian ograniczona jest wartością prawa opcji z § 2 pkt 15 PPU. Prawo opcji z § 2 pkt 15 i § 10 PPU dotyczy wyłącznie zamówienia w zakresie dostawy materiałów eksploatacyjnych i przewiduje wyłącznie możliwość zmniejszenia dostawy materiałów eksploatacyjnych maksymalnie o 30% w stosunku do wartości wynagrodzenia (maksymalnego) za tę część zamówienia. Prawo opcji nie przewiduje w ogóle zwiększenia wartości zamówienia, pomimo tego, że zgodnie z art. 441 ustawy PZP Zamawiający ma taką możliwość.

Tym samym Zamawiający w dokumentach postępowania dopuścił przesunięcia asortymentowe. Zamawiający może nie zamówić żadnego z wymienionych w danej pozycji materiału eksploatacyjnego i zamówić więcej sztuk innego materiału eksploatacyjnego niż przewidział w innej pozycji. Obliczenie przez Przystępującego ceny w poszczególnych pozycjach Załącznika 3a, jak również treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień należy rozpatrywać w kontekście wyżej powołanych i opisanych w dokumentach postępowania warunków, które Przystępujący miał prawo brać pod uwagę i uwzględnić w swojej kalkulacji ceny.

Przystępujący świadcząc u Zamawiającego od dnia 04-02-2020 r. w ramach umowy nr BIT WWU 1621/2020 usługę serwisu i utrzymania urządzeń drukujących i skanujących posiada wiedzę w jakim stopniu dane urządzenia są eksploatowane i biorąc pod uwagę ruchomy charakter poszczególnych pozycji w Załączniku nr 3a, mógł poruszać się w cenach jednostkowych kalkulując, że pozycje nr 25-28; 35-41; 46; 51-58; 70; 92-95; 154-157 są mało istotne jako składnik cenowy, ponieważ dotyczą urządzeń mało eksploatowanych i nie mają istotnego znaczenia dla ceny dostaw.

Uwzględniając okoliczność, że z kolei z innych pozycji, wg wiedzy Przystępującego, Zamawiający z całą pewnością zamawiać będzie materiały eksploatacyjne Przystępujący obniżył ceny na tych pozycjach, co do których ma wiedzę, że zamówienie ich może nastąpić w mniejszym niż zakładany stopniu, a nawet może w ogóle nie mieć miejsca, do czego Zamawiający ma prawo w ramach opisanych przez niego warunków zamówienia.

Przystępujący zaoferował również w 19 pozycjach produkty zamiennie fti. w pozycjach: 33.59- 62.67-68.123.130-133.177-179.191-194j. Przyjęcie do wyceny oferty produktów zamiennych dało Przystępującemu znacząca przewagę cenowa w stosunku do oferty Odwołującego.

Przedstawione przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny argumenty nie są gołosłowne, a o wysokim standardzie wykonywania usługi serwisowej przez Przystępującego, a zatem o jego wiedzy i doświadczeniu Zamawiający miał wiedzę. Przystępujący świadczył od 2020 r. usługę utrzymaniowo-serwisową urządzeń Zamawiającego przez cały czas realizacji z poziomem powyżej 99% SLA.

Odnosnie zarzutu nr 2 Przystępujący wskazywał, że przytoczone w odwołaniu oświadczenie Przystępującego złożone w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny zostało przez Odwołującego wyrwane z kontekstu i przytoczone jako dowód na przerzucanie przez Przystępującego kosztów z jednej pozycji do drugiej, co jest nieprawdą.

W zakresie tego zarzutu aktualne są również argumenty przedstawione przez Przystępującego powyżej do zarzutu nr 1. Nie powtarzając tych argumentów, Przystępujący raz jeszcze podkreślił, że kwestionowane przez Odwołującego pozycje są mało istotne z punktu widzenia części oferty - dostawy ponieważ dotyczą urządzeń nisko eksploatowanych przez Zamawiającego oraz ponieważ sam Zamawiający w dokumentach postępowania dopuścił przesunięcia asortymentowe. Zatem Przystępujący w pozycjach Załącznika nr 3a, co do których miał wiedzę, że Zamawiający może nawet nie zamówić żadnego z wymienionych w danej pozycji produktu, natomiast może zamówić więcej sztuk innego produktu niż przewidział to w innej pozycji, mógł obniżyć cenę na te pozycje poniżej wartości ich zakupów u dostawców i nie dokonywał tym samym żadnego przerzucenia kosztów z jednej pozycji do drugiej, jak sugeruje to Odwołujący.

Dołączona do wyjaśnień Przystępującego kalkulacja ceny na dostawy materiałów eksploatacyjnych udowadnia, że Przystępujący nie przeniósł kosztów na inne pozycje z oferowanego asortymentu. Przystępujący zobowiązał się ponadto, że dostarczy Zamawiającemu materiały eksploatacyjne w cenie zaoferowanej w tych poszczególnych pozycjach. Działanie takie jest dopuszczalne i mieści się w ramach możliwości obniżenia wyliczonej przez Przystępującego marży do tej części zamówienia tj. marży dotyczącej dostaw materiałów eksploatacyjnych.

Odnosnie zarzutu nr 3, podkreślił że obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja zamawiającego ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Aby w ogóle mogło dojść do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 uPzp w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w dokumentach zamówienia musiałby przewidzieć tę fakultatywną przesłankę wykluczenia Wykonawcy. W SWZ z fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców Zamawiający przewidział wyłącznie jedną przesłankę tj. przesłankę stypizowaną w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP - odnoszącą się do otwarcia likwidacji, ogłoszenia upadłości i dalszych okoliczności, wymienionych w tym przepisie (SWZ Rozdział 7 pkt 7.1.2, pkt 7.5, pkt 7.8, pkt 7.10.2).

Ponieważ Zamawiający nie przewidział fakultatywnej podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 w konsekwencji nie mogło mieć miejsca naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP.

Niezależnie od powyższych argumentów natury formalnej, Przystępujący pragnie wskazać, że dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. O niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Zgodnie z wymaganiami w pkt 10 i 11 OPZ (Załącznik nr 1 do SWZ) Zamawiający wskazał, że w zakresie pozycji 121 preferuje produkt oryginalny, a nie że wymaga produktu oryginalnego i opisał jego przeznaczenie wskazując urządzenie do jakiego produkt ten ma zastosowanie. Wpisanie przez Przystępującego słowa „Tak” oznaczać miało dedykowanie tego produktu do tego urządzenia i nie ma znaczenia dla określonych przez Zamawiającego warunków zamówienia tj. preferowania przez Zamawiającego produktu oryginalnego, a nie wymaganie dostawy oryginału.

Ustosunkowując się do dowodów dołączonych przez Odwołującego tj. korespondencji e-mail z dnia 08-02-2022 r. i z dnia 14-03-2022 r. Przystępujący wskazuje, że z korespondencji tej wynika, iż po pierwsze pytania te zostały zadane dostawcom przez Odwołującego po zapoznaniu się przez niego z ofertami konkurentów (po otwarciu ofert 03-02-2022 r.) i po drugie celowo do podważenia ofert konkurentów w przedmiotowym postępowaniu. W każdym z tych e-maili Odwołujący wyraźnie podkreślił wagę zadanego pytania (wyróżnienie kapitalikiem albo kolorem). Pierwsza korespondencja e-mail z 08-02-2022 r. dołączona została do pisma Marcova Biznes sp. z o.o. do Zamawiającego z dnia 09-02-2022 r. zawierającego uwagi do ofert pozostałych dwóch konkurentów w postępowaniu, z

identycznym zarzutem dotyczącym poz. 121, natomiast druga korespondencja powstała na potrzeby postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 na koniec wskazać należy, że aby wystąpiła niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć ona charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, ze względu na obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

Reasumując Przystępujący stwierdza, że nawet przy zastosowaniu najdroższych z możliwych do uzyskania cen oferta Przystępującego klasyfikuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a zatem nawet gdyby potencjalnie miało miejsce naruszenie przepisów ustawy nie miało ono żadnego wpływu na wynik postępowania nie mówiąc już o możliwości wywarcia istotnego wpływu na wynik postępowania.

Na zakończenie Przystępujący wskazał, że jest uczestnikiem rynku zamówień publicznych od 1995 r. i przez cały czas funkcjonowania na tym rynku zrealizował z sukcesem wszystkie zobowiązania z zawartych umów z zamawiającymi i nigdy żadna umowa nie została z nim rozwiązana.

Wobec powyższej argumentacji, Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, dowody wnioskowane przez Odwołującego tj. korespondencji między Odwołującym a przedstawicielem firmy TOSHIBA, dowody wnioskowane przez Przystępującego, tj.: kalkulacji- zestawienia różnicy w ofertach dotyczącego 19 pozycji (wniosek dowodowy nr 1 w stanowisku procesowym), zestawienia wskaźnika SLA usługi utrzymaniowo-serwisowej (wniosek dowodowy nr 2 w stanowisku procesowym), kalkulacji ceny dostawy materiałów eksploatacyjnych z uwzględnieniem ceny zakupu brutto najtańszego dostawcy oraz najdroższego dostawcy (wniosek dowodowy nr 3 i 4 w stanowisku procesowym), korespondencji e-mail (wniosek dowodowy nr 5 w stanowisku procesowym).

Izba przy wydawaniu rozstrzygnięcia oparła się jednak tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w uzasadnieniu wyroku.

Izba uznała wniosek kosztowy Przystępującego po stronie Zamawiającego za oczywiście niezasadny z uwagi na treść §8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na serwis urządzeń drukujących i skanujących wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, do momentu upływu terminu składania ofert wpłynęło 3 oferty, tj. oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 1 152 320,58 zł, oferta Przystępującego po stronie Odwołującego opiewająca na kwotę 1 127 924,11 zł oraz oferta Przystępującego po stronie Zamawiającego opiewająca na kwotę 998 340, 57 zł.

Zgodnie z formularzem ofertowym wykonawca MIKRONEX zaproponował następujące stawki dla pozycji kwestionowanych przez Odwołującego:

Numer pozycji	Cena brutto za sztukę [zł]	Numer pozycji	Cena brutto za sztukę [zł]
25	249,69	54	75,03
26	279,21	55	103,32
27	279,21	56	103,32
28	279,21	57	103,32
35	138,99	58	103,32
36	138,99	70	73,80
37	138,99	92	57,81
38	138,99	93	57,81
39	185,73	94	57,81
40	65,19	95	63,96
41	20,91	154	148,83
46	75,03	155	223,86
51	75,03	156	223,86
52	75,03	157	223,86

Pismem z dnia 29 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę MIKRONEX do wyjaśnień w zakresie ceny. Zgodnie z treścią wezwania: *„Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny. Cena złożonej oferty - 998 340,57 zł brutto, w tym w szczególności cena za część zamówienia odpowiadającą za dostawę fabrycznie nowych, nieużywanych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących - skanujących użytkowanych przez Zamawiającego (dalej dostawa materiałów) - 441 002,97 zł brutto, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia”.*

„Cena Państwa oferty wyraźnie różni się wielkością od pozostałych złożonych ofert, jest też znacznie niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość VAT oraz średniej złożonych ofert. Jest to jeszcze bardziej widoczne, w przypadku części zamówienia odnoszącej się do dostawy materiałów, gdzie cena Państwa oferty odbiega od szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej złożonych ofert znacznie ponad 20%. Różnice te stają się rażące, szczególnie w kontekście złożonych cen jednostkowych, w przypadku dużej części materiałów eksploatacyjnych wskazanych w Państwa ofercie (patrz tabela poniżej)”.

Zamawiający zwrócił w szczególności uwagę na pozycje oznaczone numerami 25-28, 35-41, 46, 51-58, 70, 92-95, 154-157 oraz 162.

Jak dalej wskazywał w treści wezwania Zamawiający: *„W związku z powyższym, mając na względzie wskazane różnice, Zamawiający wzywa do wykazania, że przyjęte w zestawieniu ceny jednostkowe wskazanych produktów są dla Państwa realne do uzyskania oraz wykazania przyczyn i możliwości uzyskania tak korzystnych cen. Należy tutaj podkreślić, że Zamawiający przyjmuje ceny produktów równoważnych jako możliwe do uzyskania (porównawszy dane ze stron internetowych producentów), jednakże we wszystkich wskazanych wyżej pozycjach zaoferowaliście Państwo produkty oryginalne, w cenach na tyle niskich, że wydają się one trudne do uzyskania w oficjalnych kanałach sprzedaży producentów (jeżeli w ogóle możliwe). Jak wyżej wskazano, wiele zaoferowanych przez Państwa cen jednostkowych rażąco odbiega od cen oferowanych przez pozostałych Wykonawców (różnice rzędu 80%), a przez to cena za dostawę materiałów i w efekcie cena całkowita oferty również wyraźnie odbiegają od cen ofert konkurencyjnych. Mając powyższe na uwadze wzywamy do wykazania realności cenowej złożonej oferty tak w zakresie wskazanych konkretnie cen jednostkowych, jak i w konsekwencji ceny oferty za dostawę materiałów i ceny całkowitej oferty.*

Wyjaśnienia i dowody powinny wymieniać czynniki, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, w tym cen jednostkowych brutto we wskazanych powyżej pozycjach (np.: oszczędność metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy; pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów; czynniki w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie) oraz powinny wskazywać w szczególności, czy zaoferowana cena oferty obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SWZ, związane z wymaganiami zawartymi w treści Projektowanych Postanowień Umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia”.

Pismem z dnia 22 lutego 2022 r. wykonawca MIKRONEX przedłożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami oraz zastrzeżeniem, że informacje zawarte w wyjaśnieniu oraz załącznikach stanowią tajemnice przedsiębiorstwa i nie mogą być one udostępniane. Zamawiający uznał przedmiotowe zastrzeżenie za bezskuteczne, czemu dał wyraz w piśmie z dnia 11 marca 2022 r. wskazując, że wobec uznania nieskuteczności zastrzeżenia, informacje będą podlegały udostępnieniu po upływie 10 dni od dnia dostarczenia pisma wykonawcy. Wykonawca nie zakwestionował decyzji Zamawiającego.

W wyjaśnieniach wykonawca MIKRONEX przedstawił stosowne kalkulacje i przedstawił odpowiednie dowody. W odniesieniu do pozycji kwestionowanych przez Odwołującego, w dowodach przedstawionych przez wykonawcę MIKRONEX znajdowały się oferty różnych firm, z których wynikało, że uwzględniając najniższe oferowane przez nich ceny dotyczące ww. pozycji, istnieją znaczące różnice między nimi, a cenami z formularza ofertowego wykonawcy MIKRONEX w zakresie tychże pozycji. Przykładowo dla pozycji nr 25 najniższa możliwa do uzyskania cena, zgodnie z dowodami załączonymi przez wykonawcę, wynosiła 800,50 zł brutto natomiast wykonawca w formularzu ofertowym skalkulował ją na poziomie 249,69 zł brutto. Różnice występowały przy wszystkich kwestionowanych pozycjach.

Zgodnie z treścią przedmiotowych wyjaśnień: *„Wykonawca MIKRONEX Serwis Komputerowy P.U.H. P. K. od dnia 04.02.2020 r. w ramach umowy nr BIT WWU 1621/2020 świadczy u Zamawiającego usługi serwisu i utrzymania urządzeń drukujących i skanujących posiada zatem wiedzę w jakim stopniu dane urządzenia są eksploatowane (jak często podlegały naprawie i jak często była konieczność wymiany materiału eksploatacyjnego). Na tej podstawie Wykonawca skalkulował, że obniżając ceny na pozycjach 25-28; 35-41; 46; 51-58; 70; 92-95; 154-157; które są mało istotne (biorąc pod uwagę pozostałe pozycje z formularza) oraz mając wiedzę na temat stopnia eksploatacji tych urządzeń, którą to wiedzę nie dysponują pozostali oferenci, ryzyko dostarczenia dużej ilości materiałów*

eksploatacyjnych z tych pozycji listy jest minimalne, a zatem przyjął niską cenę sprzedaży. Wykonawca wziął również pod uwagę fakt, że w przypadku zamówienia materiałów eksploatacyjnych z wyszczególnionych pozycji 25-28; 35-41; 46; 51-58; 70; 92-95; 154-157; obowiązkiem będzie dostawa oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, w cenach zgodnych z przedstawioną ofertą, jednakże na całości realizacji zamówienia Wykonawca uzyska marżę w wysokości ok. 18 % - w załączeniu kalkulacja: wyliczenie marży na istotną część składową zamówienia – dostawę”.

„Odnosząc się do pozycji 162 Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3a do SWZ Wykonawca oświadcza, że zaoferowana przez nas cena w wysokości 1601,46 zł brutto była skalkulowana na podstawie wyceny uzyskanej w dniu 19.01.2022 roku z firmy MADAX - Elite Partner Konica Minolta. Zaoferowana cena Drum Unit K A9K70RD (poz. 162 formularza) na dzień 19.01.2022 roku wynosiła 1299,00 zł netto, tj. 1597,77 zł brutto, jest więc ceną niższą niż Wykonawca uwzględnił w ofercie - w załączniku Dowód nr 12 - korespondencja e-mail z dnia 16.02.2022 r. jako potwierdzenie udzielenia przez firmę MADAX w dniu 19.01.2022 r. ceny 1299,00 zł netto na Drum Unit K A9K70RD (poz. 162 formularza).

Zaoferowane ceny jednostkowe na poszczególnych pozycjach (25-28; 35-41; 46; 51-58; 70; 92-95; 154-157) nie są to istotne części składowe oferty, a zgodnie z art. 224 ust. 2 uPzp złożona przez Wykonawcę oferta nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca kalkulując cenę wziął pod uwagę, że istotne części składowe ceny lub kosztu należy rozpatrywać z uwzględnieniem podziału na cenę świadczenia usługi serwisowej i cenę dostawy materiałów i w ramach tego podziału Wykonawca może się poruszać w swoich kalkulacjach marży. Natomiast poszczególne jednostkowe pozycje z załącznika 3a nie stanowią istotnych części składowych oferowanej przez Wykonawcę ceny i mogą odbiegać od ofert innych Wykonawców.

Wykonawca oświadcza, że zamówienie będzie realizował samodzielnie, posiada własny magazyn, własną flotę samochodową oraz dysponuje odpowiednią kadrą pracowniczą zatem zaoferowana oferta obejmuje wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia wynikające z SWZ. Wykonawca oświadcza, że posiada odpowiednią wiedzę i kwalifikacje, które pozwolą na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w treści Projektowanych Postanowień Umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia. Na potwierdzenie rzetelności naszej firmy załączamy referencje, dotyczące realizacji aktualnej umowy dotyczącej serwisu i utrzymania urządzeń drukujących i skanujących u Zamawiającego”.

Zgodnie z informacją z dnia 9 marca 2022 r. za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy MIKRONEX, która uzyskała łącznie 100 punktów. Na drugim miejscu sklasyfikowano ofertę wykonawcy Odwołującego z wynikiem 91,98 punktów, a na trzecim miejscu ofertę wykonawcy PRINT-SOL z punktacją na poziomie 73,11 punktów.

Zgodnie z §2 pkt 14 projektowanych postanowień umownych: *„Zamawiający, uwzględniając rzeczywiste zużycie i jego potrzeby w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych, zastrzega sobie możliwość dokonywania zamówień ilościowo odbiegających od przewidywanych ilości poszczególnych produktów wskazanych w OPZ, przy czym zmniejszenie ilości w danej pozycji asortymentowej może (ale nie musi) prowadzić do zwiększenia zamawianych ilości w innej pozycji asortymentowej. Zmiany ilościowe w poszczególnych pozycjach asortymentowych nie spowodują zmiany cen jednostkowych i nie wymagają zmiany umowy. Wartość dokonywanych w tym trybie zmian ograniczona jest wartością prawa opcji, o którym mowa w ust. 15”.*

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jak stanowi ust. 5 i 6 ww. przepisu obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (ust. 5), zaś odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (ust. 6).

Jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie Izba pragnie zaznaczyć, że brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, który mówi o rażąco niskiej cenie lub koszcie, lub ich istotnych części składowych, nakazuje pojęcia te odnosić do „przedmiotu zamówienia”. Ma to być cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu

wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Pamiętać przy tym należy, że rażąco niski charakter musi dotyczyć ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. To, że Zamawiający (jeśli poweźmie wątpliwość) ma prawo wyjaśniać istotne elementy składowe ceny, nie oznacza, że ceny jednostkowe są podstawą odrzucenia całej oferty, jako rażąco niskiej, jeśli ich wysokość nie wpływa na całościową cenę oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny. Przesłanka rażąco niskiej ceny musi zostać wypełniona w stosunku do ostatecznej, całościowej ceny oferty.

Co istotne, Odwołujący postulując konieczność odrzucenia oferty Przystępującego MIKRONEX swoje twierdzenia opiera wyłącznie na rażąco niskim - jego zdaniem, charakterze poszczególnych cen jednostkowych, a nie ceny jako takiej. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, a nawet nie sformułował w tym zakresie twierdzeń, że całościowa cena oferty Przystępującego MIKRONEX jest ceną rażąco niską.

Wobec zagadnienia czy zamawiający żądał od wykonawcy wyjaśnienia dotyczącego wysokości zaoferowanej ceny oferty, czy ceny kwestionowanych przez Odwołującego elementów oferty, konkretnie wskazanych w wezwaniu, skład orzekający uznaje, że wezwanie dotyczyło ceny oferty, w tym "w szczególności" wymienionych elementów. Należy przy tym zauważyć, że wezwanie zamawiającego wynikało z jego własnej decyzji, podjętej w rzeczywistości w następstwie zawiadomienia Odwołującego. Jednocześnie niesporne jest, że nie zachodziła ustawowa przesłanka obligująca zamawiającego do prowadzenia postępowania wyjaśniającego, z uwagi na stosunek ceny oferty badanej do wartości przedmiotu zamówienia lub do cen ofert pozostałych. Zgodnie z dokumentacją postępowania, różnica między ceną oferty Przystępującego, a wartością zamówienia wynosi 156 364, 85 zł brutto, co jest równe 13,54%. Natomiast różnica między ceną oferty, a średnią

wszystkich złożonych ofert wynosi 94 521, 18 zł brutto, co w przeliczeniu na wartości procentowe daje 8,65%. Z kolei jeśli chodzi o różnicę w zakresie cen na dostawy materiałów, to kształtuje się ona na poziomie niższym o 22,22% od wartości szacunkowej oraz niższym o 23,91% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

Okoliczność ta ma w ocenie składu orzekającego znaczenie, bowiem decyzja Zamawiającego, czy wykonawca złożył wystarczające wyjaśnienia, jest w istocie autonomiczną oceną zamawiającego, który ma prawo uznać za wystarczające otrzymane informacje. Przywołana częściowo dokumentacja nie wskazuje wprost na domniemanie rażąco niskiej ceny, lecz na pewne wątpliwości dotyczące kilku cen jednostkowych, które to pozycje nie mają znaczącego wpływu na wartość złożonej oferty globalnie.

Wskazać bowiem należy, że uwzględniając ceny spornych pozycji jednostkowych, przy założeniu zakupu ich po możliwie najniższych cenach, zgodnie z przedstawioną w Odwołaniu tabelą oraz dowodami załączonymi do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, cena kwestionowanych przez Odwołującego pozycji wynosi łącznie 23 553, 05 zł brutto, natomiast cena zaoferowana w ofercie za sporne elementy wynosi 5436, 60 zł brutto. Całkowita cena oferty MIKRONEX za dostawę materiałów eksploatacyjnych (a więc cena jednej z dwóch istotnych części składowych ceny oferty) wynosi 441 002, 97 zł brutto. Z powyższego wynika, że kwota 23 553, 05 zł stanowi 5,34% całkowitej ceny oferty za dostawę materiałów eksploatacyjnych oraz 2,35% całej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie można zatem uznać jej za istotną część składową całej ceny za dostawę materiałów eksploatacyjnych, a na rażąco niskim charakterze tej części ceny Odwołujący opierał swoje twierdzenia w zakresie konieczności odrzucenia oferty MIKRONEX. Uwzględniając zatem brzmienie przepisów przywołanych wyżej oraz poczynione wcześniej zastrzeżenia, nie można uznać zaoferowanej przez MIKRONEX ceny za rażąco niską, Odwołujący w każdym razie faktu takiego nie wykazał – skupił się jedynie na cenach jednostkowych, które nie wpływają jednak w znaczącym stopniu na całkowitą cenę oferty nie formułując zarzutów wobec ceny globalnej oferty.

W połączeniu z przedmiotowym zarzutem pozostaje także zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz

zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy, tak jak uczynił to Odwołujący. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępujących. Odwołujący Ekoton spoczywającemu na nim obowiązкови dowodowemu nie sprostał.

Argumentacja Odwołującego dotycząca przedmiotowego zarzutu sprowadza się tak naprawdę do twierdzenia, że wykonawca MIKRONEX przyznał okoliczność przerzucania przez niego kosztów z jednej pozycji do drugiej, co miałoby wynikać ze stwierdzenia zawartego w wyjaśnieniach ceny, że: *„Wykonawca skalkulował, że obniżając ceny na pozycjach 25-28; 35-41; 46; 51-58; 70; 92-95; 154-157; które są mało istotne (biorąc pod uwagę pozostałe pozycje z formularza) oraz mając wiedzę na temat stopnia eksploatacji tych urządzeń, którą to wiedzę nie dysponują pozostali oferenci, ryzyko dostarczenia dużej ilości materiałów eksploatacyjnych z tych pozycji listy jest minimalne, a zatem przyjął niską cenę sprzedaży”*.

Zdaniem Izby z przywołanego fragmentu wyjaśnień wynika jedynie tyle, że wykonawca MIKRONEX świadomie skalkulował ceny z ww. pozycji na niskim poziomie, gdyż przy uwzględnieniu jego wiedzy w zakresie urządzeń będących w posiadaniu Zamawiającego, ryzyko dostarczenia dużej ilości materiałów dla tychże pozycji jest minimalne. Nie zostało jednak przyznane przerzucanie kosztów między pozycjami. Odwołujący natomiast swoje twierdzenia w tym zakresie pozostawił gołostownymi, wyciągając błędne wnioski z przywołanego fragmentu wyjaśnień wykonawcy MIKRONEX.

Niezależnie od powyższego, Izba przychyliła się również do stanowiska Przystępującego MIKRONEX, że biorąc pod uwagę projektowane postanowienia umowne, w szczególności §2 pkt 14, Zamawiający dopuścił możliwość zmian ilościowych w zakresie odbiegającym od przewidywanych ilości poszczególnych produktów wskazanych w OPZ. Tym samym Zamawiający może nie zamówić żadnego z wymienionych w danej pozycji materiałów eksploatacyjnych lub zamówić więcej sztuk innego materiału eksploatacyjnego. Skoro zatem wykonawca MIKRONEX wskazywał w wyjaśnieniach, że wedle jego wiedzy, istnieje niskie ryzyko zamówienia materiałów eksploatacyjnych na kwestionowanych pozycjach, tym samym uprawniony był do skalkulowania ich na niskim poziomie. Działanie wykonawcy polegające na szacowaniu ryzyka związanego z obowiązkiem zamówienia konkretnych materiałów eksploatacyjnych jest racjonalne i uzasadnione i stanowi efekt posiadania wiedzy na temat urządzeń będących w dyspozycji Zamawiającego, jak też jego potrzeb i realnego

zużycia konkretnych materiałów, jak też jest efektem ukształtowania takich postanowień umowy. Z kolei możliwość manewrowania w zakresie ilości zamawianych materiałów eksploatacyjnych została dopuszczona przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, na co wskazywał w treści swojego stanowiska pisemnego Przystępujący.

Z powyższych względów należy uznać, że zarówno zarzut rażąco niskiej ceny jak też czynu nieuczciwej konkurencji zasługiwał w niniejszej sprawie na oddalenie.

Odnosnie zarzutu nr 3 kluczowym jest wskazanie na konkretne zapisy SWZ, tj.:

Punkt 3 OPZ: *„Ilekcrc Zamawiający wskazuje na znaki towarowe, patenty lub pochodzenia produktrc, tylekcrc Zamawiający dopuszcza zaoferowanie rozwiązań równoważnych”.*

Punkt 4 OPZ: *„Zamawiający dopuszcza oferowanie przez Wykonawcę produktrc równoważnych. Przez produkt równoważny Zamawiający rozumie produkt fabrycznie nowy, nieregenerowany, niepoddany procesowi ponownego napełniania ani wymiany jakichkolwiek elementów, w pełni kompatybilny ze sprzętem, do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych lub lepszych (pod względem pojemności, wydajności, jakości wydruku, szybkości schnięcia, utrwalania), nie powodujący zamazywania się druku, w stosunku do produktu oryginalnego produkowanego przez producenta urządzenia. Materiały eksploatacyjne oferowane przez Wykonawcę powinny odpowiadać wyrobowi oferowanemu przez producenta urządzenia, a od opisu przedmiotu zamówienia, określonego przez Zamawiającego, może się jedynie różnić znakiem firmowym, towarowym, patentem lub pochodzeniem (z zastrzeżeniem warunków opisanych wyżej). Dostarczone tusze, tonery i materiały eksploatacyjne, muszą być zgodne z normami ISO/IEC 19752 – norma pomiarrc wydajności tonerrc dla drukarek laserowych monochromatycznych, ISO/IEC 19798 – norma pomiarrc wydajności kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych oraz ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 – normy pomiarrc wydajności dla tuszy do urządzeń atramentowych, lub zgodne z równoważnymi normami i specyfikacjami technicznymi wystawianymi przez podmioty badające jakość tonerrc i materiałów eksploatacyjnych. W przypadku gdy produkt oryginalny posiada inteligentny układ elektroniczny przekazujący informacje o stanie zużycia produktu, to zaoferowany produkt równoważny również musi posiadać układ o analogicznej funkcjonalności, wbudowany trwale w dany materiał eksploatacyjny”.*

Punkt 10 OPZ: *„Pozycje: 40-41, 110-111, 149-153 Tabeli nr 1 - wymagane są wyłącznie produkty oryginalne (pochodzące od producenta urządzeń, do których materiały te będą instalowane), ze względu na zobowiązania wobec podmiotu trzeciego”.*

Punkt 11 OPZ: „Pozycje: 1-39, 42-109, 112-148, 154-203, tabeli nr 1 - Zamawiający preferuje produkty oryginalne (pochodzące od producenta urządzeń, do których materiały te będą instalowane)”.

Zgodnie z punktem 11.2.2 SWZ oferta powinna zawierać m. in. formularz rzeczowo-cenowy zawierający wszelkie informacje zawarte we wzorze stanowiącym załącznik nr 3a do SWZ.

W załączniku nr 3a do SWZ wskazane były konkretne produkty wymagane przez Zamawiającego, urządzenie do którego produkty te są przeznaczone, numer produktu, jego wydajność, cena brutto za sztukę, liczba materiałów eksploatacyjnych, łączna cena brutto, kolumna określająca czy produkt jest oryginalny oraz kolumna do wpisania proponowanego zamiennika względem produktu oryginalnego.

Co istotne, wszystkie pozycje wymienione przez Zamawiającego w załączniku zostały opisane przez wskazanie konkretnego numeru produktu, z wyjątkiem pozycji 121 i 147. Kwestionowana przez Odwołującego pozycja 121 została opisana przez wskazanie materiału eksploatacyjnego: „Etykieta papierowa półbłyszcząca o rozmiarach etykiet 50x30 mm, średnica rdzenia 76 mm, średnica zewnętrzna rolki 180 mm”, urządzenia do którego jest przeznaczona, tj. „Toshiba Barcode B-EX4T2” oraz wydajności na poziomie 5000 etykiet w rolce. Zamawiający w odróżnieniu do pozostałych pozycji nie wskazał konkretnego numeru produktu lub znaku towarowego.

Zdaniem Izby powyższe świadczy o tym, że Zamawiający był świadomy, iż nie jest możliwym zaoferowanie oryginalnych etykiet do ww. urządzenia, z uwagi na to, że takowe nie są produkowane, co potwierdza brak umieszczenia numeru produktu w załączniku nr 3a do SWZ.

Konfrontując powyższe z zapisami OPZ, tj. z punktem 3, 4 i 11, zdaniem Izby, Zamawiający w stosunku do pozycji 121 nie dopuścił możliwości zaoferowania produktu równoważnego, z uwagi na to, że opisując tę pozycję nie używał znaków towarowych i nie zindywidualizował zamawianego produktu przez jego numer, co za tym idzie, nie było również możliwe zaoferowanie oryginału urządzenia. Zatem w przypadku tej pozycji wykonawca miał obowiązek zaoferować etykietę papierową, która będzie kompatybilna z określonym urządzeniem, przy czym nie miał obowiązku wskazywania konkretnego producenta. Obowiązek taki istniał tylko w razie oferowania produktów równoważnych do produktów oryginalnych. W tej pozycji Zamawiający wymagał natomiast po prostu produktu spełniającego określone wymagania pod względem wymiaru, wydajności oraz kompatybilności z urządzeniem Zamawiającego. Wypełnienie zatem kolumny dotyczącej oryginalności produktu w przypadku pozycji 121 było bez znaczenia bowiem zaoferowanie produktu oryginalnego w przypadku tej pozycji nie było możliwe- co nie było sporne

pomiędzy stronami w niniejszej sprawie. Wola oferenta została w dostateczny sposób wyrażona i wiadomo jaki produkt on zaoferuje, tj. spełniający wymagania Zamawiającego w zakresie parametrów fizycznych i wydajności. Brak jest również niezgodności oferty z warunkami zamówienia, z uwagi na to, iż dokumentacja postępowania wykluczała zaoferowanie dla tej pozycji produktu oryginalnego, jak też równoważnego – Zamawiający powinien de facto ograniczyć możliwość wypełnienia ostatnich kolumn na pozycji 121, gdyż mogło to wprowadzać w błąd. Z uwagi jednak na fakt, że wszelkie nieścisłości dokumentacji należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, działanie wykonawcy MIKRONEX który wpisał „Tak” w kolumnie dotyczącej oryginalności produktu nie powinno być karane sankcją w postaci odrzucenia jego oferty.

Niezasadnym jest powiązanie przedmiotowego zarzutu z treścią art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Przepis ten statuuje bowiem jedną z fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z ww. przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Istotnym jest, że opisana wyżej przesłanka wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny. Owa fakultatywność przejawia się w tym, że Zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania jej wystąpienia w razie braku przewidzenia stosownych zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W sytuacji jednak, gdy Zamawiający przewidzi wykluczenie wykonawcy z postępowania w razie zaistnienia przesłanki fakultatywnej, to ma on każdorazowo obowiązek wykluczenia takiego wykonawcy, wobec którego ta przesłanka zaistnieje.

W analizowanej sprawie, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji VI.3 pkt 2 zawarł informację, że wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlegać będą również wykonawcy, w stosunku do których zachodzą okoliczności wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Nie ma zatem podstaw by twierdzić, że powinien on badać wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

Z powyższych względów zarzut ten zasługiwał na oddalenie.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 2

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: