

Sygn. akt KIO 2440/18

WYROK

z dnia 14 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 grudnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

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

przy udziale wykonawcy **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług wdrożenia systemu monitorowania i zarządzania wydrukami oraz outsourcingu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących przeznaczonych dla jednostek i komórek organizacyjnych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 lipca 2018 r. pod numerem 2018/S 139-318754.

W dniu 26 listopada 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego zapewnia wykonanie przedmiotu zamówienia i osiągnięcie zysku, a złożone wyjaśnienia w tym zakresie to potwierdzają,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne i nieuzasadnione twierdzenie, że w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w dniu 23 października 2018 r. mogło dojść do zmiany treści oferty przez oświadczenia złożone przez podmioty trzecie, podczas, gdy oświadczenia te zostały złożone przed terminem składania oferty i stanowiły podstawę do jej sporządzenia i przygotowania wyceny, a dodatkowo Odwołujący nie złożył żadnych oświadczeń po terminie składania ofert, które zmieniłyby lub mogłyby zmienić treść oferty,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zarzucenie Odwołującemu, że złożona oferta poprzez ukształtowanie cen dzierżawy urządzeń D1 i D2 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na naruszeniu klauzuli dobrych obyczajów funkcjonujących na rynku, podczas gdy Odwołujący dokonał wyceny dzierżawy urządzeń D1 i D2 na podstawie wymagań i informacji zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, w sposób zgodny z własnym know-how i doświadczeniem, w sposób umożliwiający

realizację zamówienia i zapewniający zysk, co nie może być traktowane jako naruszenie dobrych obyczajów kupieckich.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownej oceny i badania jego oferty. Wskazywał, że składowe kosztów dzierżawy urządzeń zostały opisane w pkt 3.1.5 opisu przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”, i stanowią wszystkie koszty związane z dzierżawą urządzeń drukujących, dostarczonym wyposażeniem dodatkowym, uruchomieniem i eksploatacją oprogramowania Systemu Wydruku (w tym opłata za maintenance). W złożonych wyjaśnieniach podał w pkt 7-9, że koszty zmiany, zastąpienia i relokacji urządzeń ujęte są w ramach opłat serwisowych, a skoro tak, to są nimi objęte również koszty ewentualnych podmiotów trzecich realizujących część przedmiotu zamówienia na zlecenie Odwołującego. Jednocześnie koszty serwisowe nie stanowią kosztów dzierżawy urządzeń, których dotyczyło wezwanie do wyjaśnień. W jego ocenie wszelkie koszty osobowe związane z czynnościami mieszczącymi się w zakresie definicji Serwisu Urządzeń stanowią tzw. Koszt serwisowy i ujęte zostały, zgodnie z OPZ, w kosztach wydruku.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał dalej, że elastyczne zapisy SIWZ dotyczące możliwego, w szczególności, zmniejszenia liczby urządzeń w trakcie trwania kontraktu, a tym samym obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, powinny wpływać na jego rentowność, a tym samym powinny być ujęte w ofercie Odwołującego. Twierdzenia te, Zamawiający, nie wskazując jednocześnie, w jaki sposób Odwołujący tą elastyczność zapisów SIWZ miałby przełożyć na wycenę kosztów dzierżawy urządzeń czy też kosztów wydruku, opiera o treść wyjaśnień Odwołującego, z których wynika, że urządzenia zostały wycenione odrębnie dla każdej kategorii i zmiana w tym zakresie może spowodować wzrost lub spadek wysokości kontraktu, bez wpływu na jego rentowność lub skuteczność wykonania. Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach swój zysk, tym samym wykazał, że kontrakt jest dla niego rentowny. Podkreślał, że przedmiot zamówienia obejmuje dzierżawę urządzeń, które podlegają leasingowi zwrotnemu lub staną się własnością wykonawcy po zakończeniu kontraktu.

Zamawiający, odnosząc się do pkt 8 na str. 8 wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dotyczących wymiany lub zamiany urządzeń przeciążonych lub niedociążonych i tym samym możliwego spadku lub wzrostu wysokości wynagrodzenia przy zachowaniu rentowności, uznał, że elastyczne zapisy SIWZ dotyczące możliwości zamiany urządzeń D3 na urządzenia D1 lub D2 powinny być uwzględnione w ofercie Odwołującego jako wpływające na jego rentowność. Zamawiający jednocześnie nie wskazał postanowienia SIWZ czy ustawy Pzp, który zobowiązywałby wykonawcę do przedstawienia takich informacji, poza wskazaniem marży, którą planuje osiągnąć Odwołujący na kontrakcie i która w wyjaśnieniach została wskazana.

Zamawiający zarzucał Odwołującemu, że załączone do wyjaśnień dwie oferty handlowe złożone przed terminem składania ofert nie zawierają szczegółowych składników cenotwórczych, a także, że w związku z dopiskiem o ustaleniu pozostałych warunków handlowych w późniejszym terminie, Zamawiający nie jest w stanie określić ostatecznego zakresu oferty tych podmiotów. Odwołujący podnosił, że zakres prac i zobowiązań konsorcjantów jest ustalony w umowie konsorcjum, która zostanie okazana, zgodnie z przepisami, w przypadku gdyby oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Na podstawie informacji zawartych w wyjaśnieniach Zamawiający może zaś wystarczająco precyzyjnie określić przedmiot oferty tychże podmiotów. W ofercie została również wskazana ryczałtowa kwota za wykonanie czynności dla danego typu urządzenia. Ani z treści OPZ ani z treści zapytania Zamawiającego nie wynikało, że elementy będące przedmiotem oferty miałyby być podane w dalszym rozbiciu cenowym.

Zamawiający zarzucał Odwołującemu, że w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał w pełni okoliczności i dowodów świadczących o różnicy kosztów dzierżawy pomiędzy urządzeniami Typu D1 i D2 w stosunku do kosztów dzierżawy urządzeń Typu D3. Odwołujący podnosił, że z samego opisu wymagań funkcjonalnych urządzeń D3 zamieszczonego przez Zamawiającego w OPZ wynika, że urządzenia te są najszybszymi z wymaganych urządzeń, o najwyższym standardzie, a także wyposażonymi w dodatkowe elementy, takie jak finishery, których pozostałe urządzenia nie posiadają. Niezależnie, Odwołujący podnosił, że w wyjaśnieniach przedstawił informacje dotyczące różnicy cenowej pomiędzy urządzeniami Typu D1 i D2 a urządzeniami Typu D3. Założenie przedstawione przez Zamawiającego w piśmie o odrzuceniu w zakresie ilości wydruku i możliwości odkupienia urządzeń Typu D1 i D2 przez producenta jest błędne. Zysk jaki założył w tym zakresie Odwołujący, pochodzący z możliwej sprzedaży urządzeń po kontrakcie, jest jedną z opcji jakie można zastosować wobec tych urządzeń. Drugą jest ich dalsza eksploatacja u aktualnych klientów Odwołującego.

Dalej, Zamawiający zarzucał Odwołującemu, że w przedstawionych wyjaśnieniach nie wykazał żadnych kosztów osobowych. Odwołujący podkreślał, że wszelkie koszty osobowe związane z czynnościami mieszczącymi się w zakresie definicji Serwisu Urządzeń ujęte zostały, zgodnie z OPZ, w kosztach wydruku, a nie w kosztach dzierżawy urządzeń.

Następnie, Zamawiający podnosił, że załączona do wyjaśnień oferta Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. nie zgadza się z podsumowaniem kosztów oraz zysków Odwołującego opisanych w tabeli nr 7 na str. 12 wyjaśnień, a także, że w tabeli 4 na str. 11 wyjaśnień Odwołujący wykazał wyliczenia kosztu dla 41 miesięcy, podczas gdy oferta Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. przedstawia wyliczenia dla 39 miesięcy. Odwołujący wyjaśnił skąd ta różnica oraz że wszystkie operacje Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. w Polsce realizowane są w Euro przeliczanym wg kursu z określonego dnia, przy czym

taka informacja została przez Odwołującego zawarta w wyjaśnieniach. Podkreślał też, że przedłożony wraz z wyjaśnieniami dokument z HP Enterprise Polska sp. z o.o. jest przedwstępną ofertą, na finansowanie udzielane w polskich złotych i nie może zawierać informacji o cenach zakupu urządzeń, gdyż zostało to zastrzeżone przez Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie wyjaśniał, że różnica w liczbie miesięcy rozliczeniowych wynika z 60 dniowego terminu płatności.

Zamawiający twierdził też, że oferta Odwołującego oparta o promocyjną cenę zakupu licencji, w związku z możliwością realizacji przez Zamawiającego prawa opcji, i zamówienia w okresie do 41 miesięcy od jej zawarcia, kilku tysięcy nowych urządzeń D1 i D2, poprzez nieuwzględniony w ofercie kosztach popromocyjnych licencji, stanowi o ofercie z rażąco niskim kosztem w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zgadzał się z postawioną tezą i podnosił, że nie ma ona uzasadnienia w postanowieniach SIWZ, w szczególności w pkt 2.3 OPZ.

Podkreślał, że nie złożył oferty, w której cena lub koszt jest rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia. Część zarzutów Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w postanowieniach SIWZ, część, jeżeli rzeczywiście wyjaśnienia założone przez Odwołującego budzą dalsze wątpliwości Zamawiającego, mogłaby być przedmiotem dalszych wyjaśnień, a nie powodem do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a część zarzutów w rzeczywistości nie stanowią w ogóle zarzutu, tylko dywagacje Zamawiającego dotyczące możliwości wpływu elastycznych postanowień SIWZ na rentowność kontraktu.

Zamawiający twierdził również, że Odwołujący składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny dokonał nieuprawnionej i niedozwolonej prawem zmiany treści złożonej oferty. Zmiana ta miała polegać na oświadczeniu, że Odwołujący wykona zamówienie z udziałem dwóch podmiotów jako podwykonawcami w zakresie szkoleń, podczas, gdy w ofercie oświadczył on, że zamówienie wykona samodzielnie i nie zamierza zlecić jakiegokolwiek podmiotowi podwykonawstwa.

Zamawiający twierdził także, że sposób ukształtowania ceny za dzierżawę urządzeń D1 i D2 w stosunku do urządzeń D3 wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, wskazując jednocześnie, że czyn ten polega na naruszeniu klauzuli dobrych obyczajów, zarzucając Odwołującemu jednocześnie naruszenie art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w sposób nieuzasadniony innymi powodami jak tylko nieuczciwe uzyskanie zamówienia manipulował wielkością kosztu dzierżawy za urządzenia D1 i D2 w stosunku do urządzeń D3, aby uzyskać najkorzystniejszą punktację. Według Odwołującego zarzut czynu nieuczciwej konkurencji jest przez Zamawiającego nieudowodniony. Po pierwsze nie wskazał on przepisu, który swoim

działaniem Odwołujący naruszył. Jednocześnie Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał na żaden ze stypizowanych czynów, a stwierdził poprzez regulację art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, że czynem takim mogą być również inne czyny poza wskazanymi w art. 5-17f, o ile działanie to jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, o ile zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dodatkowo, Zamawiający twierdząc, że Odwołujący dokonał manipulacji kosztami, powinien był w uzasadnieniu swojej decyzji wykazać, że doszło do przerzucenia kosztów i skąd wynika różnica w stawkach dzierżawy oraz w jakiej wysokości koszty zostały zaniżone w pozycjach D1 i D2 a przerzucone do D3. Nie jest wystarczającym wskazanie jedynie na ogólne występowanie różnicy, którą można dostrzec też u każdego z pozostałych wykonawców.

Odwołujący podkreślał, że konstrukcja kosztów opisana przez Zamawiającego w SIWZ, zgodnie z którą Odwołujący dokonał wyceny kosztów, zakładała, że koszty dzierżawy urządzeń obejmują wszystkie składniki cenotwórcze, których wykazania oczekiwał Zamawiający i co Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach. Jednocześnie Zamawiający nie określił w OPZ wprost, czy koszty szkoleń mają być ujęte w kosztach dzierżawy czy w kosztach wydruku. Odwołujący koszty te w wysokości wskazanej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny ujął w kosztach dzierżawy, co wskazuje dodatkowo, że mimo, iż nie było ku temu żadnych przeszkód w postanowieniach SIWZ, Odwołujący nie manipulował ceną dzierżawy urządzeń umniejszając ją o koszty szkoleń. Dodatkowo świadczenie dzierżawy urządzeń D1 i D2 jak wykazał Odwołujący w wyjaśnieniach, jest dla niego rentowne i przyniesie mu zysk, nawet w przypadku realizacji przez Zamawiającego prawa opcji i optymalizacji. Odwołujący wykazał załączonymi do wyjaśnień dowodami, że korzysta z cen specjalnych dotyczących urządzeń i oprogramowania, niedostępnych dla innych wykonawców. Samo uzyskanie takich ofert od producenta urządzenia lub oprogramowania nie może być uznane za nieuczciwe czy naruszające dobre zasady kupieckie.

W kontekście powyższego, w sytuacji, gdy w koszcie dzierżawy urządzeń D1 i D2 ujęte zostały wszystkie czynniki cenotwórcze wskazane przez Zamawiającego w OPZ dla tej pozycji, nie można zarzucić Odwołującemu manipulacji cenowej, w szczególności, że przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego nie były składniki cenotwórcze dla urządzeń D3, a jedynie różnica pomiędzy zaoferowanymi kosztami tych urządzeń. Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z czego wynika różnica pomiędzy kosztem dzierżawy urządzeń D1 i D2 a urządzeniami typu D3. Brak ograniczeń czy bardziej szczegółowych założeń w OPZ spowodował, że poszczególne pozycje cenowe w ramach ofert każdego z wykonawców mogły istotnie się różnić, ale różnic tych nie można przypisać ani manipulacji ani zaniżeniu cen po stronie Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca

Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej również „Konica Minolta”, lub „Przystępujący”, a także wykonawca WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, dalej również „WASKO”; obaj wykonawcy wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc również o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania (w tym dowód w postaci akt spraw odwoławczych prowadzonych pod sygn. akt: KIO 1814/18, KIO 2060/18, KIO 2314/18), w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny skierowanego do Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego udzielonych pismem z dnia 23 października 2018 r., informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego wykonawcy Konica Minolta, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 grudnia 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego, dowodów z ofert z innych postępowań. Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Nadto, przeprowadzenie ww. dowodów spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp), a sam fakt iż podmioty w innych postępowaniach w sposób odmienny kształtowały swoje wynagrodzenie nie może stanowić zarzutu.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest świadczenie usług wdrożenia systemu monitorowania i zarządzania wydrukami oraz outsourcingu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących przeznaczonych dla jednostek i komórek organizacyjnych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, dalej „OPZ”, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez okres 41 miesięcy od dnia podpisania Umowy usług związanych z Outsourcingiem urządzeń, Systemem

Wydruku, Środowiskiem Urządzeń Drukujących, Serwisem urządzeń, Serwisem systemu oraz Optymalizacją usługi, usługi outsourcingu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących oraz usługi w modelu SaaS, obejmującej system monitorowania oraz zarządzania wydrukami. Przedmiotem dostawy w ramach zamówienia jest m.in. 280 sztuk urządzeń standardu D1, 527 sztuk urządzeń standardu D2 oraz 53 urządzenia standardu D3. Zamawiający opisał również w OPZ minimalne wymagania funkcjonalne dla parku maszyn dostarczonego przez wykonawcę, określając parametry minimalne urządzeń D1, D2 i D3, a także wymagania dotyczące ich rozmieszczenia, instalacji, relokacji, serwisu i szkoleń.

Zamawiający określił zgodnie z Rozdziałem XXIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, że złożone oferty będą ocenione w oparciu o następujące kryteria oceny ofert: całkowita cena brutto z wagą 90% oraz parametry techniczne (minimalna szybkość wydruku mono stron/min) urządzeń typu D1, D2 i D3 z wagą 10%. Kryterium cena brutto została przy tym podzielona na trzy dodatkowe podkryteria: Dzierżawa urządzeń - max 60%, gdzie cena dzierżawy urządzeń D1 wynosiła 15%, cena dzierżawy urządzeń D2 wynosiła 40% i cena dzierżawy urządzeń D3 wynosiła 5%, Wydruk monochromatyczny max 10% oraz Wydruk kolorowy max 20%. Zamawiający wskazał również w SIWZ szczegółowe zasady obliczania punktów w podkryteriach w oparciu o podane wzory matematyczne.

OPZ zawierał również w części 3 opis modelu kosztowego oferty, wskazując w jaki sposób wykonawcy powinni dokonać rozpisania i przydziału kosztów dotyczących poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia. I tak Zamawiający określił w pkt 3.1.5 OPZ, że koszty dzierżawy, rozliczane miesięcznie - zawierać mają wszystkie koszty związane z dzierżawą urządzeń drukujących, dostarczonym wyposażeniem dodatkowym, uruchomieniem i eksploatacją oprogramowania Systemu Wydruku (w tym opłata za maintenance), a w pkt 3.1.6 OPZ, że koszty wydruku, rozliczane miesięcznie - zawierać mają wszystkie koszty związane z eksploatacją wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, serwisem urządzeń, w tym wymianą materiałów eksploatacyjnych (z wyłączeniem papieru i energii elektrycznej). Zgodnie zaś z pkt 3.2. wykonawca w ramach kosztów dzierżawy oraz kosztów wydruku powinien być uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 17.310.670,68 zł brutto. W wyznaczonym terminie złożono cztery oferty: wykonawcy Wasko S.A. na kwotę 17.123.806,13 zł, wykonawcy Ricoh Polska Sp. z o.o. na kwotę 17.156.349,01 zł, wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. na kwotę 14.381.498,02 zł oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 19.976.931,35 zł.

Pismem z dnia 17 października 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia, na podstawie art. 90 ust. 1 oraz 1a pkt 1 ustawy Pzp, szczegółowych wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny kosztu istotnych części składowych oferty. W dniu 23 października 2018 r. Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia wraz z dowodami, których treść została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W toku badania ofert, Zamawiający dokonał skutecznego odtajnienia treści wyjaśnień, z wyłączeniem cen specjalnych zaoferowanych przez firmę HP Inc Polska Sp. z o.o. oraz cen i danych identyfikujących jednego z dostawców.

W dniu 14 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Euvic Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie oraz eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego co do braku wykazania interesu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania. Przystępujący podnosił, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, zatem możliwość, aby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza jest czysto teoretyczna, tym samym nie wykazał on interesu we wniesieniu odwołania.

Izba podziela stanowisko, że zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć (zresztą takiego oświadczenia Zamawiający nie złożył w niniejszym postępowaniu odwoławczym), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego odrzucenie oferty,

nawet przekraczającej budżet Zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania.

Izba uznała zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny za zasadny. Izba ustaliła, że w zakresie kryterium cenowego można było uzyskać 90 pkt (90%), z czego maksymalnie 60 pkt (60%) otrzymywał wykonawca za cenę dzierżawy urządzeń, za cenę wydruku monochromatycznego — 10%, a za cenę wydruku kolorowego — 20%. Nadto, Zamawiający podzielił przyznawanie punktów ze względu na cenę poszczególnych rodzajów urządzenia, tj. urządzenie typu D1 — 15%, urządzenie typu D2 — 40% a urządzenie typu D3 — 5%.

Wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do oferty Formularz cenowy zawierający cztery tabele, gdzie w pierwszej (Informacje ogólne) należało podać cenę łączną urządzeń (zarówno netto jak i brutto) za koszt dzierżawy urządzeń, koszt wydruku, koszt dostawy kart HID, prawo opcji (10% sumy ww. pozycji). W drugiej tabeli (koszt dzierżawy urządzeń) należało wskazać m.in. ceny za jeden miesiąc dzierżawy urządzeń D1, D2 i D3, przy czym Zamawiający określił liczbę poszczególnych urządzeń. W trzeciej tabeli (koszt wydruku) należało podać m.in. cenę za jeden wydruk A4 mono i A4 kolor, przy czym Zamawiający wskazał szacowaną liczbę wydruków w sztukach. Czwarta zaś tabela dotyczyła kosztu dostawy kart HID. Odwołujący w formularzu cenowym w tabeli drugiej wskazał, że koszt dzierżawy urządzeń D1 (cena netto za jeden miesiąc) będzie wynosił 11 zł, D2 – 15 zł, D3 – 749 zł.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz 1a pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wliczenia ceny, kosztu istotnych części składowych złożonej oferty, w szczególności art. 90 ust. 1 pkt 1) -5) ustawy Pzp, wyjaśnienie winno wykazać czy cena, kosztu istotnych części składowych, zaoferowana w tabeli w pkt 2 „Koszt dzierżawy urządzeń”, w kolumnie Cena netto za jeden miesiąc w zakresie Typu urządzeń D1 oraz D2 uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze wskazane w Załączniku nr do SIWZ — Opis Przedmiotu Zamówienia. *Wyjaśnienie powinno w szczególności uwzględniać wszelkie koszty i czynniki / elementy cenotwórcze związane opisanymi w poniższej punktami Załącznika nr 1 do SIWZ — Opis Przedmiotu Zamówienia:*

- 1. Pkt 3.1.5. oraz 3.1.6 — zawierające opis modelu kosztowego i podział kosztów na koszty dzierżawy oraz koszty wydruku,*
- 2. Pkt 3.2 — stanowiący o obowiązku uwzględnienia wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w kosztach dzierżawy i kosztach wydruku,*
- 3. Pkt 1.1 oraz 1.2 opisujące zakres wdrożenia systemu wydruku oraz dzierżawy urządzeń i środowisko urządzeń drukujących wskazujące na koszty związane z wdrożeniem i*

uruchomieniem systemu wydruku oraz dostawą, instalacją i uruchomieniem urządzeń drukujących,

4. Pkt 5.1 — opisujący wymagania dotyczące systemu wydruku,

5. Pkt 5.2 - opisujący minimalne wymaganie funkcjonalne dla urządzeń dostarczonych przez wykonawcę, stanowiący o parametrach dostarczonych urządzeń i wyposażeniu dodatkowym

6. pkt 5.2.2. - dostarczenie instalację i konfigurację oprogramowania OCR

7. Pkt 5.7 — określający wymagania dot. szkoleń w zakresie wdrożenia systemu wydruku w szczególności:

a. szkolenia administratorów Zamawiającego,

b. materiały szkoleniowe,

c. szkolenie użytkowników.

8. Pkt 4.1.1.1. — dot. zmiany ilości urządzeń określonej w zamówieniu podstawowym,

9. Pkt. 4.1.1.2 - zastąpienia urządzeń jednego typu przez urządzenia innego typu,

10. Pkt 4.1.1.3. – relokacja urządzeń wynikająca z optymalizacji

11. Pkt 5.6.1. oraz 5.6.4. — opisujące zakres świadczenia usługi serwisu systemu,

12. Pkt 5.5.2, 5.5.3. oraz 5.5.4. — wskazujące na zakres świadczenia usługi serwisu urządzeń,

13. Pkt 5.5.8. oraz 5.5.9 — określające zasady wymiany i usuwania zużytych materiałów eksploatacyjnych.

14. Załącznik nr 2, nr 3 i nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia — wskazujące na ilości urządzeń oraz lokalizację dostarczonych urządzeń i świadczonych usług.

Wyjaśnienie powinno uwzględniać szczegółową kalkulację cenową, zawierającą wszelkie koszty i czynniki / elementy cenotwórcze odrębnie dla każdego typu urządzeń D1 oraz D2. Dodatkowo wyjaśnienia powinny uwzględniać okoliczności i dowody świadczące o różnicy zaoferowanego przez Państwa kosztu dzierżawy urządzeń typu D1 i D2 w stosunku do kosztu dzierżawy urządzenia typu D3 wskazanego w na stronie 000009 oferty w tabeli w pkt 2. „Koszt dzierżawy urządzeń”, w kolumnie Cena netto za jeden miesiąc. Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.

Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, na podstawie których Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty, podnosząc wprawdzie, że Odwołujący w wyjaśnieniach nie uwzględnił zakresu usług, które wykonuje podmiot udostępniający potencjał w zakresie optymalizacji usługi i czynności redukcji, relokacji i

wymiany wielofunkcyjnych urządzeń drukujących. Zdaniem Zamawiającego koszty relokacji powinny być ujęte w kosztach dzierżawy urządzeń, a dodatkowo w wyjaśnieniach nie wskazano składnika serwisowego.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 1 OPZ *przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez okres 41 miesięcy od dnia podpisania Umowy usług związanych z Outsourcingiem urządzeń, Systemem Wydruku, Środowiskiem Urządzeń Drukujących, Serwisem urządzeń, Serwisem systemu oraz Optymalizacją usługi, usługi outsourcingu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących oraz usługi w modelu SaaS, obejmującej system monitorowania oraz zarządzania wydrukami (zwany Systemem Wydruku w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.).*

Zgodnie z definicjami zawartymi w OPZ System Wydruku to *usługa świadczona przez Wykonawcę w ramach której Zamawiający będzie miał możliwość audytowania, zarządzania i monitorowania: funkcji drukowania, kopiowania, skanowania oraz pracy Środowiska Urządzeń Drukujących, a Serwis Urządzeń oznacza usługę obejmującą pełną obsługę wielofunkcyjnych urządzeń drukujących dostarczonych przez wykonawcę, w tym ich naprawę, konserwację, okresowe przeglądy wymagane wskazaniem producenta, wymianę zużytych lub uszkodzonych części albo podzespołów, wymianę wszelkich zużytych materiałów eksploatacyjnych.*

Model kosztowy został określony w pkt 3 OPZ, gdzie Zamawiający określił, że koszty dzierżawy, *rozliczane miesięcznie — zawierają wszystkie koszty związane z dzierżawą urządzeń drukujących, dostarczonym wyposażeniem dodatkowym, uruchomieniem i eksploatacją oprogramowania Systemu Wydruku (w tym opłata za maintenance) (pkt 3.1.5), a koszty wydruku, zgodnie z pkt 3.1.6, rozliczane miesięcznie — zawierają wszystkie koszty związane z eksploatacją wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, Serwisem urządzeń, w tym wymianą materiałów eksploatacyjnych (z wyłączeniem papieru i energii elektrycznej).*

Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie był uprawniony do uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Rzeczywiście ceny za dzierżawę urządzeń D1 i D2 są zdecydowanie niższe od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Niemniej istotne jest, aby były to ceny takie, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę staje się opłacalne. Konieczne jest tu zobiektywizowanie analizy i ustalenie, czy cena jest niewiarygodna na tyle, że nie pozwala na wykonanie zamówienia. Przy czym ocena rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od konkurencji. Samo porównanie usług z usługami konkurencji, które są droższe – nie jest w takim przypadku właściwie zastosowaną metodą ustalania oferty rażąco niskiej. Również porównanie do innego

postępowania, w którym uczestniczył Odwołujący, nie jest słuszne, bowiem informacje te są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Zdaniem Izby nieuprawnione są twierdzenia Zamawiającego jakoby Odwołujący winien przedstawić zestawienie cenowe dla urządzeń D3 (podobne jak w przypadku urządzenia D1 czy D2), przynajmniej z wezwania do wyjaśnień takie żądanie wprost nie wynikało. Samo przeświadczenie Przystępującego, że jedynym prawidłowym i wiarygodnym sposobem wykazania różnicy w kosztach dzierżawy za poszczególne urządzenia było przedstawienie wszystkich elementów cenotwórczych dla każdego z urządzeń (czyli nie tylko dla D1 i D2, lecz również dla D3) to za mało, tym bardziej, że wezwanie nie zawierało takiego wymogu. W ocenie Izby, jeśli zamawiający nie sprecyzuje wezwania w jakimś zakresie, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby treść wezwania do złożenia wyjaśnień jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający domagał się wyjaśnień w zakresie kosztów dzierżawy urządzeń D1 i D2. Wezwanie nie odnosiło się do tabeli trzeciej, dotyczącej kosztów wydruku. Zatem, Odwołujący był uprawniony do przedstawienia jedynie kosztów dzierżawy urządzeń, zgodnie z modelem określonym w pkt 3 OPZ. Natomiast Serwis urządzeń został wskazany jako element kosztów wydruku, zgodnie z pkt 3.1.6 OPZ. Oznacza to, że wszelkie koszty osobowe związane z czynnościami mieszczącymi się w zakresie definicji Serwisu urządzeń winny zostać ujęte w kosztach wydruku urządzeń, a nie, jak przyjmuje Zamawiający, w kosztach dzierżawy urządzeń. W związku z powyższym nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego o braku składnika serwisowego w wyjaśnieniach, skoro w tabeli nr 7 wyjaśnień ujęte zostały koszty Odwołującego dotyczące kosztów dzierżawy urządzeń, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 17 października 2018 r.

Odnosząc się do zaniechania uwzględnienia w kosztach dzierżawy urządzeń kosztów relokacji należy wskazać, że zgodnie z pkt 1.3. OPZ redukcja, relokacja i wymiana urządzeń jak również czynności wynikające z prawa opcji są czynnościami dokonywanymi na zlecenie Zamawiającego i w ramach wynagrodzenia (zgodnie z pkt 5.4.1.). Odwołujący w pkt 7-9 wyjaśnień podniósł, że koszty zmiany, zastąpienia i relokacji urządzeń ujęte są w ramach opłat serwisowych, a w konsekwencji są nimi objęte również koszty ewentualnych podmiotów trzecich realizujących część przedmiotu zamówienia na zlecenie Odwołującego. Skoro tak, a koszty serwisowe nie stanowią kosztów dzierżawy urządzeń, których dotyczyło wezwanie to nie sposób czynić zarzutu Odwołującemu w tym zakresie. Izba uznała również, że postanowienia SIWZ nie były na tyle precyzyjne, że wskazywały tylko jedną możliwość uwzględnienia tychże kosztów w konkretnej pozycji cenowej. Nawet Przystępujący

wskazując, że niektóre koszty winny zawierać się zarówno w kosztach dzierżawy urządzeń, jak i w kosztach wydruku, nie podał konkretnego postanowienia z SIWZ.

W dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego (pkt 3 i 4) Zamawiający stwierdzał, że elastyczne postanowienia SIWZ dotyczące możliwego, w szczególności zmniejszenia liczby urządzeń lub zastąpienia urządzeń jednego typu urządzeniami drugiego typu w trakcie trwania kontraktu, a tym samym obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, powinny wpływać na jego rentowność, a tym samym powinny być ujęte w ofercie Odwołującego. Izba podziela stanowisko Odwołujący, że zarzuty w tym zakresie są niezrozumiałe i w sposób nieuprawniony prowadzą do skorzystania przez Zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach swój zysk oraz opisał model w jakim usługi te są świadczone, podkreślając, że urządzenia podlegają strategii dwufazowego wykorzystania sprzętu.

Jednocześnie Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 4 OPZ (Prawo opcji) w okresie obowiązywania zawartej umowy Zamawiającemu przysługuje następujące prawo:

4.1.1. W zakresie dzierżawy urządzeń (pkt 5.4):

4.1.1.1. do zmiany ilości urządzeń określonej w zamówieniu podstawowym (pkt 5.2.3.);

4.1.1.2. do zastąpienia urządzeń jednego typu przez urządzenia innego typu (np. zastąpienie dostarczonych urządzeń typu D1 na urządzenia typu D2) (...)

4.2. Wartość Prawa Opcji w zakresie realizacji Umowy wynosi 10% łącznej wartości Umowy (łącznie koszty dzierżawy, wydruku i dostaw kart HID (Class) podane w złożonej ofercie). Sposób wykorzystania Prawa Opcji (przeznaczenie środków) pozostaje do wyboru Zamawiającego i może być realizowany w postaci jednego lub większej liczby Zamówień

Zgodnie z pkt 5.4 OPZ Dodatkowe informacje związane z Optymalizacją Usługi - 5.4.1. Zamawiający w ramach wynagrodzenia określonego w umowie zastrzega sobie prawo do:

5.4.1.1. zlecenia przeprowadzenia relokacji maksymalnie 10% wszystkich dzierżawionych urządzeń w okresie świadczenia usług Outsourcingu urządzeń w terminie 14 dni od daty przekazania przez Zamawiającego pisemnego zlecenia przeniesienia tychże urządzeń;

5.4.1.2. samodzielnej relokacji urządzeń w obrębie tej samej lokalizacji. W takim przypadku Zamawiający uzgodni z Wykonawcą szczegóły techniczne niezbędne do przeprowadzenia relokacji, o której mowa i poinformuje Wykonawcę o takim fakcie z 7-dniowym wyprzedzeniem;

5.4.1.3. redukcji maksymalnie 10% liczby wszystkich dzierżawionych urządzeń w okresie świadczenia usług Outsourcingu — koszt miesięcznej opłaty z tytułu dzierżawy urządzeń zostanie pomniejszony o miesięczny koszt dzierżawy zredukowanego urządzenia, zgodnie ze złożoną ofertą;

5.4.1.4 zamiany maksymalnie 10% liczby urządzeń pomiędzy standardami wymienionymi w pkt 5.2.3,) niniejszego dokumentu (np. zmiana 10 szt. standardu D1 na D2) — koszt miesięcznej opłaty z tytułu dzierżawy urządzeń zostanie stosownie skorygowany o różnicę pomiędzy miesięcznym kosztem dzierżawy urządzenia dotychczasowego, a miesięcznym kosztem dzierżawy urządzenia nowego.

Zatem, zmniejszenie liczby urządzeń lub zastąpienie urządzeń jednego typu urządzeniami drugiego typu w trakcie trwania umowy dotyczy maksymalnie 10% liczby urządzeń. Nie sposób więc na tej podstawie, biorąc pod uwagę skalę prawa opcji oraz ceny zaoferowane przez Odwołującego, stwierdzić, że realizacja niniejszego zamówienia nie przyniesie zysku, nawet przy założeniu, że wartość Prawa Opcji w zakresie realizacji Umowy wynosi 10% łącznej wartości Umowy, bowiem postanowienia SIWZ należy czytać łącznie.

Zamawiający podnosił również (pkt 5 i 6 informacji o odrzuceniu), że załączone do wyjaśnień dwie oferty handlowe nie zawierają szczegółowych składników cenotwórczych, a także, że w związku z dopiskiem o ustaleniu pozostałych warunków handlowych w późniejszym terminie, nie jest w stanie określić ostatecznego zakresu ofert. W tym zakresie Izba odnie się do ww. zarzutów łącznie. Izba ustaliła, że do wyjaśnień Odwołującego załączono m.in. dwie oferty podmiotów, w których podano ryczałtowe kwoty za dzierżawę poszczególnych urządzeń. Zdaniem Zamawiającego *brak szczegółowych składników w ofertach w ramach współpracy biznesowej, wewnątrz konsorcjum, nie zwalniają Wykonawcy z obowiązku ujawniania szczegółowych składników cenotwórczych, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego*. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić, bowiem Zamawiający, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczącej zaoferowanej ceny, ograniczył się w zasadzie do przytoczenia postanowień z OPZ, nie precyzując równocześnie szczegółowych pytań. Nie wskazał, że oczekuje wyszczególnienia kosztów związanych z kwotami prezentowanymi przez podmioty trzecie. W sytuacji, gdy cena jest pochodną wartości wielu czynników i efektem negocjacji z różnymi podmiotami, wykonawca może mieć problem z ustaleniem, które z nich konkretnie wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego. Nadto, Izba ustaliła, że na stronie 12 wyjaśnień, opisując koszt wdrożenia systemu oraz instalacji sprzętu wskazano, że konkretny podmiot złożył najkorzystniejszą ofertę na wdrożenie urządzeń wielofunkcyjnych rozwiązania będącego przedmiotem postępowania, natomiast w ofercie załączonej do wyjaśnień opisany został przedmiot składanej oferty obejmujący: instalację on-site urządzeń drukujących wraz z transportem we wskazane miejsca, konfigurację urządzeń w zakresie określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ (OPZ), odbiór pustych opakowań po urządzeniach po zakończeniu instalacji, szkolenie użytkowników oraz deinstalację i odbiór urządzeń po zakończeniu kontraktu.

Izba nie podzieliła także argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do zarzutu (pkt 7 informacji o odrzuceniu), że w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach nie wykazano w pełni okoliczności i dowodów świadczących o różnicy kosztów dzierżawy pomiędzy urządzeniami typu D1 i D2 w stosunku do kosztów dzierżawy urządzeń typu D3. W ocenie Izby Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił informacje dotyczące różnicy cenowej pomiędzy urządzeniami D1 i D2 a urządzeniami D3. Jednocześnie, wezwanie Zamawiającego nie precyzowało żądania przedłożenia zestawienia cenowego dla urządzenia D3, zatem powoływanie się na tę okoliczność w informacji o odrzuceniu jest bezprzedmiotowe.

Zamawiający zarzucał również Odwołującemu (pkt 8 informacji o odrzuceniu), że nie wykazano kosztów osobowych. Skoro, jak już wyżej wskazano Serwis urządzeń został ujęty jako element kosztów wydruku, to wszelkie koszty osobowe związane z czynnościami mieszczącymi się w zakresie definicji Serwisu Urządzeń ujęte zostały w kosztach wydruku, a nie w kosztach dzierżawy urządzeń, których przedstawienia żądał Zamawiający w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zarzucał też w pkt 9 informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że załączona do wyjaśnień oferta nie zgadza się z podsumowaniem kosztów oraz zysków opisanych w tabeli nr 7 na str. 12 wyjaśnień, a także, że w tabeli 4 na str. 11 wyjaśnień Odwołujący wykazał wyliczenia kosztu dla 41 miesięcy, podczas gdy oferta innego podmiotu przedstawia wyliczenia dla 39 miesięcy. Izba dała wiarę argumentacji Odwołującego, że kwoty podane w euro to różnica między ceną specjalną uzyskaną na potrzeby oferty a wartością procentową ceny nominalnej tego samego urządzenia w tej samej konfiguracji według standardowych cen dla partnerów realizujących kontrakty usług druku. Odwołujący podkreślał równocześnie, że przedłożony wraz z wyjaśnieniami dokument jest przedwstępną ofertą, na finansowanie udzielane w polskich złotych i nie może zawierać informacji o cenach zakupu urządzeń, gdyż zostało to zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zresztą stwierdzenie Zamawiającego, że kwoty w tabeli podano w euro, natomiast wyliczenia znajdujące się w ofercie w polskich złotych, w żaden sposób nie potwierdza rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, że wskazana przez Zamawiającego różnica w liczbie miesięcy rozliczeniowych wynika z 60 dniowego terminu płatności, który obowiązuje Odwołującego u oficjalnego dystrybutora.

Następnie, Zamawiający w pkt 10 informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego uznał, że oferta oparta o promocyjną cenę zakupu licencji, w związku z możliwością realizacji przez Zamawiającego prawa opcji i zamówienia w okresie do 41 miesięcy od jej zawarcia kilku tysięcy nowych urządzeń D1 i D2 poprzez nieuwzględniony w ofercie kosztach popromocyjnych licencji, stanowi o ofercie z rażąco niskim kosztem w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zgadzał się z postawioną tezą i podnosił, że nie ma ona

uzasadnienia w postanowieniach SIWZ, bowiem zgodnie z pkt 2.3 OPZ *Przeznaczenie systemu: Funkcjonalnością Systemu Wydruku objętych będzie:*

2.3.1. max. 12 000 użytkowników Zamawiającego objętych systemem AD;

2.3.2. 860 (+/- 10%) wielofunkcyjnych urządzeń drukujących dostarczonych przez Wykonawcę w ramach Outsourcingu urządzeń (liczba ta może ulec zmianie w wyniku realizacji Prawa Opcji i Optymalizacji usługi);

2.3.3. około 1471(+/- 20%) urządzeń drukujących Zamawiającego, o których mowa w pkt. 2.4.1.2.

Odwołujący podnosił, że jego oferta zakłada wykorzystanie przez Zamawiającego prawa opcji i optymalizacji usługi w zakresie wskazanym w SIWZ i zapewnia taką liczbę licencji, która - w razie konieczności - obsłuży wskazaną w SIWZ dodatkową liczbę urządzeń. System licencjonowany jest per urządzenie wielofunkcyjne z funkcjonalnością wydruku podążającego, więc promocja zapewnia liczbę licencji wyższą niż maksymalna potrzeba Zamawiającego w tym zakresie - $860 + 10\% = 946$ sztuk.

Izba uznała zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rzekomej zmiany treści oferty za zasadny. Zgodnie z Rozdziałem XXVII pkt 1 SIWZ Zamawiający wymagał wskazania w treści JEDZ zarówno części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, jak i podania firm tych podwykonawców. Natomiast zgodnie z Rozdziałem XII pkt 5 SIWZ Wykonawca winien podać części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, jeżeli jest już wiadome Wykonawcy, jakim podwykonawcom zamierza powierzyć wykonanie tych części. Izba ustaliła, że Odwołujący w treści JEDZ w części II sekcji D zadeklarował, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia.

Następnie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 23 października 2018 r. Odwołujący wskazał, że *Szkolenia w ramach wdrożenia zostaną wykonane przez Bluebrain sp. z o.o. s.k. przy współpracy z dostawcami HP oraz OneQ, co potwierdzają załączniki do niniejszego pisma. Jako dowód załączył ofertę HP (gdzie wskazano, że w ramach wsparcia sprzedaży produktów HP, HP Inc Polska przeprowadzi cykl szkoleń) oraz OneQ (gdzie podano, że *Szkolenia zostaną wykonane zgodnie z wymogami klient', opisanymi w dokumentacji postępowania*).*

Z treści załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oświadczeń podmiotów nie sposób wywieść, że będą one podwykonawcami realizującymi zamówienie. Nadto, Odwołujący w wyjaśnieniach oświadczył, że szkolenia w ramach wdrożenia zostaną wykonane przez jednego z konsorcjantów przy współpracy z dostawcami. W ocenie Izby współpraca taka może, lecz nie musi, mieć charakteru podwykonawstwa, zaś strony zgodnie z zasadą swobody

umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego.

Nadto, Izba wskazuje, że oświadczenie o podwykonawcach, nie stanowi treści oferty. Zatem wskazanie konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie nie jest elementem oferty, który nie może ulec zmianie. Jeśli Zamawiający nie zmodyfikuje w szczególności przepisów ustawy Pzp, to zakres prac podwykonawcy nie jest objęty zakresem treści oferty, nie przekłada się więc na treść przyszłego zobowiązania. W związku z powyższym nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, że wskazanie po złożeniu oferty podwykonawców, mimo wcześniejszego zastrzeżenia samodzielnego wykonania zamówienia stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty.

Odnosnie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie opisanym w informacji o odrzuceniu Izba uznała, że jest on zasadny. Różnice cenowe między dzierżawą za urządzenie D1 i D2 w stosunku do urządzeń D3, nie oznaczają jeszcze same przez się, że wykonawca ten utrudniał innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, czyn ten musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej, a Zamawiający nie udowodnił, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Nie wykazano również z jakimi dobrymi obyczajami były sprzeczne działania podjęte przez Odwołującego. Konkurowanie ceną wpisuje się w strategię prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością w określonej branży. „Zoptymalizowanie” kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi o nieuprawnionym działaniu ze strony Odwołującego. Wykonawca podjął kroki, które uważał za konieczne, aby uzyskać zamówienie, nie naruszając swoim postępowaniem sytuacji innych wykonawców, którzy to zamówienie chcieli uzyskać. Izba uznała więc, że nie wykazano okoliczności potwierdzających, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: