Sygn. akt: KIO 987/19

WYROK

z dnia 13 czerwca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2019 roku przez wykonawcę Trias Avi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Narodowy Bank Polski w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Group AV spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Q-Fidelity spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 987/19 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Obsługa serwisowa ekspozycji Centrum Pieniądza NBP tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Group AV spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Q-Fidelity spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

   Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Obsługa serwisowa ekspozycji Centrum Pieniądza NBP, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Group AV spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Q-Fidelity spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

   W pozostałym zakresie zarzutów, żądań nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Narodowy Bank Polski w Warszawie

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Trias Avi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Narodowego Banku Polskiego na rzecz wykonawcy Trias Avi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 987/19

UZASADNI EN I E

Zamawiający - Narodowy Bank Polski - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Obsługa serwisowa ekspozycji Centrum Pieniądza NBP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutym 2019 roku pod numerem 2019/S 040-090796.

30 maja 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Group AV spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Q-Fidelity spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Oferta Konsorcjum"), a w konsekwencji wyborze Oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 punkt 1-4 i 6 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy w związku z postanowieniami rozdziału 3 ust 1 ust. 1 pkt 1) - 3) i rozdziału 17 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w związku z treścią Oferty oraz Załącznika nr 6 do Oferty Konsorcjum [załącznik nr 4 do SIWZ] przez dokonanie wyboru Oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w wyniku przyznania jej 100 punktów podczas, gdy Oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu albowiem cena ofertowa Oferty Konsorcjum została skalkulowana przy pominięciu istotnych składników świadczenia [zakresu zamówienia];

2) art. 89 ust. 1 punkt 1-4 w związku z art. 91 ust. 1 pzp w związku z postanowieniami rozdziału 3 ust 1 ust. 1 pkt 1) - 3) i rozdziału 17 SIWZ, w związku z treścią Załącznika nr 6 do Oferty Konsorcjum [załącznik nr 4 do SIWZ] przez dokonanie wyboru Oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w wyniku przyznania jej 100 punktów podczas, gdy Oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu albowiem cena ofertowa Oferty Konsorcjum została skalkulowana na poziomie rażąco niskim;

3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz dokonanie wyboru Oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z postanowieniami SIWZ a także przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych albowiem cena ofertowa Oferty Konsorcjum została skalkulowana przy pominięciu istotnych składników świadczenia [zakresu zamówienia] lub na poziomie rażąco niskim.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie Oferty Konsorcjum oraz przyznanie Odwołującemu, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 2) ppkt. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2017 Nr 47) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków oraz dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ jest wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta mieszcząca się w budżecie przeznaczonym przez Zamawiającego na realizację zamówienia została oceniona jako druga z przyznanymi 93 punktami. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. postanowień SIWZ oraz przepisów Ustawy, interes TRIAS w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta złożona przez TRIAS. Nie może, zatem budzić wątpliwości, że objęte Informacją czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez TRIAS - polegającej na uniemożliwieniu TRIAS uzyskania zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący przytaczając postanowienia Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (dalej SWIZ) z rozdziału 17, Załącznika nr 4 do SIWZ - Formularz Cenowy podał, że nie ulega wątpliwości w jego ocenie, że kryterium oceny ofert zostało opisane przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i nie pozwalający na jakąkolwiek dowolność w kształtowaniu tych kryteriów przez oferentów. Odwołujący przywołał rozdział 3 ust. 1 SIWZ wyjaśniając, że postanowienia te zostały przeniesione do § 2 Przedmiot Umowy zawartych w Załącznik nr 12 do SIWZ - Wzór umowy, z dodaniem § 2 ust. 4 i 5. Odwołujący wskazał pismo z dnia 20 marca 2019r. nr SEZ/DKRZ-WPO-AW-241-0002/DA/18 i udzielone odpowiedzi na pytania nr 5 i 18.

W odniesieniu do treść Oferty Konsorcjum Odwołujący podał, że w Ofercie - formularzu ofertowym złożonym na Platformie Zakupowej NBP zawierającym wyodrębnione miejsce na informacje dotyczące ceny oferty zakładka „Oferta", sekcja „Lista pozycji", pozycja „Cena oferty brutto" wskazało Cenę 2 970 400 zł. netto, co stanowi 3 653 592,00 zł. brutto. Jednocześnie w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 6 do Oferty, sporządzonym zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ wskazano sposób wyliczenia ceny przez:

- Tabela 1 pozycja 1 Usługi serwisowe Ekspozycji, wymienione w § 2 ust. 1 pkt 1)-3) umowy 2 831400,00 zł. netto, co stanowi 3 482 622,00 zł. brutto

  w tym: Obsługa techniczna i Serwis interwencyjny dla Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot suma dla Tabeli I w pozycjach od 2 do 200 - wynosi 3 482 622,00 zł. brutto

- Tabela II Usługa wsparcia technicznego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 5) umowy pozycja 1 Wsparcie techniczne wskazano cenę za 1 roboczogodzinę brutto 170,97 zł., wartość za 1 000 roboczogodzin brutto 170 970,00 zł.

W odniesieniu do wyjaśnień Oferty Konsorcjum Odwołujący podał, że pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zwracając się przy tym o udzielenie wyjaśnień, złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny i jej składowych. W odpowiedzi Lider Konsorcjum pismem z dnia 10 kwietnia 2019r. złożył wyjaśnienia w których powołał się na:

(a) wieloletnie własne doświadczenie; (b) w postępowaniu zostały złożone dwie oferty zaś różnica pomiędzy nimi wynosiła 125 179,56 zł. brutto, co może świadczyć o pewnym przeszacowaniu wartości przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego lub o rynkowości złożonych ofert (c) postępowanie prowadzone przez Muzeum Historyczne Miasta Krakowa, w którym zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 1 138 980,00 zł. brutto na realizację zamówienia, a dwie złożone oferty opiewały na kwoty 879 00,00 zł. oraz 849 272,69 zł., co w ocenie Konsorcjum miało potwierdzać rynkowość i realność zaproponowanych stawek w tym postępowaniu

Pismem z dnia 23 kwietnia 2019 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy zwrócił się o wyjaśnienie czy wartość brutto za cały okres umowy obejmuje cały przedmiot zamówienia określony w Rozdziale 3 ust 1 ust. 1 pkt 1)-3) SIWZ i we wzorze umowy w § 2 ust. 1 pkt 1-3. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie w dniu 24 kwietnia 2019r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - działając przez pełnomocnika konsorcjum - złożyli oświadczenie, w którym potwierdzili, że „[...] Ponownie oświadczamy, że złożona przez nas oferta opiewająca na ryczałtową kwotę 3 482 622,00 złotych brutto obejmuje cały przedmiot zamówienia określony w Rozdziale 3 ust 1 pkt) 1-3) Specyfikacji".

Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał w odniesieniu do sposobu kalkulacji ceny, że w ocenie Odwołującego Zamawiający wymagał z pewnością określenia i skalkulowania ceny w sposób obejmujący realizacją całego przedmiotu zamówienia definiowanego w Rozdziale 3 ust. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wzorze umowy w § 2 ust. I.Poza sporem w niniejszym odwołaniu pozostaje zakres zamówienia definiowany w Rozdziale 3 ust. 1 punkt 4 [Zlecenia drobne] i 5 [Usługi wsparcia technicznego] oraz wzorze umowy w § 2 ust. 1 punkt 4 i 5 Załącznika nr 12 do SIWZ wzór umowy.

W konsekwencji w Załączniku nr 4 - Formularz cenowy, znalazły się 2 [dwie] Tabele z opisem następujących pozycji [wierszy]: Tabela I Usługi serwisowe, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1)-3) umowy Poz. 1 Usługi serwisowe Ekspozycji, wymienione w § 2 ust. 1 pkt 1)-3) umowy, w tym: Obsługa techniczna i Serwis interwencyjny dla Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot:

Pozycje 2-200 zwierały wykaz Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot

Pozycja 201 stanowiła sumę pozycji od 2 do 200.

Tabela II Usługa wsparcia technicznego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 5) umowy Poz. 1 Wsparcie techniczne.

Odwołujący wskazał, że obrazowo można to przedstawić w ten sposób, że Zamawiający oczekiwał wskazania w ofercie ceny za wykonanie całości zamówienia wskazanej precyzyjnie w formularzu cenowym - Załącznik nr 4 do SIWZ i obliczonej poprzez sumę pozycji 1 Tabeli oraz poz. 1 Tabeli II formularza cenowego.

Zamawiający wskazał wyraźnie i w sposób nie budzący wątpliwości, jakie kwoty (za wykonanie jakich części zamówienia) powinny być wskazane w poszczególnych rubrykach Załącznika nr 4 do SIWZ Formularz cenowy, obejmującego cały zakres zamówienia. I tak:

I. Pozycja 1 Tabeli I Usługi serwisowe Ekspozycji, obejmuje ceny za wykonanie usług wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 1)-3) umowy, przy czym Ekspozycja to:

1) Sprzęt AV,

2) System aplikacji,

3) Urządzenia,

4) Gabloty,

5) Scenografia i

6) Instalacje.

[patrz; postanowienia Rozdziału 3 ust. 1 pkt) 1-3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz § 1 Definicje oraz § 2 ust. 1 pkt 1-3 wzoru umowy oraz opis do Tabeli I pozycja 1 Załącznika nr 4 do SIWZ formularz cenowy]

II. Pozycje od 2 do 200 Tabeli I zawierały ceny za wykonanie Obsługi technicznej i Serwisu interwencyjnego dla:

1) Sprzętu AV,

2) Urządzeń i

3) Gablot.

Odwołujący wskazał, że przyczyny takiego zawężenia Odwołujący upatruje w tym, że Zamawiający chciał mieć prawo do wycofania z eksploatacji Urządzeń i Sprzętu AV objętych Umową na określony czas lub całkowicie, [patrz: postanowienia § 2 ust. 4 umowy]. Odwołujący w ramach ustaleń stanu faktycznego w trakcie wizji lokalnej i zakresu usług serwisowych wynikającego z dokumentacji doszedł do przekonania, że Zamawiający nie umieścił w pozycjach od 2 do 200 Tabeli I Formularza cenowego całego Sprzętu AV i Urządzeń.

Te ustalenia zostały potwierdzone w trybie pytań i odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego [patrz: odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 5 oraz pytanie nr 18 do SIWZ],

Odwołujący wskazał, że Pozycje od 2 do 200 Tabeli I formularza cenowego nie obejmują, co najmniej:

- wykonania jednorazowego odświeżenia CP, tj. odmalowania pomieszczeń w zakresie określonym w załączniku nr 3 do Umowy [patrz: postanowienia Rozdziału 3 ust. 1 pkt) 2 litera b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz § 1 Definicje oraz § 2 ust. 1 pkt 2 litera b wzoru umowy],

- świadczenia usług serwisowych dla Urządzeń i Sprzętu AV niewymienionych w pozycjach od 2 do 200 Tabeli 1 formularza cenowego przynajmniej takich jak:

  S projektory Casio XJA257 [patrz: sala edukacyjna pozycja 5 stanowisko 05.27.MOI],

  X moduły przekaźników FutureNow FNIP-8xl6A,

  X opraw świetlnych

[patrz: odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 5 oraz pytanie nr 18, sala 5 stanowisko 05.27.M01 Załącznika nr 1 do OPU, ustalenia wizji lokalnej],

- świadczenia usług serwisowych dla Scenografii i Instalacji [patrz: postanowienia

Rozdziału 3 ust. 1 pkt) 2 litera b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz § 1 Definicje oraz § 2 ust. 1 pkt 2 litera b wzoru umowy oraz opis do Tabeli I pozycja 1 i dalsze Załącznika nr 4 do SIWZ formularz cenowy].

Odwołujący argumentował, że wartość wskazana w pozycji 1 Tabeli I formularza cenowego nie może być równa wartości wskazanej w wierszu 201, gdyż wartości te dotyczą innych zakresów. Zakres usług wymienionych w pozycji od 2 do 200, podsumowany jest w pozycji 201 Tabeli I formularza cenowego jest istotnie mniejszy niż zakres usług wskazany w pozycji 1 Tabeli I. Pozycje od 2 do 200 Tabeli I formularza cenowego nie obejmują żadnych usług serwisowych objętych przedmiotem zamówienia dotyczących co najmniej wykonania jednorazowego odświeżenia CP oraz niektórych Urządzeń i Sprzętu AV oraz Instalacji i Scenografii. Odwołujący wskazał, że dokonał powyższych ustaleń nie tylko w oparciu o dokumentację postępowania ale również jako jedyny podmiot uczestniczący w wizji lokalnej.

Odwołujący szczegółowo przedstawiając uzasadnienie podniesionych zarzutów podał, że skoro zgodnie z postanowieniami rozdziału 17 punkt 1 SIWZ: Cenę oferty ma stanowić suma wartości brutto za usługi serwisowe i Usługi wsparcia technicznego', które należy wyliczyć zgodnie ze sposobem określonym w Ofercie -formularzu cenowym i w ust 2 to TRIAS nie kwestionuje sumy dwóch [2] pozycji Oferty Konsorcjum czyli:

- Tabela I pozycja 1 Usługi serwisowe Ekspozycji, wymienione w § 2 ust. 1 pkt I)-3) umowy 2 831400,00 zł. netto, co stanowi 3 482 622,00 zł. brutto oraz

- Tabela II Usługa wsparcia technicznego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 5) umowy pozycja 1 Wsparcie techniczne wskazano cenę za 1 roboczogodzinę brutto 170,97 zł., wartość za 1000 roboczogodzin brutto 170 970,00 zł

albowiem pozostają one zgodne z zaoferowaną w formularzu ofertowym złożonym na Platformie Zakupowej NBP Ceną wynoszącą 3 653 592,00 zł. Poza sporem pozostaje zakres zamówienia definiowany w Rozdziale 3 ust. 1 punkt 4 i 5 oraz wzorze umowy w § 2 ust. 1 punkt 4 i 5 Załącznika nr 12 do SIWZ wzór umowy.

Odwołanie jest wniesione z powodu sposobu kalkulacji tej ceny w samym formularzu ofertowym - załącznik nr 6 do Oferty Konsorcjum, sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ. Odwołujący wskazał Uchwałę KIO/KU 18/19 z dnia 26 marca 2018 roku, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że co do zasady w ramach wynagrodzenia ryczałtowego brak jest jakichkolwiek podstaw do kontroli, czy też weryfikacji sposobu jego ustalenia (obliczenia). Sposób wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega kontroli pod względem jego poprawności rachunkowej - a zatem nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Jedynie skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie rażąco niskim lub pominiecie w wycenie istotnych składników świadczenia może stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty, jednak wówczas zastosowanie znajdzie odpowiednio podstawa z art. 89 ust 1 pkt 4 lub z art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p.

Odwołujący powołał orzeczenie sygn. akt KIO 827/18 z 16 maja 2018r. gdzie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku Vat.

W ocenie Odwołującego, Oferta Konsorcjum zawiera błąd, który winien skutkować jej odrzuceniem. W ocenie Odwołującego niedopuszczalna jest sytuacja w której kwota wskazana w pozycji 1 Tabeli I Formularza cenowego odpowiada kwocie wskazanej w pozycji 201 Tabeli I Formularza cenowego, a taka ma miejsce w Ofercie Konsorcjum. Wynika to wprost z treści zakresu zamówienia opisanego w rozdziale 3 SIWZ, Załącznika nr 4 do SIWZ, Załączniku nr 12 czyli umowie oraz treści pytań i odpowiedzi Zamawiającego, zgodnie z którymi:

I/I/ załącznikach nr 1, 2 i 3 do OPU ujęte są wyłącznie Sprzęt A V, Urządzenia i Gabloty. Zgodnie z §2 ust 1 wzoru Umowy, Przedmiotem Umowy objęte są kompleksowo usługi w zakresie Obsługi technicznej oraz Serwisu interwencyjnego wszystkich elementów Ekspozycji, w tym również Systemu aplikacji, Scenografii i instalacji.

W Ofercie - Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, w pozycjach od 2 do 200, wymienione zostały wyłącznie te elementy ekspozycji, dla których Zamawiający wymaga podania przez Wykonawcę ceny jednostkowej za ich serwisowanie. Zamawiający nie wymaga podania cen jednostkowych za serwisowanie elementów niewymienionych w pozycjach od 2 do 200 Formularza cenowego.

Odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum przez wskazanie w pozycji 1 Tabeli I Załącznika nr 6 d Oferty Konsorcjum na tę samą kwotę [3 482 622,00zł.], co w poz. 201 Tabeli I tego załącznika [3 482 622,00 zł.] zawiera błąd, albowiem pomija w wycenie wartość świadczeń, które nie zostały objęte pozycjami od 2 do 200 Tabeli I tego załącznika. Oferta Konsorcjum nie może zawierać ceny obejmującej cały przedmiot zamówienia definiowany w Rozdziale 3 ust 1 ust. 1 pkt I)-3) SIWZ i we wzorze umowy w § 2 ust. 1 pkt 1-3. Z treści Oferty Konsorcjum jasno wynika, że w części w jakiej przedmiot Umowy jest szerszy zakresowo od pozycji od 2 do 200 Tabeli I, Konsorcjum nie zaoferowało Ceny. Dopuszczalną jest również hipotetyczna argumentacja, że nawet jeśli Konsorcjum objęło zakresem oferty cały zakres zamówienia to w części dotyczącej wykonania przynajmniej: jednorazowego odświeżenia CP, świadczenia usług serwisowych dla Urządzeń i Sprzętu AV niewymienionych w pozycjach od 2 do 200 Tabeli I Formularza cenowego, świadczenia usług serwisowych dla Scenografii i Instalacji, Konsorcjum nie zaoferowało Ceny lub wynosi ona „0" zł.

Oferta Konsorcjum przez przyjęcie jednej ceny zarówno w pozycji 1 Tabeli I Formularza cenowego jak i w pozycji 201 Tabeli I Formularza cenowego narusza postanowienia SIWZ, a w konsekwencji ustawy Prawo zamówień publicznych w dwojaki sposób:

1) nie obejmuje całego zakresu zamówienia definiowanego w Rozdziale 3 ust 1 ust. 1 pkt I)-3) SIWZ i we wzorze umowy w § 2 ust. 1 pkt 1-3. albowiem nie obejmuje co najmniej:

a) wykonania jednorazowego odświeżenia CP, tj. odmalowania pomieszczeń w zakresie określonym w załączniku nr 3 do Umowy,

b) świadczenia usług serwisowych dla Urządzeń i Sprzętu AV niewymienionych w pozycjach od 2 do 200 Tabeli I przynajmniej takich jak: projektory Casio XJA257, moduły przekaźników FutureNow FNIP-8xl6A, opraw świetlnych,

c) świadczenia usług serwisowych dla Scenografii i Instalacji lub

2) cena za wykonanie zakresów, o których mowa powyżej została skalkulowana na poziomie rażąco niskim bo wynoszącym „0" zł.

W ocenie Odwołującego wartość ceny usług dla pozycji 1 Tabeli I Formularza cenowego powinna być większa od wartości ceny usług dla pozycji 201 albowiem jak wykazano powyżej obejmuje ona cenę za wykonanie szerszego zakresu usług. Podkreślenia wymaga argument, że pominięte przez Konsorcjum w wycenie zakresy są istotnymi składnikami świadczenia. Oświadczenie Konsorcjum o objęciu ofertą wykonania całego zakresu zamówienia w żaden sposób nie niweluje opisanego wyżej błędu albowiem pozostaje w rażącej sprzeczności z treścią samej Oferty.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie, o co wnoszę.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 maja 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy- Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony / uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964

roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia

takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie

o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 11 czerwca 2019 roku Odpowiedź na odwołanie.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zaprezentowane w piśmie z dnia 10 czerwca 2019 roku Pismo procesowe. Izba dopuściła zawnioskowane i załączone do ww. pisma dowody. Izba dopuściła dowód (dowód nr 1) złożony i zawnioskowany przez Odwołującego w trakcie rozprawy - opracowanie własne Symulacja sposobu obliczenia najniższej ceny przeliczeniowej oferty.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w piśmie procesowym z dnia 4 czerwca 2019 roku pismo procesowe przystępującego.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w Rozdziale 15 - Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający wskazał:

1. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. W szczególności oferta musi uwzględniać wymagania Zamawiającego dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty.

2. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

3. Na ofertę, zwaną dalej Ofertą, składa się:

1) Oferta - formularz ofertowy;

2) Oferta - oświadczenia;

3) Oferta - formularz cenowy;

którą Wykonawca sporządzi i przekaże zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 2 do SIWZ.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w Rozdziale 3 - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający między innymi podał:

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę kompleksowych usług w zakresie Obsługi technicznej oraz Serwisu interwencyjnego sprzętu AV, systemu aplikacji, urządzeń, gablot, scenografii i instalacji znajdujących się w Centrum Pieniądza NBP, zwanych „usługami serwisowymi" wraz ze świadczeniem Usług wsparcia technicznego i Zleceń drobnych, w tym:

1) w zakresie Obsługi technicznej w ramach Kontroli Wykonawca zobowiązany jest do:

a) wykonywania przez pracowników Wykonawcy codziennych obchodów kontrolnych Ekspozycji, wymagających sprawdzenia prawidłowości funkcjonowania oraz estetyki wszystkich elementów Ekspozycji;

b) prowadzenia Dziennika zdarzeń, w którym odnotowywane będą wszelkie zauważone nieprawidłowości, ich kwalifikacja oraz sposób i termin ich usunięcia;

c) usunięcia Awarii i Usterek możliwych do Naprawy przez Konserwatorów;

2) w zakresie Obsługi technicznej w ramach Konserwacji, Wykonawca zobowiązany jest do:

a) wykonywania Przeglądów okresowych Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot w terminach określonych w OPU i w Dokumentacji technicznej;

b) wykonania jednorazowego odświeżenia CP, tj. odmalowania pomieszczeń w zakresie określonym w załączniku nr 3 do Umowy, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, jednakże nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy; po odświeżeniu, Wykonawca musi odtworzyć wszystkie elementy znajdujące się uprzednio się na ścianach, w tym: elementy nawigacji kierunkowej, elementy grafik naściennych, tabliczki informacyjne oraz inne elementy, które mogły zostać uszkodzone w trakcie prac;

3) w zakresie Serwisu interwencyjnego, Wykonawca zobowiązany jest do:

a) udostępnienia całodobowego numeru telefonu dla przyjmowania zgłoszeń awaryjnych Zamawiającego;

b) Naprawy poprzez Usuwanie awarii, z zachowaniem wymaganych Czasów: reakcji, przywrócenia funkcjonalności i naprawy, wraz z dostawą niezbędnych Części zamiennych;

c) zabezpieczania miejsca wystąpienia Awarii lub Usterki przed dostępem osób postronnych oraz przed rozprzestrzenianiem się skutków Awarii lub Usterki;

d) udzielenia Zamawiającemu konsultacji technicznych, dotyczących funkcjonowania elementów Ekspozycji, na zasadach opisanych w § 8 ust. 8 wzoru Umowy.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w Rozdziale 17 - Opis sposobu obliczenia ceny. Informacje w sprawie walut obcych.

1. Wykonawca określi cenę w Ofercie - formularzu ofertowym na Platformie Zakupowej NBP zawierającym wyodrębnione miejsce na informacje dotyczące ceny oferty (zakładka „Oferta", sekcja „Lista pozycji", pozycja „Cena oferty brutto". Cenę oferty ma stanowić suma wartości brutto za usługi serwisowe i Usługi wsparcia technicznego, które należy wyliczyć zgodnie ze sposobem określonym w Ofercie - formularzu cenowym i w ust. 2.

Cenę oferty, należy wpisać w aktywnym oknie w kolumnie „Cena jednostkowa brutto", a następnie przeliczyć systemowym kalkulatorem na „Cenę jednostkową netto".

2. Cenę oferty należy wyliczyć w Ofercie - formularzu cenowym, z zgodnie z poniższym sposobem:

1) wyliczyć wartość netto usług serwisowych dla Ekspozycji (poz. 1 Tabela I) za cały okres umowy jako iloczyn ceny netto za 1 miesiąc świadczenia usług serwisowych x ilość urządzeń x liczby miesięcy,

2) wyliczyć wartość brutto usług serwisowych dla Ekspozycji za cały okres zamówienia jako iloczyn wartości netto i stawki VAT, obowiązującej w dniu złożenia oferty,

3) wyliczyć wartość za świadczenie Usług wsparcia technicznego dla maksymalnej ilości 1000 roboczogodzin w okresie obowiązywania Umowy, jako iloczyn zaoferowanej ceny 1 roboczogodziny x 1000 roboczogodzin.

Suma wartości brutto za świadczenie usług serwisowych (poz. 1 Tabela I) i za świadczenie Usług wsparcia technicznego (Tabela II) stanowią cenę oferty i należy ją wpisać do Oferty - formularza ofertowego.

3. Cena oferty powinna obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia, w zakresie świadczenia usług serwisowych i świadczenia Usług wsparcia technicznego, warunki i obowiązki umowne określone we Wzorze Umowy oraz ma zawierać wszelkie opłaty publicznoprawne, w tym z uwzględnieniem postanowień ust. 4.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w Rozdziale 17 - Kryteria oceny ofert Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. Oceniane będą wyłącznie oferty nie odrzucone.

2. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się kryterium: Najniższa cena przeliczeniowa - znaczenie w ocenie 100%

3. I/I/ ramach kryterium „Najniższa cena przeliczeniowa" oferta będzie oceniana na podstawie podanych przez Wykonawcę w Ofercie - formularzu cenowym wartości brutto za świadczenie usług serwisowych oraz usługi wsparcia technicznego.

Cena przeliczeniowa oferty Wykonawcy zostanie obliczona wg wzoru:

C = Cus - Csug x 0,1 + Cwt x 0,75,

gdzie:

C - cena przeliczeniowa badanej oferty,

Cus - wartość brutto usług serwisowych dla Ekspozycji w całym okresie umowy w zł, określona w Ofercie - formularzu cenowym w poz. 1 Tabeli I ,

Csug - suma wartości brutto usług serwisowych dla Sprzętu AV, Urządzeń oraz Gablot w całym okresie obowiązywania umowy, określona w Ofercie - formularzu cenowym w poz. 201 Tabeli I;

Cwt - wartość brutto usług wsparcia technicznego dla maksymalnej ilości 1000 roboczogodzin, określona w Ofercie - formularzu cenowym w Tabeli II.

W ramach kryterium „Najniższa cena przeliczeniowa" Wykonawca może uzyskać maksymalnie 100 pkt.

Sposób dokonywania oceny oferty według wzoru: P= Cn : Cb x 100 [pkt]

gdzie:

P- punkty przyznane ofercie,

Cn - cena przeliczeniowa najniższa spośród ocenianych ofert,

Cb - cena przeliczeniowa badanej oferty.

4. Przy ocenie ofert wartość wagowa wyrażona w procentach będzie wyrażona w punktach (1%= 1 pkt). Punkty w ramach kryterium oceny ofert przyznane zostaną do 2 miejsca po przecinku (na zasadzie „odcięcia" kolejnych cyfr).

5. Oferta może uzyskać maksymalnie 100 punktów.

W załączniku nr 3 do SWIZ Oferta - oświadczenia w punkcie 3 Zamawiający wskazał następujące oświadczenie, które składali wykonawcy:

6. Oświadczamy, że akceptujemy postanowienia zawarte w SIWZ.

W załączniku nr 4 do SWIZ - Oferta - Formularz cenowy Zamawiający zawarł tabele (dwie):

Tabela I - Usługi serwisowe, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 1) - 3) umowy

W pozycji 1 w Kolumnie „Nazwa usługi" wskazano Usługi serwisowe Ekspozycji, wymienione w § 2 ust. 1 pkt 1)-3) umowy,

W wierszu poniżej (bez przyporządkowania pozycji) Zamawiający podał: w tym: Obsługa

techniczna i Serwis interwencyjny dla Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot:

następnie w kolejnych wierszach do których zostały przyporządkowane pozycje 2 - 200

w Kolumnie „Nazwa usługi" wymienione zostały poszczególne urządzenia i sprzęty

W pozycji 201 bez przyporządkowania kolumny Zamawiający podał: Razem wartość usług

serwisowych dla Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot (suma pozycji od 2 do 201):

Tabela II - Usługa wsparcia technicznego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 5) umowy
W pozycji 1 w Kolumnie „Nazwa" wskazano Wsparcie techniczne

Pod tabelami w Załączniku nr 4 do SWIZ Zamawiający zamieścił treść:

Wartość z poz.1 Tabeli I. oraz wartość z poz.1 Tabeli II stanowią cenę oferty - ich sumę należy wpisać do Oferty - formularza ofertowego
Wartość z poz. 201 w Tabeli I. zostanie użyta dla celów oceny ofert jako Csug, zgodnie z zapisami SIWZ.

W załączniku nr 12 do SWIZ - Wzór Umowy Zamawiający zawarł następujące

postanowienia:

§ 2. Przedmiot Umowy

1. Przedmiotem Umowy jest świadczenie na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę kompleksowych usług w zakresie Obsługi technicznej oraz Serwisu interwencyjnego Ekspozycji, zwanych dalej „usługami serwisowymi" wraz z Usługami wsparcia

technicznego i Zleceniami drobnymi, w tym:

a. w zakresie Obsługi technicznej w ramach Kontroli Wykonawca zobowiązany jest do:

a) wykonywania przez pracowników Wykonawcy codziennych obchodów

kontrolnych Ekspozycji, wymagających sprawdzenia prawidłowości

funkcjonowania oraz estetyki wszystkich elementów Ekspozycji;

b) prowadzenia Dziennika zdarzeń, w którym odnotowywane będą wszelkie zauważone nieprawidłowości, ich kwalifikacja oraz sposób i termin ich usunięcia;

c) usunięcia Awarii i Usterek możliwych do Naprawy przez Konserwatorów;

b. w zakresie Obsługi technicznej w ramach Konserwacji, Wykonawca zobowiązany jest do:

a) wykonywania Przeglądów okresowych Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot w terminach określonych w OPU i w Dokumentacji technicznej;

b) wykonania jednorazowego odświeżenia CP, tj. odmalowania pomieszczeń w zakresie określonym w załączniku nr 3 do Umowy, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, jednakże nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy; po odświeżeniu, Wykonawca musi odtworzyć wszystkie elementy znajdujące się uprzednio się na ścianach, w tym: elementy nawigacji kierunkowej, elementy grafik naściennych, tabliczki informacyjne oraz inne elementy, które mogły zostać uszkodzone w trakcie prac;

3) w zakresie Serwisu interwencyjnego, Wykonawca zobowiązany jest do:

a) udostępnienia całodobowego numeru telefonu dla przyjmowania zgłoszeń awaryjnych Zamawiającego;

b) Naprawy poprzez Usuwanie awarii, z zachowaniem wymaganych Czasów: reakcji, przywrócenia funkcjonalności i naprawy, wraz z dostawą niezbędnych Części zamiennych;

c) zabezpieczania miejsca wystąpienia Awarii lub Usterki przed dostępem osób postronnych oraz przed rozprzestrzenianiem się skutków Awarii lub Usterki;

d) udzielenia Zamawiającemu konsultacji technicznych, dotyczących funkcjonowania elementów Ekspozycji, na zasadach opisanych w § 8 ust. 8.

4) Wykonawca zobowiązany jest w ramach Umowy do wykonywania Zleceń drobnych, o których mowa w Rozdziale VI OPU;

5) w zakresie Usług wsparcia technicznego, Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania prac rozwojowych dla Systemu aplikacji, rozumianych jako dostosowywanie istniejącego Systemu aplikacji do zmian wynikających z potrzeb Zamawiającego, dotyczących w szczególności: rozbudowy, modyfikacji, zapewnienia dostępności, utrzymania i poprawy poziomu jakości lub inne prace nad rozwojem Systemu aplikacji na Ekspozycji.

\N piśmie z dnia 20 marca 2019 roku, Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

Pytanie 5

Czy elementy Ekspozycji wymienione w załącznikach nr 1 i nr 2 i nr 3 do OPU, które są tożsame z elementami Ekspozycji z Załącznika nr 4 do SIWZ (Oferta - formularz cenowy), są wszystkimi elementami Ekspozycji jakie są objęte Przedmiotem Umowy?
Wyjaśnienie do pytania 5

W załącznikach nr 1, 2 i 3 do OPU ujęte są wyłącznie Sprzęt AV, Urządzenia i Gabloty. Zgodnie z § 2 ust. 1 wzoru Umowy, Przedmiotem Umowy objęte są kompleksowo usługi

w zakresie Obsługi technicznej oraz Serwisu interwencyjnego wszystkich elementów Ekspozycji, w tym również Systemu aplikacji, Scenografii i Instalacji.

Pytanie 16

Załącznik nr 4 (Oferta Formularz Cenowy) do SIWZ w pozycji 1 „Usługi serwisowe Ekspozycji, wymienione w § 2 ust. 1 pkt 1)-3) umowy ” zawiera kalkulację za „wykonania jednorazowego odświeżenia CP, tj. odmalowania pomieszczeń w zakresie określonym w załączniku nr 3 do Umowy, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, jednakże nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy; po odświeżeniu, Wykonawca musi odtworzyć wszystkie elementy znajdujące się uprzednio się na ścianach, w tym: elementy nawigacji kierunkowej, elementy grafik naściennych, tabliczki informacyjne oraz inne elementy, które mogły zostać uszkodzone w trakcie prac; ”.

Pełny zakres tej usługi zgodnie z zapisami ma się odbyć w określonym czasie w ciągu 3 miesięcy od zawarcia umowy, zatem nie może stanowić wynagrodzenia rozliczanego w przeciągu 36 miesięcy jak obecnie w Załączniku nr 4.

Wnioskujemy o wyłączenie pozycji wykonania jednokrotnego odmalowania, § 2 ust.2b Umowy, z pozycji 1 załącznika nr 4 i utworzenie pozycji cenowej oddzielnej w ofercie. Płatność za tą usługę winna nastąpić w terminie 21 dni od terminu zakończenia usługi, co winno zostać ujęte odpowiednim zapisem w § 13 Umowy.

Wyjaśnienie do pytania 16

Zamawiający pozostawia zapisy Załącznika nr 4 do SIWZ (Oferta - Formularz cenowy) w pozycji 1 „Usługi serwisowe Ekspozycji, § 2 ust. 1 pkt 1) - 3) bez zmian.

Pytanie 18

Czy przygotowując ofertę dotyczącą serwisu poszczególnych elementów ekspozycji CP Wykonawca (jeśli chodzi o poszczególne ilości i rodzaje Sprzętu A V) ma się opierać tylko na formularzu ofertowym (załącznik nr 4 do SIWZ)? Istnieją rozbieżności między formularzem ofertowym (załącznik nr 4 do SIWZ) a wykazem punktów multimedialnych i Sprzętu AV (załącznik nr 1 do OPU) - np. GŁOŚNIK TYP-3 nie jest wymieniony w formularzu ofertowym a znajduje się w wykazie punktów multimedialnych i Sprzętu AV. Podobna sytuacja jest z nakładkami dotykowymi - znajdują się w formularzu ofertowym natomiast nie ma ich w wykazie punktów multimedialnych i Sprzętu A V. Prosimy o doprecyzowanie dokumentów.
Wyjaśnienie do pytania 18

Wykonawca kalkulując cenę oferty musi uwzględnić wszystkie wymagania zawarte w SiWZ i wszystkie elementy Ekspozycji, w szczególności Sprzęt AV, Gabloty i Urządzenia wymienione w załącznikach 1-3 do OPU.

1/1/ Ofercie - Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, w pozycjach od 2 do 200, wymienione zostały wyłącznie te elementy ekspozycji, dla których Zamawiający wymaga podania przez Wykonawcę ceny jednostkowej za ich serwisowanie. Zamawiający nie wymaga podania cen jednostkowych za serwisowanie elementów niewymienionych w pozycjach od 2 do 200 Formularza cenowego.

Izba zważyła:

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba podkreśla na wstępie, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania

o udzielnie zmówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego.

Ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Niezgodność treści oferty z SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo wskazania sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (w tym parametrów zmodyfikowanych przez Zamawiającego w wyniku udzielonych odpowiedzi) ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty, bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w SWIZ wymagania.

Oczywiście obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08), a odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Mogą jednakże zaistnieć sytuację, w których złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, a przyczyna tej niezgodności może być wszelaka. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, czyli nie składając określonego i wymaganego w dokumentacji postępowania oświadczenia, nie składając oświadczeń spójnych i zgodnych z wymaganiami SIWZ musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że w rozpoznawanej sprawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wyjaśnieniami z dnia 20 marca 2019 roku jednoznacznego wyartykułował, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu musi podać ceny jednostkowe dla określonych w tabeli I pozycji 2 - 200 oraz, że Zamawiający nie wymaga podania cen jednostkowych za serwisowanie elementów niewymienionych w pozycjach 2 - 200. Wyjaśnienia treści SIWZ jakich dokonał Zamawiający stają się integralną częścią SIWZ i to ta treść stanowi podstawę i źródło oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zaznaczyć, że dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Treścią oferty jest zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia, i właśnie to zobowiązanie musi być zgodne z treścią SIWZ. W rozpoznawanej sprawie w tabeli I w pozycji 1 podana przez uczestnika postępowania odwoławczego cena była równą cenie podanej w pozycji 201 tej tabeli. Co oznacza, że w pozycji 1 tabeli I nie mogły zostać ujęte pozostałe usługi serwisowe i przewidziane do realizacji czynności, które nie zostały wymienione wśród pozycji 2-200, bowiem zgodnie z postanowieniami SIWZ ceny podane w pozycjach 2-200 tabeli I stanowiły jedynie ceny za ich serwisowanie - co oznacza, że cena z pozycji 201 tabeli I stanowiąca sumę cen z pozycji 2-200 tabeli I nie ujmowała żadnych innych elementów. Przyjęty w SIWZ przez Zamawiającego sposób kalkulacji ceny w pozycjach 2-200 wyklucza możliwość wkalkulowania do tych pozycji pozostałych elementów usługi opisanych i wymaganych w tym postępowaniu przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił (odpowiedź na pytanie 18 z dnia 20 marca 2019 roku), że pozycje 2-200 obejmują tylko te elementy ekspozycji, dla których wymaga podania cen jednostkowych - czyli nie są to wszystkie elementy jakie zostały przewidziane w SIWZ przez Zamawiającego, a należy podkreślić nie było sporne między stronami tego postępowania. Jednocześnie w tych samych wyjaśnieniach Zamawiający

podał, że kalkulacja oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania zawarte w SIWZ i wszystkie elementy ekspozycji.

Izba zaznacza, że zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy nie mogli „wliczyć" cen za realizację przedmiotu zamówienia niezawartą w pozycjach 2-200 tabeli I właśnie w te pozycje, ale zgodnie z SIWZ ceny te powinni byli ująć w pozycji 1 tabeli I (poza przedmiotem sporu pozostaje cena z tabeli II oraz realizacja usług wskazanych w § 2 ust. 4 i 5 wzoru umowy). Rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednocześnie sposób prezentacji tej ceny, uwzględniając postanowienia SIWZ, jeżeli nie jest zgodny z postanowieniami SIWZ to oferta ta nie może być uznana za zgodną z SIWZ. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w cenie pozycji 1 z tabeli I wykonawca musiał ująć usługi serwisowe Ekspozycji, wymienione w § 2 ust. 1 pkt 1)-3) umowy, w tym również te z pozycji 2-200 tabeli I, skoro tego nie uczynił to oznacza, że złożył ofertę niezgodnie z postanowieniami SIWZ.

Izba podkreśla, że w trakcie rozprawy podnoszone było przez Zamawiającego, że jedyny problem, jaki miał Zamawiający na etapie badania, to była ocena kwoty ryczałtowej, wskazanej w pozycji 1 w tabeli 1, która odpowiadała sumarycznej kwocie pozycji od 2 do 200, ale Zamawiający, mając na uwadze postanowienia rozdziału 17 SIWZ, uznał za prawidłowe takie działanie wykonawcy. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe, bowiem postanowienia Rozdziału 17 SIWZ zostały przez Zamawiające uszczegółowione udzielonymi w dniu 20 marca 2019 roku wyjaśnieniami. W złożonym piśmie również nie odnosi się do własnych postanowień. Jednocześnie Zamawiający zaznacza w piśmie, że suma cen z pozycji 2- 200 powinna się zawierać w cenie z pozycji 1 tabeli I, a w skrajnym przypadku suma tych cen mogła być równa pozycji 1 tabeli I. W ocenie Zamawiającego, taki sposób kalkulacji oznaczał, że wykonawca wkalkulował wszystkie pozostałe niewyspecyfikowane ceny w cenę obsługi technicznej i serwisu interwencyjnego dla Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot. W ocenie Izby taka argumentacja Zamawiającego nie jest oparta na postanowieniach przygotowanej przez Zamawiającego SIWZ i poczynionych, wiążących również Zamawiającego wyjaśnieniach - a wręcz przeciwnie, argumentacja Zamawiającego jest niezgodna z SIWZ. Izba wskazuje, że Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może zmieniać postanowień, wymagań określonych w SIWZ, które następnie mają odzwierciedlenie w złożonych przez wykonawców ofertach. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu ma prawo oczekiwać, że te same zasady wynikające z dokumentacji postępowania zostaną zastosowane w stosunku do każdego z nich, a postanowienia SIWZ będą egzekwowane przez Zamawiającego. W ocenie Izby, w świetle wyjaśnień z dnia 20 marca 2019 roku pytanie 18, za nieprawdziwe należy uznać stanowisko Zamawiającego podane na rozprawie, że Zamawiający nie zabraniał postanowieniami SIWZ ujęcia w pozycjach od 2 do 200 wszystkich niezbędnych kosztów, jakie trzeba będzie ponieść w tym postępowaniu. W zasadzie Zamawiający nie odnosząc się w pełnym zakresie do postanowień obowiązującej SIWZ i wskazanych wymagań, nie przedstawił argumentacji dającej się ocenić pozytywnie w pryzmacie postanowień SIWZ. W ocenie Izby Zamawiający dostrzegał nieprawidłowość w działaniu uczestnika postępowania odwoławczego jak również niezgodność treści oferty tego wykonawcy z SIWZ, bowiem wezwał tego wykonawcę pismem z dnia 23 kwietnia 2019 roku do przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wskazujący w tym wezwaniu, poza przytoczeniem zakresu przedmiotowego zamówienia między innymi również na „równość" cen z pozycji 201 i pozycji 1 tabeli I. Zamawiający podał: Jednocześnie wskazali Państwo w Ofercie - Formularzu cenowym, w poz. 201, że wartość usług serwisowych dla Sprzętu AV, Urządzeń i Gablot wskazanych w poz. 2-200 wynosi także 3 482 622,00 zł brutto. W związku z powyższym prosimy o jednoznaczne wyjaśnienie, czy wartość brutto za cały okres umowy w kwocie 3 482 622,00 zł (Tabela I, poz.1 kol. 8 Oferty - Formularza cenowego) obejmuje cały przedmiot zamówienia określony w Rozdziale 3 ust. 1 pkt 1)-3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i we wzorze umowy w §2 ust. 1 pkt 1)-3). Podkreślenia wymaga również, że wezwanie to Zamawiający skierował do uczestnika postępowania odwoławczego po złożeniu przez niego wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy, tym samym w ocenie Izby Zamawiający nadal nie wiedział jaki jest zakres zaoferowanego świadczenia przez wykonawcę, przy czym pominął treść SWIZ i poczynionych do niej wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższe wezwanie za pismem z dnia 24 kwietnia 2019 roku uczestnik postępowania odwoławczego wyjaśnił, że W odpowiedzi na otrzymane wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wyjaśniamy, że jak już wskazywaliśmy w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, zaoferowana ryczałtowa cena brutto w wysokości 3.482,622,00 złotych uwzględnia wszystkie elementy i wymagania określone przez Zamawiającego w SiWZ oraz we wzorze umowy. Ponownie oświadczamy, że złożona przez nas oferta opiewająca na ryczałtową kwotę 3.482,622,00 złotych brutto obejmuje cały przedmiot zamówienia określony w Rozdziale 3 ust. 1 pkt 1) - 3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i we wzorze umowy w §2 ust.

1 pkt. 1) - 3), przez cały okres realizacji zamówienia ustalony przez Zamawiającego.

Z treści tego pisma w sposób jednoznaczny wynika, że uczestnik postępowania odwoławczego złożył swoją ofertę niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Dla oceny zgodności treści oferty z postanowieniami treści SIWZ bez znaczenia pozostaje w tym stanie rzeczy odniesienie się uczestnika postępowania odwoławczego oraz Zamawiającego do charakteru wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z ukształtowanymi w SIWZ i stających się ich integralną częścią wyjaśnieniach - wymagania Zamawiającego były jednoznaczne, a oświadczenia wykonawcy w jednoznaczny sposób potwierdzały niezgodność z tymi wymaganiami. Izba zaznacza również, że Zamawiający nawet po uzyskaniu wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy nie był nadal pewien zawartych w ofercie oświadczeń, nie był pewien ich zgodności z treścią SIWZ i dlatego skorzystał z kolejnego środka jaki dopuszcza ustawa w celu należytej i rzetelnej weryfikacji i badania ofert - wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający sam zdefiniował, że przedmiotem jego wyjaśnień jest treść złożonej oferty - inaczej być nie mogło, bowiem wyjaśniał Zamawiający złożone przez wykonawcę oświadczenie.

Nadmienić należy, że postanowienia zawarte w SIWZ i wyjaśnieniach do jej treści w zakresie złożenia oświadczenia za oferowane usługi korelowało z ukształtowanym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, w którym ocenie poddawana była cena przeliczeniowa badanej oferty, która była wynikiem działania, w którym uwzględniał Zamawiający różnicę wartości brutto usług serwisowych w całym okresie umowy, która określona była w pozycji 1 tabeli 1 oraz sumę wartości brutto usług serwisowych dla Sprzętu AV, Urządzeń oraz Gablot w całym okresie obowiązywania umowy, określoną w poz. 201 tabeli I (czyli sumę pozycji 2-200 tabeli I) pomnożone przez współczynnik 0,1.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SIWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postepowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty zgodnie z wymaganiami które sam ukształtował, i nie jest w obliczu obowiązujących przepisów uprawniony do odstępowania od tych zasad. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Izba uznała, że w związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy tj. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz złożeniem oświadczenia w sposób niezgodny z SIWZ i nierozerwalnie powiązanymi z nią wyjaśnieniami treści SIWZ zarzut ten nie znajduje uzasadnienia. Mając bowiem na względzie złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego w ofercie oświadczenie o zaoferowaniu tożsamych cen w pozycji 1 tabeli I i pozycji 201, przy czym przedmiot zamówienia pomiędzy tymi pozycjami był diametralnie różny (o czym mowa w zarzucie rozpoznawanym powyżej, co strony potwierdziły), a sposób złożenia oświadczenia co do oferowanych cen był wskazany przez Zamawiającego i wymagał podania cen w odniesieniu do całego zakresu zamówienia w § 2 ust. 1 pkt 1)-3) umowy - pozycja 1 tabela I oraz sumy cen za usług serwisowych dla Sprzętu AV, Urządzeń oraz

Gablot - pozycja 201 tabeli I; to nie sposób mówić o rażąco niskiej cenie, skoro cena z pozycji 1 tabeli 1 jest równa cenie z pozycji 201 tabeli I a Zamawiający nie dopuścił wkalkulowania w ceny jednostkowe z pozycji 2-200 tabeli I ujętego zamówieniem przedmiotu, który nie mieścił się w tych pozycjach. Tym samym w ocenie Izby nie można oceniać pod kątem art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy, gdy stwierdzono jej niezgodność z treścią SIWZ, która wskazuje nieprawidłowego ujecie cen, a to w konsekwencji nie pozwala na ich ocenę w kwestionowanym w tym zarzucie zakresie, bowiem skoro nie oświadczył w ofercie zaoferowania całego przedmiotu zamówienia przez prawidłowe zgodne z SIWZ dokonanie jego wyceny to nie można oceniać niepełnej oferty pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za bezprzedmiotowe przy rozpoznaniu przedmiotowego zarzutu odwołania złożone i zawnioskowane przez Odwołującego dowody.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, w zasadzie to nawet nie podjął próby wykazania, w jakim zakresie oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna z przepisami ustawy lub aktów wykonawczych do tej ustawy. Podkreślić należy, że czym innym są niezgodnie z ustawą podjęte działania Zamawiającego w zakresie oceny oferty danego wykonawcy, a czym innym jest oferta niezgodna z ustawą.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, powyżej wskazany przepis zawiera odesłanie do konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku poz. 1010 ze zm, dalej „ustawa z.n.k."), która to ustawa zawiera definicję legalną czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 stanowiąc, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 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 Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010). Ugruntowane jest również stanowisko, że naruszenie któregoś z powyżej wskazanych systemów normatywnych - aby można było zakwalifikować dany czyn, dane działanie podmiotu jako czyn nieuczciwej konkurencji - musi mieć choćby potencjalny wpływ na interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tak więc aby można było zakwalifikować dane działania jako czyn nieuczciwej konkurencji musi to działanie łącznie spełniać dwie przesłanki: musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Stanowisko takie ugruntowane jest w orzecznictwie i doktrynie. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006). Co istotne, i co należy podkreślić w tym miejscu, zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta musi mieć charakter obiektywny, tym samym dostrzegalny dla wszystkich podmiotów w tym Zamawiającego, czyli nie może być kwalifikowane jako takie zagrożenie jedynie subiektywne odczucie wykonawcy. Jednocześnie zagrożenie to musi być realne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, ze podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielnie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony

i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26). Należy wskazać, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy są działania wykonawcy, które prowadzą do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Jednakże Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, mając na uwadze istotność uwzględnionego zarzutu, na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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: .....