

Sygn. akt: KIO 510/21

**WYROK**  
z dnia 17 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk**  
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawcę **BlueBrain Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Okręgowy w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **JM Data Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ w odniesieniu do zaoferowanego urządzenia typu E – drukarka do okładek akt w zakresie możliwości zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS) oraz w zakresie zaoferowania systemu posiadającego określone funkcjonalności,
  - zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - JM Data Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie z uwagi na przedstawienie informacji w odniesieniu do zaoferowanego urządzenia typu E – drukarka do okładek akt,
- i nakazuje zamawiającemu – Sąd Okręgowy w Lublinie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,  
w tym wykluczenie wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie i odrzucenie jego oferty,

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Sąd Okręgowy w Lublinie w części 2/13, uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw - JM Data Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie w części 1/13 oraz odwołującego - wykonawcę BlueBrain Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Krakowie w części 10/13 i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 2 862 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset sześćdziesiąt dwa złote zero groszy),
- 3.3. zasądza od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 1 431 zł 00 gr (słownie: tysiąc czterysta trzydzieści jeden złote zero groszy)

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 510/21

**Uzasadnienie**

Sąd Okręgowy w Lublinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa kompleksowej obsługi serwisowej drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych własnych Zamawiającego oraz dzierżawę drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz usługę outsourcingu wydruku, skanowania oraz faksowania dla Sądu Okręgowego w Lublinie i sądów funkcyjnych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 2019-538030.

W dniu 15 stycznia 2021 r. wykonawca Bluebrain Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp. k., jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do dzierżawy urządzeń w ramach istotnego elementu ceny - prawa opcji II, względnie
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie w zakresie procedury przeprowadzenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie istotnego elementu ceny oferty JM Data Sp. z o.o. Sp. k., to jest ceny dzierżawy urządzeń w ramach prawa opcji II, a następnie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. sp. k. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do dzierżawy urządzeń w ramach istotnego elementu ceny - prawa opcji II;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp. k., mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1

pkt 1 uznk polegający na oferowaniu usług poniżej kosztów ich uzyskania lub wytworzenia w zakresie prawa opcji II, względnie

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp. k., jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie braku wyceny w ramach ceny dzierżawy urządzeń w ramach prawa opcji II elementów wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ, przez co zaoferowana w tej usłudze cena podlegająca ocenie w ramach kryterium oceny ofert dokonana była z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp. k. jako niezgodnej z treścią SIWZ w odniesieniu do zaoferowanego urządzenia typu E - drukarka do okładek akt, w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp. k. z udziału w Postępowaniu jako wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie posiadania przez oferowane urządzenie typu E - drukarka do okładek akt, wymaganych przez Zamawiającego parametrów, podczas gdy urządzenie tych parametrów nie ma i nie może być do nich dostosowane;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp. k. jako niezgodnej z treścią SIWZ w odniesieniu do zaoferowanego urządzenia typu B- drukarka monochromatyczna A4, w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu;
- 8) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie z wykonawcą JM Data Sp. z o.o. Sp. k. negocjacji dotyczących treści oferty w zakresie urządzenia typu B - drukarka monochromatyczna A4;
- 9) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. Sp. k. na jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego systemu informatycznego, którego szczegółowe wymagania zostały określone w Załączniku nr 1.4 do OPZ, to jest zaoferowania jednego systemu, który nie spełnia parametrów i nie realizuje funkcjonalności określonych przez Zamawiającego;
- 10) art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do zmiany treści oferty przez JM Data Sp. z o.o. Sp. k. po terminie złożenia ofert i przeprowadzenie prezentacji oprogramowania innego niż oferowane i wskazane w ofercie tego wykonawcy;
- 11) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. Sp. k. mimo, iż wykonawca ten nie potwierdził, że oferowana przez niego usługa będzie zgodna z warunkami na jakich Zamawiający chciał by usługa ta była świadczona, to jest z poszanowaniem norm co do których wydany został certyfikat ISO27001:2017 lub równoważny (w tym nowszy);
- 12) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. Sp. k. mimo, iż wykonawca ten nie potwierdził, że oferowany przez niego procesor na wymaganą wydajność na dzień wskazany przez Zamawiającego w SIWZ, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania JM Data Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wymaganego w tym zakresie dokumentu potwierdzającego wydajność urządzenia na dzień składania ofert;
- 13) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i poprzez z art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 66 § 1 kc przez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. Sp. k. mimo, iż wykonawca ten złożył ofertę nie precyzującą części parametrów oferowanych urządzeń, wbrew wymaganiu przez Zamawiającego wskazania w ofercie parametrów oferowanych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania oferty JM Data Spółka z o.o. sp. k. i w konsekwencji wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty z Postępowania,
- 3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając odwołujący wskazał, że zamawiający wszczął postępowanie w dniu 10 listopada 2020 roku. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22 grudnia 2020 roku. Zamawiający określił kryteria wyboru jako cenę brutto (30% wagi), jakość materiałów eksploatacyjnych (30% wagi), uśredniony miesięczny koszt dzierżawy urządzeń w prawie opcji II (5% wagi), czas skutecznego usunięcia awarii (25% wagi) i czas skutecznego uruchomienia usługi (10%).

W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz JM Data SP. z o.o. sp. k.

W dniu 4 lutego 2021 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę JM Data Sp z o.o. sp. k. (dalej JM Data). Oferta Odwołującego otrzymała 95,06 pkt., podczas gdy oferta JM Data otrzymała 99,23 pkt. Odwołujący nie zgodził się z dokonany wyborem i stwierdził, że oferta JM Data powinna zostać odrzucona.

1.

Odwołujący stwierdził, że oferta JM Data jest ofertą z rażąco niską ceną w zakresie jej części składowych.

Zgodnie z zapisami SIWZ (§ 12) do obliczenia ceny ofertowej brutto stanowiącej jedną z podstaw wyboru oferty niezbędne było wypełnienie przez wykonawców Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Wykonawca zobowiązany był wypełnić ten formularz oraz dokonać obliczeń matematycznych zgodnie ze wskazówkami tam zawartymi. W punkcie 1 Formularza Ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) należy wpisać:

- wartość brutto zamówienia podstawowego (cena brutto oferty) oraz wartość netto zamówienia podstawowego (cena netto oferty),

- wartość brutto zamówienia w ramach prawa opcji I (cena brutto oferty) oraz wartość netto zamówienia w ramach prawa opcji I (cena netto oferty),

- wartość brutto zamówienia w ramach prawa opcji II (cena brutto oferty) oraz wartość netto zamówienia w ramach prawa opcji II (cena netto oferty).

Cena brutto w zakresie opcji II wskazana w Formularzu ofertowym, jak ustalił Zamawiający w SIWZ, nie była brana pod uwagę do porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach kryterium cena, ale służyła do obliczenia maksymalnej wartości umowy. Niezależnie, cena brutto za realizację usługi w prawie opcji II, wynikająca z Tabeli 3 Formularza Ofertowego oceniana była w ramach kryterium o nazwie „Uśredniony miesięczny koszt dzierżawy urządzeń w prawie opcji II”. Cena Prawa opcji II ustalana miała być na podstawie ceny ofertowej netto i brutto za 1 - miesiąc dzierżawy dodatkowego jednego urządzenia oraz wartości maksymalnej netto i brutto świadczenia tej usługi za okres 47 miesięcy dla każdego z typów urządzeń (A do F). Minimalne wymagania dotyczące dzierżawionych urządzeń

zawierał załącznik nr 1.2 do Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Dodatkowo w OPZ Zamawiający opisał zasady dla prawa opcji, opisując je oddzielnie dla opcji I i dla opcji II (pkt XVII OPZ). I tak, Zamawiający przewidział w ramach opcji II możliwość zwiększenia ilości dzierżawionych urządzeń o wskazaną maksymalną liczbę dla każdego z typów urządzeń i zastrzegł, że wydierżawiane urządzenia muszą być nowe lub używane lecz nie starsze niż 36 miesięcy od daty produkcji, na których sporządzono zostało przed momentem instalacji u Zamawiającego nie więcej niż 200 000 wydruków. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji II, wykonawcy przysługuje prawo do wynagrodzenia za dzierżawę każdej sztuki urządzenia w ramach prawa opcji II w wysokości zgodnie z Tabelą 3 Formularza cenowego, natomiast ilość i zasady rozliczania stron wydruku na urządzeniach z opcji 11 podlegają rozliczeniu w zależności od tego czy wydruk jest realizowany w ramach zamówienia podstawowego czy prawa opcji I - zgodnie z tym zasadami. Podsumowując, odwołujący stwierdził, że kryterium oceny ofert był koszt dzierżawy urządzeń bez kosztu świadczenia usługi wydruku na tych urządzeniach.

Odwołujący wskazał, że JM Data zaoferował wynagrodzenie za dzierżawę każdego urządzenia w opcji II, bez względu na typ urządzenia, w wysokości 0,01 zł netto i 0,01 zł brutto, co dało łącznie kwotę 40,42 zł netto i 49,72 zł brutto. Zamawiający nie przeprowadził w tym zakresie badania rażąco niskiej ceny składowej oferty. Niezależnie, Zamawiający wezwał Odwołującego - zarówno na podstawie art. 90 ust. 1 jak i art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, gdyż Zamawiający uznał, że zaoferowana cena budzi jego wątpliwości i powziął wątpliwość, czy za zaoferowaną cenę Odwołujący może zrealizować zamówienie, mimo, że cena całkowita brutto jego oferty była niższa o niecałe 132 tys. zł, od oferty JM Data, a w Tabeli 3 Formularza ofertowego Odwołujący wskazał na realną cenę dzierżawy urządzeń w ramach opcji II. Odwołujący podał, że wymagane wyjaśnienia złożył i przedstawił między innymi sposób dokonania przez niego wyceny dzierżawy urządzeń w opcji II. W dniu 13 stycznia 2021 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego o uznaniu złożonych wyjaśnień za wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający zaniechał jednak takich czynności względem JM Data.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Bez wątpliwości podlegający ocenie punktowej, a zatem mający wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, koszt dzierżawy urządzeń w opcji II, określony na 0,01 zł (netto i brutto) powinien być takie wątpliwości Zamawiającego wzbudzić. Cała dzierżawa urządzeń w opcji II, bez względu na kategorie urządzenia została bowiem wyceniona w najniższej możliwej jednostce monetarnej. Nawet przy uwzględnieniu zapisu OPZ, pozwalającego na dzierżawę w opcji II urządzeń używanych już wcześniej, nie jest możliwe by rzetelnie dokonana wycena dzierżawy wynosiła 0,01 zł. Przeczą temu najprostsze zasady logiki.

Zgodnie z zapisami OPZ w cenie dzierżawy urządzeń w opcji II nie był ujmowany koszt wydruku. Zgodnie z zapisami OPZ ilość i zasady rozliczania stron wydruku na urządzeniach z opcji II mają być rozliczane na zasadach określonych w Tabeli 1 Formularza cenowego (Załącznik Nr 6 do Umowy) lub Tabeli 2 Formularza cenowego (Załącznik Nr 6 do Umowy). Oznacza to, że Zamawiający nie określił indywidualnego sposobu rozliczania stron wydruku dla opcji II. W tym przypadku mają zatem zastosowanie zasady dotyczące wyceny za 1 wydruk jednej strony formatu A4, dla wydruków monochromatycznych i jednej strony formatu A4 wydruku kolorowego, zgodnie z którą cena ta jest ceną ryczałtową, niezależną od urządzenia, obejmującą wszystkie koszty Wykonawcy, których ponoszenie jest niezbędne do wykonania usługi zgodnie z warunkami niniejszej umowy, obejmującą w szczególności koszty: dzierżawy urządzeń wraz z ich dostarczeniem i zainstalowaniem, zainstalowania i wdrożenia systemów, przeglądów, konserwacji, napraw niezbędnych do stałego utrzymania urządzeń drukujących w pełnej sprawności, umożliwiającej wykonanie wydruków dobrej jakości, koszty dojazdu wykwalifikowanego serwisanta do miejsca użytkowania urządzeń drukujących, koszty robocizny, koszty narzędzi niezbędnych do wykonania konserwacji, przeglądów i napraw, koszty transportu urządzeń do miejsca naprawy, koszty materiałów eksploatacyjnych oraz części zamiennych zgodnych z wymogami i zaleceniami producenta urządzeń, koszty utylizacji zużytych materiałów, podzespołów, części zamiennych, koszty udostępnienia urządzeń zastępczych, koszty sporządzania ekspertyz technicznych, opinii, koszty czynności obsługowych koniecznych do utrzymania urządzeń gwarancyjnych (dotyczy urządzeń objętych gwarancją), koszty przeszkolenia pracowników Zamawiającego, opłaty celne i podatkowe naliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz wszelkie inne koszty, których ponoszenie jest niezbędne do wykonania usługi zgodnie z warunkami niniejszej umowy. Zasada ta jednak - zgodnie z zapisami OPZ - jest modyfikowana, o koszt dzierżawy urządzenia w opcji II, co wynika wprost z części wstępnej pkt XVII OPZ, gdzie wskazano, że jedynie w przypadku zamówienia podstawowego oraz opcji I cena za jednostkowy wydruk musi uwzględniać cenę wydierżawionych urządzeń, co oznacza, że w przypadku opcji II cena ta wraz z dostarczeniem urządzeń i zainstalowaniem, zainstalowaniem i wdrożeniem systemu na tych urządzeniach nie jest wliczana do ceny wydruku. W taki też sposób należało dokonać wyceny kosztu związanego z dzierżawą urządzeń w opcji II. Takie rozumowanie potwierdza też zapis z pkt XIV pkt 10 B OPZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie w tym zapisem, Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany miejsca lokalizacji dzierżawionych urządzeń, przy czym rozróżnił możliwość przeniesienia urządzenia w zakresie dotychczasowych i nowych lokalizacji. W przypadku tych ostatnich Zamawiający wskazał, że przeniesienie takie zostanie dokonane przez Wykonawcę w ramach wynagrodzenia za zamówienie podstawowe oraz zamówienie w opcji II, z zastrzeżeniem, że w ramach tego wynagrodzenia umownego mieści się 5 zmian lokalizacji w okresie obowiązywania Umowy do nowej lokalizacji. Nie jest możliwe uznanie, że w cenie 0,01 zł dla urządzenia wycenionych zostało 5 zmian lokalizacji takiego urządzenia, ale także wszystkich czynności z nim związanych, to jest deinstalacja, transport, ponowna instalacja i przegląd przed uruchomieniem, a także podłączenie urządzenia do systemu informatycznego, w ramach którego urządzenia działają. Zgodnie z OPZ, te czynności nie mogły być wycenione dla opcji II w cenie wydruku, tylko w ramach wynagrodzenia opcji II, czyli ceny wskazanej w Tabeli 3, Zasady doświadczenia życiowego oraz podstawowe prawa ekonomii pozwalają stwierdzić, że JM Data, w celu uzyskania jak najwyższej liczby punktów w kryterium „Uśredniony miesięczny koszt dzierżawy urządzeń w prawie opcji II”, zaniżył do wartości nierealnej wartości tej części składowej ceny oferty. Zamawiający natomiast powinien i mógł być powziąć uzasadnioną wątpliwość, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czy możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji II zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego w OPZ. Odwołujący przywołał wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1277/20. Odwołujący wskazał, że obiektywną okolicznością w tym przypadku są zapisy OPZ, których Zamawiający musiał mieć świadomość jako ich autor.

*Wobec jasnego i niedwuznacznego zapisu OPZ, odwołujący stwierdził, że JM Data nie miał możliwości ujęcia wyżej wskazanych kosztów w cenie wydruku, gdyż było to wprost sprzeczne z SIWZ. Odwołujący przywołał wyrok KIO o sygn. akt 2193/20 KIO 2193/20, oraz o sygn. akt KIO 1976/20.*

Odwołujący wskazał, że JM Data w celu uzyskania wyższej punktacji nie dokonał wyceny całości kosztów dzierżawy urządzeń w opcji II, czym dopuścił się złożenia podlegającej odrzuceniu oferty z rażąco niskim elementem istotnym ceny. Oferta JM Data powinna zatem podlegać odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w tym zakresie zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazanych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie odrzucenia oferty JM Data na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie, w ocenie odwołującego, wyżej opisane działanie JM Data wskazywało, że złożenie oferty w Postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ta zasada generalna podlega konkretyzacji przez wskazanie w dalszych przepisach uznk przykładowych działań stanowiących według ustawodawcy czyn nieuczciwej konkurencji. Działaniem takim jest w szczególności utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk). Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odkodowując normę zawartą we wskazanym przepisie, odwołujący doszedł do przekonania, że jedynie działanie, jakim jest złożenie oferty może być postrzegane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, na gruncie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, gdzie samo zaoferowanie towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia nie jest zakazane, jeśli nie ma na celu utrudniania dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jednakże w Postępowaniu, element ceny, który został zaniżony, był elementem podlegającym ocenie punktowej przez Zamawiającego, mającym bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Analiza dwóch złożonych ofert pokazuje jak istotnym dla oceny całościowej było kryterium tego elementu ceny. Odwołujący złożył ofertę z niższą ceną całkowitą i w tym kryterium uzyskał więcej punktów niż JM Data. W trzech kolejnych kryteriach, dotyczących jakości usług obydwaj wykonawcy osiągnęli takie same wyniki. Natomiast nierzetelna i niezgodna z wymaganiami Zamawiającego wycena uśrednionego kosztu miesięcznego dzierżawy urządzeń w prawie opcji II przesądziła o wyborze oferty JM Data jako najkorzystniejszej. W tym kryterium JM Data uzyskał bowiem 5 punktów (100%), podczas gdy Odwołujący jedynie 0,6 pkt. Odwołujący przyjął, że gdyby cena dzierżawy urządzeń w prawie opcji II nie była jednym z kryteriów oceny ofert, to JM Data dokonałby rzetelnej wyceny tego elementu, uwzględniając w nim wszystkie koszty, jakie zgodnie z OPZ powinien uwzględnić. W ocenie odwołującego, działanie JM Data wypełniło zatem znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, gdyż celem złożenia przez tego wykonawcę tak skonstruowanej oferty była eliminacja z rynku zamówień publicznych innych wykonawców. Nawet jeżeli JM Data wycenił wskazany wyżej element ceny dzierżawy urządzeń w prawie opcji II, to dokonał tego na poziomie niższym niż 1 grosz, a zatem poniżej kosztów jakie musiałby ponieść dokonując dostawy urządzenia, jego zainstalowania, podłączenia do systemu informatycznego zarówno w ramach skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji II jak i przeniesienia takiego urządzenia do innej lokalizacji. Odwołujący wskazał, że również w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji II, wykonawca świadczący usługę winien wykazać zysk, którego nie sposób wykazać na danym urządzeniu, jeżeli cena jego wynajmu wynosi 0.01 zł.

Reasumując, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieodrżucenia oferty, które zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie zaniechanie wezwania JM Data do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i następnie odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również w zakresie oceny oferty JM Data zaniechanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Wreszcie, gdyby w ocenie Izby nie było możliwe odrzucenia oferty JM Data w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi, że rażąco niska cena dotyczy jedynie jej istotnego elementu, a zwrot „w stosunku do przedmiotu zamówienia” należałoby rozumieć jedynie w odniesieniu do całości zamówienia, a nie realizacji prawa opcji II, to Odwołujący wnosi o odrzucenie oferty JM Data na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ. Zgodnie z treścią SIWZ bowiem cena dzierżawy urządzeń w prawie opcji II wskazana w Tabeli 3 Formularza ofertowego powinna obejmować co najmniej cenę dostawy tego urządzenia i jego zainstalowania, zainstalowania i wdrożenia systemu na tym urządzeniu, a także koszt pięciokrotnego przeniesienia urządzenia w ramach realizacji prawa opcji II do innej, nowej lokalizacji. Wycena tego kosztu w ramach cen wydruku wskazanych w Tabeli 1 lub Tabeli 2 stanowi niezgodność z treścią SIWZ.

## 2.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty JM Data na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego urządzenia typu E - drukarka do okładek akt.

Zamawiający określił w Załączniku nr 1.2 do OPZ opis urządzeń jakie dostarczyć ma wybrany wykonawca przez opis wymagań dla każdego typu urządzeń. Między innymi w Załączniku tym Zamawiający zamieścił opis wymagań dla urządzenia typu E (str. 56 OPZ). Zamawiający wymagał, by oferowane drukarki posiadały możliwość zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS), a także by w przypadku obecności gniazda USB dedykowanego do podłączenia zewnętrznych nośników pamięci musiała istnieć możliwość jego skutecznej blokady z poziomu oprogramowania drukarki lub systemu centralnego zarządzania wydrukiem. Wymagane urządzenie miało również być wyposażone w złącze zewnętrzne LAN 10/100 (opcja 1000Mb). JM Data oświadczył, że oferowane urządzenie typu E - drukarka do akt, takie parametry posiada, to znaczy, że można nim zarządzać przez przeglądarkę (protokół HTTPS) i że istnieje możliwość blokady gniazda USB z poziomu oprogramowania drukarki lub systemu centralnego zarządzania wydrukiem, a także, że urządzenie to posiada złącza zewnętrzne 10/100 z opcją 1000mb.

Odwołujący podał, że JM Data zaoferował urządzenie Canon iX6850, typ iX6850. Urządzenie to nie posiada deklarowanych parametrów. Zaoferowany model jest modelem konsumenckim i nie obsługuje protokołu https. Maksymalna prędkość dla sieci LAN wynosi natomiast Ethernet (10/100 Mb/s) i nie ma możliwości rozszerzenia funkcjonalności urządzenia w tym zakresie przez jego producenta. Szczegółowe dane techniczne urządzenia dostępne są na stronie. Odwołujący zastrzegł możliwość przeprowadzenia podczas rozprawy dalszych dowodów celem wykazania okoliczności niezgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganymi przez Zamawiającego parametrami.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający wymagał w odniesieniu do urządzenia typu E, by tygodniowe typowe zużycie energii elektrycznej TEC (Typical Electricity Consumption) wynosiło maksymalnie 1 kWh. Informacje dotyczące spełniania tego parametru są dostępne publicznie na stronie. Zamawiający odwoływał się w dokumentacji OPZ do informacji zamieszczonych na tej stronie internetowej. JM Data oświadczył, że tygodniowe typowe zużycie energii TEC dla tego urządzenia wynosi maksymalnie 1 kWh. Informacja ta jednak nie znajduje pokrycia w informacjach do jakich

referować miał Zamawiającego dokonując oceny zgodności oferowanych urządzeń z wymogami OPZ. Odwołujący wskazuje, że o ile oferowane przez JM Data urządzenie (ix 6850) znajduje się na stronie internetowej w zestawieniu, o tyle nie ma tam informacji dotyczących TEC. Zaoferowane przez JM Data urządzenie Canon Pixma iX6850, jest urządzeniem konsumenckim, a takie urządzenia nie posiadają możliwości uzyskania parametru TEC, gdyż dotyczy on tylko urządzeń do użytku biurowego.

Odwołujący podnosi również, że urządzenie typu E zaoferowane przez JM Data nie spełnia parametrów opisanych dla Panelu Sterowania, który zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, miał mieć formę przycisków na obudowie zaś opcjonalnie miał być wyposażony w wyświetlacz. JM Data oświadczył, że oferowane urządzenie ix 6850 posiada przyciski na obudowie i opcjonalnie wyświetlacz. Tymczasem, urządzenie zaoferowane przez JM Data posiada wbudowane przyciski na obudowie służące do sterowania, lecz nie ma możliwości zastosowania w nim opcjonalnie wyświetlacza. Należy też wskazać, iż nie ma w ogóle na rynku urządzeń drukujących z rozwiązaniem pozwalającym zastosować opcjonalnie panel sterowania w formie wyświetlacza. Oświadczenie JM Data o opcjonalności wyświetlacza jest zatem nieprawdziwe i niezgodne z treścią OPZ. Jeżeli Zamawiający wskazał wskazywał w opisie wymaganych parametrów opcjonalność, aby złożyć prawidłową, jednoznaczną i czytelną ofertę należało oświadczyć którą z opcji opisanych przez Zamawiającego oferowane urządzenie posiada. Przepisanie przez JM Data dosłownej treści wymagania spowodowało, że zaoferował on urządzenie, które na rynku nie istnieje.

Zgodnie z wymogiem Zamawiającego wykonawca miał zaoferować urządzenie typu E, które w zakresie technologii wydruku zapewni dowolną, kolorową technologię. JM Data w ofercie wskazał, że oferowane urządzenie zapewnia w tym parametrze technologię „dowolną, kolor”. JM Data przepisał zatem parametry takie jakie wskazał Zamawiający bez ich doprecyzowania. Z jednej strony uznać można, że taka deklaracja ze strony JM Data oznacza, że zaoferował urządzenie, które zapewnia wszystkie dowolnie wybrane technologie wydruku, w tym jednocześnie laserową i atramentową. Tak rozumiane oświadczenie mija się z prawdą, gdyż zaoferowane urządzenie posiada atramentową technologię wydruku, bez możliwości jednoczesnej technologii wydruku laserowego. Z drugiej strony takie oświadczenie JM Data można uznać za brak zaoferowania w zakresie technologii konkretnego rozwiązania, co również nie jest zgodnie ani z OPZ ani z Pzp. Odwołujący wskazał, że dla oferty niezbędne jest doprecyzowanie oferowanych rozwiązań i parametrów, które są istotne chociażby w związku z realizacją usług serwisowych przez wykonawcę wybranego przez Zamawiającego. Zamawiający zobowiązywał wykonawcę do dostarczenia w ramach tych usług urządzenia zastępczego, nowego lub używanego o parametrach technicznych nie gorszych. Parametry urządzenia wskazane w ofercie zatem były o tyle istotne, że decydowały także o prawidłowym świadczeniu tej usługi już w trakcie realizacji umowy. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 82 ust 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta, rozumiana - zgodnie z art. 66 KC znajdującym zastosowanie z mocy art. 14 ustawy Pzp - jako świadczenie oferowane Zamawiającemu przez Wykonawcę - musi być zgodna z wszystkimi merytorycznymi wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ - przedmiot zamówienia, jego zakres, parametry, termin i sposób wykonania. Zamawiający nie może natomiast domyślać się jej treści czy dedukować z innych dokumentów spoza oferty, takich jak np. karty katalogowe urządzenia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty JM Data na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodne z treścią SIWZ oraz wykluczenie tego wykonawcy z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jako wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacją co do której JM Data wprowadził Zamawiającego w błąd jest informacja o posiadaniu przez oferowane urządzenie wymaganych parametrów, podczas gdy JM Data ma świadomość lub jako profesjonalista na rynku, taką świadomość mieć powinien, chociażby dokładając należytej staranności w analizie karty katalogowej urządzenia, że nie posiada ono takich parametrów jakich wymagał Zamawiający dla urządzenia typu E. Decyzją istotną podejmowaną przez Zamawiającego na którą wprowadzenie w błąd miałyby wpływ jest wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, która to oferta aby zostać wybrana musi być zgodna z treścią SIWZ i wskazanymi w niej parametrami dla oferowanych urządzeń.

3.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty JM Data na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego urządzenia typu B - drukarka monochromatyczna A4.

Zamawiający określił w Załączniku nr 1.2 do OPZ opis urządzeń jakie dostarczyć ma wybrany wykonawca przez opis wymagań dla każdego typu urządzeń. Między innymi w Załączniku tym Zamawiający zamieścił opis wymagań dla urządzenia typu B (str. 52 OPZ). Zamawiający wymagał, by oferowane drukarki posiadały określone wymiary maksymalne, w tym 400mm szerokości, 400mm głębokości i 550mm wysokości, a także by ich waga maksymalna nie przekraczała 20 kg. Zaznaczyć należy, że te wymiary miały mieć zastosowanie do urządzenia oferowanego i wyposażonego we wszystkie minimalne wymagania Zamawiającego opisane w OPZ, w tym z podajnikiem szufladkowym na min 100 kopert C5 lub C6 lub min. 500 arkuszy A4 75g/m<sup>2</sup>.

JM Data zaoferował urządzenie marki Brother, drukarkę laserową HL-L6400DW z podajnikiem LT6505, typ HLL6400DWR1 z podajnikiem LT6505. Jednocześnie oświadczył w ofercie, że urządzenie to waży 13,4 kg, natomiast jego wymiary to 40 cm wysokości, 39,6 cm głębokości i 28,8 cm wysokości.

Zgodnie z informacją producenta urządzenia zamieszczona na stronie . urządzenie to bez kartonu i bez dodatkowego podajnika ma wymiary 400 mm szerokości, 396mm głębokości i 288 mm wysokości, a waży 13,4 kg.

Odwołujący wskazał, że w dniu 4 stycznia 2021 roku Zamawiający wystąpił do JM Data z wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wobec pojawiających się wątpliwości co do rzeczywistych wymiarów urządzenia wraz z podajnikiem. Na powstałą wątpliwość JM Data odpowiedział w dniu 7 stycznia 2021 roku, że w ofercie podana zostały wymiary i waga urządzenia podstawowego i jednocześnie podał wymiary dla urządzenia z podajnikiem, wskazując że jest to 400 mm szerokości, 396mm głębokości i 440 mm wysokości, z wagą 17,3 kg.

Odwołujący wskazał, że poprzez odpowiedź z dnia 7 stycznia 2021 roku JM Data dokonał zmiany oferty. Pierwotnie zaoferowane urządzenie bowiem miało inne wymiary niż podane przez tego wykonawcę. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie którego Zamawiający prowadził wyjaśnienia treści oferty, nie może dojść do zmiany treści oferty, z wyłączeniem sytuacji o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na podstawie którego, możliwe jest poprawienie przez Zamawiającego tzw. innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących jednak istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z przyjętym stanowiskiem doktryny, żeby mówić o omyłce w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy ustalić czy Zamawiający mógł samodzielnie stwierdzić, jaka była rzeczywista wola wykonawcy, aby móc następnie doprowadzić do zgodności oświadczenia złożonego w ofercie z zamiarem, jaki od początku towarzyszył złożeniu oferty. Zadane przez

Zamawiającego pytanie z dnia 4 stycznia 2021 roku bezsprzecznie wskazuje, że Zamawiający nie miał i nie mógł mieć wiedzy o rzeczywistej wadze i wymiarach urządzenia wraz z dodatkowym modulem, chociaż oczywiste było, że wymagał, by w ofercie wszelkie dane techniczne dotyczyły urządzenia z dodatkowym podajnikiem, a nie urządzenia bez tego podajnika. W rezultacie pytania Zamawiającego, JM Data zmienił swoją ofertę wskazując zamiast błędnych, inne wymiary.

Odwołujący wskazał na orzeczenie w sprawie o sygn. akt 2064/20. Tymczasem Zamawiający dopuścił, w ramach negocjacji z JM Data do zmiany treści jego oferty i to w zakresie i przypadku nie objętym art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zmiana bowiem nie dotyczy oczywistej omyłki rachunkowej, oczywistej omyłki pisarskiej ani innej oczywistej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Istotność zmiany polega na tym, że pierwotnie oferowane urządzenia wraz z dodatkowym podajnikiem miało inną wagę i wymiary niż rzeczywiście oferowane.

Odwołujący uznał zatem, że Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania jakichkolwiek zmian w ofercie JM Data, gdyż stanowi to naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie oferta JM Data powinna podlegać odrzuceniu, gdyż zaoferowane przez nią urządzenie typu B z uwzględnieniem parametrów określonych przez Zamawiającego nie posiada takich wymiarów jakie określił dla urządzenia JM Data. Odrzucenie powinno zatem nastąpić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodne z treścią SIWZ.

4.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty JM Data na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego systemu, którego szczegółowe wymagania zostały określone w Załączniku nr 1.4 do OPZ.

Przedmiotem zamówienia była między innymi dostawa, instalacja systemu/ów posiadających funkcjonalności:

- a.usługi wydruku podążającego,
- b.zdalnego monitorowania stanu zużycia materiałów eksploatacyjnych dla poszczególnych urządzeń drukujących (w zależności od technologii urządzenia),
- c.zdalnego monitorowania przez Wykonawcę stanu technicznego urządzeń przejętych od Zamawiającego oraz dostarczonych Zamawiającemu w ramach umowy,
- d.raportowania ilości wydruków dla poszczególnych urządzeń drukujących - podsystem raportowy obsługujący wszystkie urządzenia Zamawiającego (ilości wydruków w zadanym okresie czasu),
- e.zapewnienia Zamawiającemu poprzez przeglądarkę WWW dostępu do serwisu umożliwiającego podgląd monitorowanych urządzeń oraz generowanych raportów,
- f.sortowanie i zapisywanie skanowanych dokumentów w oparciu o kod kreskowy
- g.stałe monitorowanie aktualnego wykorzystania maksymalnej wartości zamówienia wraz z możliwością definiowania alertów o zbliżającym się wykorzystaniu maksymalnej wartości zamówienia
- h.skanowanie do pdf, pdf przeszukiwalnego, doc, docx,xls, xlsx (z OCR)
- i.usługi wirtualnego faksu (Web2Fax, Fax2Mail, Mail2Fax) - 30 analogowych linii telefonicznych + ok 100 użytkowników.

Zamawiający po dokonaniu oceny ofert i ustaleniu rankingu względem Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona miał wezwać tego Wykonawcę do przedstawienia oferowanego oprogramowania, celem jego sprawdzenia, co do zgodności oferowanego produktu z treścią wymagań opisanych w Załączniku 1.4 do OPZ. W tym celu Wykonawca miał udostępnić Zamawiającemu oprogramowanie do testowania lub dokonać testowej prezentacji działającego oprogramowania w siedzibie Zamawiającego lub w drodze wideokonferencji. Jednocześnie w Formularzu ofertowym Wykonawcy zobowiązani byli do wskazania nazwy oferowanego systemu informatycznego.

JM Data wpisał w Formularzu ofertowym, iż oferuje System o nawie PaperCut. Tymczasem, zgodnie z dokumentem Ocena oferty z dnia 1 lutego 2021 roku, udostępnionym Odwołującemu przez Zamawiającego, prezentacja oferowanego przez JM Data oprogramowania, która odbyła się w dniu 1 lutego 2021 roku poprzez telekonferencję, obejmowała o wiele więcej oprogramowań aniżeli tylko zaoferowane przez JM Data. Z dokumentu wynika bowiem, że o godzinie 10.00 tego dnia prezentowany był program PaperCut, ale też Umango, Docslide, Proactive Care, o godzinie 13.00 oprogramowanie Fax Maker zaś o godzinie 14.00 oprogramowanie Acronis Cyber Protect. Poza oprogramowaniem PaperCut żadne z tych oprogramowań nie było wskazane w ofercie jako oferowane w ramach ceny. Co więcej, samo oprogramowanie PaperCut (nawet oferowane w opcji bundle z oprogramowaniem Umango i Docslide) nie spełnia wymogów dla funkcjonalności opisanych przez Zamawiającego, na przykład nie gwarantując funkcji usługi wirtualnego faksu. Funkcję taką realizuje za to oprogramowanie Fax Maker - niezaoferowane przez JM Data w ofercie, a jednak prezentowane przed Zamawiającym jako część oferty JM Data. Odwołujący wskazał zatem, że przedmiotem prezentacji było inne oprogramowanie niż zaoferowane w ofercie JM Data, co oznacza, że po terminie składania ofert wykonawca ten zmienił swoją ofertę, a Zamawiający taką zmianę przyjął.

Działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i narusza w sposób rażący przepisy Pzp. Jak wyżej wskazano, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Jednocześnie wykonawca jedynie przed upływem terminu do składania ofert mógł zmienić lub wycofać ofertę (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp). Nienaruszalność treści złożonej oferty jest podstawową zasadą zamówień publicznych, natomiast w wyjątkowych określonych tylko ustawą okolicznościach może nastąpić poprawa omyłek, które to omyłki muszą zostać ocenione w pryzmacie przesłanek z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 922/17. Zamawiający dopuszczając i pozwalając JM Data na prezentację systemu innego niż wpisany z nazwy do oferty do facto dopuścił do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, faworyzując JM Data i pozwalając mu w sposób nieuprawniony zmienić treść oferty, która na tym etapie powinna zostać niezmieniona. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na fakt, że z nieznanymi mu przyczyn system prezentowany był w trzech turach wideokonferencji, nie są jasne zasady prowadzenia tej prezentacji, nie wynikają one w szczególności z dokumentu o nazwie „Ocena oferty” z dnia 1 lutego 2021 roku. Odwołujący nie był też w stanie stwierdzić dlaczego Zamawiający, mimo jasnej treści oferty JM Data uznał, że może podczas prezentacji oczekiwać demonstracji innego niż PaperCut oprogramowania i uznać, że to inne oprogramowanie jest jednocześnie „oprogramowaniem zaoferowanym”. Z żadnego dokumentu na moment składania ofert nie wynika bowiem, że JM Data objął swoją ofertę, w tym oferowaną ceną, inne oprogramowanie niż PaperCut. Ponieważ z pisma skierowanego do Odwołującego w dniu 8 lutego 2021 roku wynika, że podczas prezentacji zadawane były przez pracowników Zamawiającego pytania dotyczące funkcjonowania systemu, w tym np. dotyczące szczegółów usługi wirtualnego faksu, którego oprogramowanie PaperCut nie zapewnia, prawdopodobnym jest, że zarządzone przerwy w prezentacji miały posłużyć temu, by wykonawcy JM Data takie oprogramowania na kolejną turę prezentacji (godzina 13.00) zapewnić. Podkreślić też należy, że wbrew zapisom SIWZ § 3 pkt 3 Zamawiający nie zażądał złożenia

mu oprogramowania do testowania, ale jak wynika z wyżej wskazanych dokumentów oprogramowanie to było jedynie prezentowane przez JM Data podczas wideokonferencji, a pracownicy Zamawiającego nie mogli go testować, a jedynie zadawali pytania dotyczące działania i możliwości „oferowanego” oprogramowania, co w sposób istotny wpływało na możliwość zmiany oferty w tym zakresie.

Odwołujący wskazał zatem, że oferta JM Data powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaoferowane oprogramowanie PaperCut było jedynym oferowanym przez JM Data oprogramowaniem. Ponieważ nie posiada ono części funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego, w tym funkcji faksu wirtualnego, oferta JM Data jest niezgodna z SIWZ. Niezgodność ta nie może jednocześnie zostać usunięta w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ani zostać wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wszelkie czynności dopuszczające do prezentacji oprogramowania innego niż oferowane, wskazane z nazwy w ofercie, zmierzają do niedopuszczalnej prawem zmiany treści oferty po terminie jej składania. Odwołujący wskazuje również, że zarzut podnoszony przez niego obejmuje również zaniechanie wykluczenia wykonawcy JM Data z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem Zamawiającego w błąd co do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wprowadzenie w błąd dotyczy informacji odnoszącej się do przedmiotu oferty i ma istotny wpływ na decyzję Zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. JM Data poprzez prowadzenie w dniu 1 lutego 2021 prezentacji niezaoferowanego w ofercie oprogramowania, wprowadził celowo Zamawiającego w błąd co do zawartości oferty.

5.

Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie w tzw. procedurze odwróconej, w związku z czym po dokonaniu oceny ofert wzywał wykonawcę, którego oferta była najkorzystniejsza do złożenia w terminie wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni dokumentów, między innymi, potwierdzających, iż oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego. W szczególności Zamawiający żądał, by wykonawca, tu JM Data, złożył na potwierdzenie realizowania normy ISO 9001:2015 w zakresie serwisowania urządzeń drukujących lub równoważnej (np. nowszej) oraz wdrożenia normy ISO 27001:2017 w zakresie implementacji i obsługi systemów zarządzania drukiem lub równoważnej (np. nowszą) - Certyfikatów wydanych przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA) lub równoważnych w rozumieniu ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282). Poprzez zwrot „równoważny” Zamawiający rozumie certyfikat wystawiony przez uprawniony podmiot, który to certyfikat potwierdza spełnienie normy charakteryzującej się cechami właściwymi dla normy wymienionej przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że na tą okoliczność, na wezwanie Zamawiającego, JM Data złożył certyfikat 27001:2013, którego wystawcą (jako jednostką certyfikującą) jest podmiot United Registrar of Systems Ltd. z siedzibą United House, 4 Hinton Rd, Bournemouth BH1 2EE, Wielka Brytania. Według posiadanych przez Odwołującego informacji, co do których odpowiednio dowody przedstawi na rozprawie, spółka wystawca certyfikatu nie jest i nie była jednostką akredytowaną Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie jakiegokolwiek systemu zarządzania. Na stronachistnieje możliwość sprawdzenia akredytacji dla podmiotów. Na liście podmiotów posiadających akredytację PCA nie ma podmiotu United Registrar of Systems Ltd.

Podmiot United Registrar of Systems Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii posiada akredytację do wystawienia certyfikatu nadaną przez United Kingdom Accreditation Service (UKAS, odpowiednik polskiego PCA). Podmiot ten posiada akredytację do wystawiania certyfikatów nadaną przez UKAS (pod numerem UKAS 0043), które, tak jak PCA, jest sygnatariuszem EA MLA i IAF MLA w zakresie jednostek certyfikujących systemy zarządzania. Oznacza to, że certyfikaty wydane w zakresie akredytowanej przez UKAS działalności są tak samo wiarygodne jak certyfikaty wydane w zakresie działalności akredytowanej przez PCA. To nie stanowi wątpliwość Odwołującego.

Co istotne jednak, na stronie internetowej UKAS istnieje możliwość weryfikacji akredytacji nadanych przez ten podmiot. Po pobraniu pliku dla w celu weryfikacji akredytacji dla podmiotu United Registrar of Systems Ltd na stronie 20 znajduje się zakres w jakim może certyfikować ten podmiot. W zakresie certyfikatu ISO/IEC 27001 dotyczy on tylko certyfikatu ISO 27001:2013. Nie jest to certyfikat równoważny do wymaganego a już bezsprzecznie nie jest to certyfikat nowszy.

Uzyskanie akredytacji w zakresie certyfikatu ISO 27001:2017 wymaga wdrożenia uaktualnień wprowadzonych do normy w zakresie Systemu Zarządzania, poddania się audytowi w tym zakresie zakończonego pozytywną oceną. Posiadanie certyfikatu ISO 27001:2013 nie powoduje zatem automatycznej zmiany tego dokumentu na dostosowany do wymogów normy ISO 27001:2017. W tym względzie certyfikat ISO 27001:2013 nie jest równoważny w rozumieniu jakim nadał mu Zamawiający w SIWZ do certyfikatu ISO 27001:2017. Nie potwierdza on bowiem spełnienia normy charakteryzującej się cechami właściwymi dla normy ISO 27001:2017. Nie bez znaczenia jest również przykładowe doprecyzowanie przez Zamawiającego w SIWZ, że certyfikatem równoważnym może być ten odnoszący się do nowszej normy niż ta z 2017 roku. Starsza norma bowiem nigdy nie będzie mieć tych cech co norma wydana później.

W związku z powyższym, Zamawiający powinien był uznać, że JM Data nie potwierdził, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie implementacji i obsługi systemów zarządzania drukiem lub równoważnej zgodnie z normą ISO 27001:17 lub równoważną (np. nowszą) i odrzucić jego ofertę z Postępowania na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, bowiem JM Data nie potwierdził, że oferowana przez niego usługa będzie zgodna z warunkami na jakich Zamawiający chciał by usługa ta była świadczona, to jest z poszanowaniem norm co do których wydany został certyfikat ISO 27001:2017.

6.

Zgodnie z Załącznikiem 1.3 do OPZ zawierającym specyfikację minimalną serwera dla Systemu monitorowania urządzeń i zarządzania drukiem, Zamawiający oczekiwał, że serwer typ 1 będzie posiadał określone przez Zamawiającego wydajności. Zamawiający oczekiwał zatem zaoferowania procesora minimalnie ośmiordzeniowego, dedykowanego do pracy w serwerach, uzyskującego wynik co najmniej 10945 punktów w teście Passmark - CPU Mark wg wyników procesorów publikowanych na stronie [http://www.cpube.com/nchmark.net/cpu\\_list.php](http://www.cpube.com/nchmark.net/cpu_list.php). Celem wykazana zgodności oferowanego urządzenia z wymogami Zamawiającego, Wykonawca miał załączyć do oferty wydruk (stronę) z oferowanym procesorem z ww. strony z dnia składania oferty przez Wykonawcę. W przypadku zaoferowania procesora nieuwzględnionego w w/w rankingu Wykonawca zobowiązany był przeprowadzić powyżej wskazany test we własnym zakresie i załączyć do oferty raport wydajnościowy oferowanego procesora (wszystkie elementy muszą pracować z parametrami określonymi przez producenta danego podzespołu). Zamawiający miał dokonać weryfikacji zgodności oferowanego procesora z opisem powyżej na podstawie:

- wydruku załączonego przez Wykonawcę,
- w przypadku procesora nieuwzględnionego w w/w rankingu poprzez weryfikację dokumentów złożonych przez Wykonawcę.

JM Data zaoferował urządzenie Intel Xeon Silver 4208 i załączył do oferty wydruk ze strony PassMark wskazanej przez Zamawiającego dla tego urządzenia, jednak wydruk ten dotyczy daty innej niż wymagana przez Zamawiającego. Zamiast wydruku z dnia składania oferty, co miało miejsce w dniu 22 grudnia 2020 roku, JM Data zamieścił wydruk z daty wcześniejszej, to jest z dnia 21 grudnia 2020 roku. Odwołujący wskazuje, że termin składania ofert upływał w dniu 22 grudnia 2020 roku o godzinie 11.00, zaś samo złożenie ofert miało miejsce na platformie elektronicznej i nie wymagało od JM Data żadnych dodatkowych czynności, które uniemożliwiłyby mu dokonanie takiego wydruku z datą złożenia oferty, jak wymagał tego Zamawiający. Odwołujący w tym miejscu wskazuje na orzeczenie Izby w sprawie KIO 632/20 w którym Izba odniosła się do odpowiedniej daty potwierdzenia wydajności urządzenia (również procesora), stwierdzając, że „W przedmiotowej sprawie oznacza to, że wymagany wynik wydajności procesora musi być osiągnięty na dzień składania ofert, nie zaś na dowolny dzień wybrany przez odwołującego”, a nie na dowolnie wybrany przez wykonawcę dzień. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że ten dzień był przez Zamawiającego bardzo precyzyjnie wskazany.

Resumując, Odwołujący wskazał, że oferta JM Data jest ofertą niezgodną z SIWZ i nie potwierdza spełnienia przez oferowane urządzenie wymaganej wydajności na dzień składania ofert, co oznacza, że oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący, jedynie z ostrożności procesowej wskazuje, że Zamawiający w tym przypadku mógłby w tym zakresie wezwać JM Data do złożenia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego zaniechał. Wezwanie byłoby natomiast skuteczne o tyle, o ile JM Data jest w stanie dostarczyć Zamawiającemu wydruk testu Passmark - CPU Mark dla oferowanego typu serwera 1 wg wyników procesorów publikowanych na stronie z dnia składania oferty przez Wykonawcę

7.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający opisując urządzenia podlegające dzierżawie, czy inne urządzenia objęte ofertą, dokonał opisu w taki sposób, że część parametrów została przez niego opisana w sposób otwarty, umożliwiając zaoferowanie alternatywnego rozwiązania. W odpowiedzi na taki opis przedmiotu zamówienia wykonawcy zobowiązani byli jednak zaoferować konkretne urządzenie, zawierające konkretne rozwiązanie. W związku z tym oferowane parametry urządzeń powinny stanowić doprecyzowanie minimalnych wymagań Zamawiającego, a nie być ich powtórzeniem.

Odwołujący wskazuje, że oferta JM Data jest ofertą nieprecyzyjną, w wielu miejscach wykonawca ten nie wskazał co oferuje lub wskazanie to jest na tyle nieprecyzyjne, że trudno jest określić co miałyby podlegać odbiorowi przez Zamawiającego jako wynik zrealizowanego zamówienia. Powoduje to, że oferta JM Data jest nieporównywalna w żaden sposób z ofertą Odwołującego.

Poniżej Odwołujący wskazuje takie opisy parametrów oferowanych dla wybranych urządzeń z oferty JM Data, które jego zdaniem powodują, że nie jest możliwe ustalenie jakie rozwiązanie jest oferowane przez tego wykonawcę (poza opisanymi już wyżej w zarzutach dotyczących urządzenia typu A):

- urządzenie typu C i D - wymagania Inne - funkcja bezpiecznego drukowania (wbudowany w urządzeniu czytnik kart/breloków zbliżeniowych obsługujący karty/breloki w standardzie zgodnym z oferowanymi przez Wykonawcę brelokami zbliżeniowymi lub dołączony czytnik zewnętrzny rekomendowany przez producenta urządzenia MFP zamontowany max 30 cm od wyświetlacza, dostępny z przodu urządzenia) - Zamawiający nie może określić na podstawie oferty czy czytnik breloków w oferowanym urządzeniu jest wbudowany w standardzie czy też dołączony jest czytnik zewnętrzny,

- urządzenie typu C i D - wymagania Inne - w przypadku obecności gniazda USB dedykowanego do podłączenia zewnętrznych nośników pamięci musi istnieć możliwość jego skutecznej blokady z poziomu oprogramowania drukarki lub systemu centralnego zarządzania wydrukiem - brak jednoznacznej informacji, czy oferowane urządzenie taka opcję zapewnia

- urządzenie typu C, D, E, F - wymagania Inne - w przypadku obsługi sieci bezprzewodowych przez drukarkę (np. WiFi, Bluetooth) musi istnieć możliwość jej skutecznego wyłączenia z poziomu oprogramowania drukarki lub systemu centralnego zarządzania wydrukiem - brak jednoznacznej informacji, czy oferowane urządzenie taka opcję zapewnia

- urządzenie typu E- Podajniki papieru - Prosty przebieg, Zamawiający nie dopuszcza pobierania papieru z podajnika szufladowego. Podajnik nośników wydruku umożliwia załadowanie min 10 sztuk kartonu zgodnego z wymaganiami opisanymi w punkcie „obsługiwane nośniki” - wykonawca przepisał wymagania Zamawiającego, nie wskazując w żaden sposób, czy oferowane przez niego urządzenie zapewnia te parametry lub nie posiada parametrów niedopuszczonych przez Zamawiającego,

- serwer typ 1, 2 i 3 - Dyski - Zamawiający zapisał, w wymaganiach minimalnych, że oferowany dysk ma mieć możliwość instalacji co najmniej 4 dysków twardych SAS/SATA hot plug 2,5", z zainstalowanymi co najmniej czterema dyskami SATA 7,2 hot-plug o pojemności min. 1 TB każdy. Wymóg ten został przez JM Data skopiowany w taki sposób, że również odnosi się jedynie do możliwości nie wskazując w żaden sposób, czy oferowane urządzenie zapewnia i w jaki sposób realizację parametru minimalnego, a także jakie w tym zakresie urządzenie oferowane ma możliwości.

- serwer typ 1 - Konstrukcja - Zamawiający wymagał jako minimalny parametr, by elementy, z których zbudowany jest serwer muszą być produktami producenta tych serwerów lub być przez niego certyfikowane oraz całe muszą być objęte gwarancją producenta. JM Data powtórzył w oferowanym parametrze wymóg Zamawiającego tak jak został on opisany, nie wskazując jednak jaki jest oferowany przez niego parametr. Konstrukcja wymagania wskazuje natomiast, że wykonawca powinien w tym miejscu dokonać opisu oferowanego rozwiązania.

- serwer typ 1, 2 i 3 - Porty wejścia/wyjścia - JM Data zaoferował Minimum 3 porty USB 3.0: 2 z tyłu, 1 iLO Management USB 2.0 port, lub dodatkowy port Ethernet 1 Gbps RJ45 do zarządzania, 1 VGA, 1 Micro ST (wewnętrzny), co wskazuje, że nie jest jasne które z dwóch wskazanych rozwiązań przez tego wykonawcę jest oferowane.

- Mechanizm Backup & Recovery - Wymagania związane z zarządzaniem systemem kopii zapasowych i wymagania co do oczekiwanych funkcjonalności - JM Data wskazał, że Interfejs musi być zgodny z platformami mobilnymi (możliwość zarządzania systemem z poziomu tabletu), natomiast nie wskazał, czy w oferowanym urządzeniu interfejs ten jest zgodny z platformami mobilnymi. Oświadczenie w takim brzmieniu nie stanowi zobowiązania ofertowego co do dostarczenia urządzenia czy rozwiązania z oferowanymi parametrami, jest jedynie powtórzeniem wymagania Zamawiającego co do wymagań minimalnych, które przez wykonawcę miały być skonkretyzowane w ofercie.

Odwołujący wskazał, że rolą Zamawiającego jest opisanie w OPZ wymagań minimalnych dla urządzeń, a rolą wykonawcy było wskazanie urządzeń, które posiadają konkretne rozwiązania, jako parametrów oferowanych. JM Data we wskazanych miejscach ograniczył się do przepisania minimalnych wymogów określonych przez Zamawiającego nie

precyzując jednak ani czy taki parametr w oferowanym urządzeniu jest ani jak jest realizowany, jeżeli sposobów realizacji tego parametru Zamawiający dopuścił kilka. Należy pamiętać, że ofertę w zamówieniach publicznych należy rozumieć przez pryzmat oferty w rozumieniu kodeksu cywilnego, czyli zobowiązania wykonawcy składającego ofertę do określonego świadczenia. Świadczenie to musi być precyzyjne i jednoznaczne, opisane w taki sposób, aby Zamawiający miał świadomość nie tylko jego zgodności z wymaganiami merytorycznymi, ale również by świadczenie to mogło zostać przez niego odebrane. Wskazanie natomiast, że przedmiot zamówienia będzie miał jedną lub drugą opcję, czy też, że musi mieć możliwość określonego działania bez dookreślenia czy ta możliwość została zapewniona nie stanowi oferty. Odwołujący zwraca również uwagę, że kwestie te nie mogą być w żaden sposób doprecyzowane czy wyjaśnione przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to do negocjacji z wykonawcą treści oferty. Podkreślenia wymaga, że z żadnych zapisów oferty JM Data, ani załączonych dokumentów nie wynika w wyżej wskazanych przypadkach jaki konkretnie parametr posiada oferowane przez niego urządzenie, poza tym, że prawdopodobnie spełnia jedynie wymaganie minimalne. Zgodnie z treścią i formą Formularza ofertowego natomiast, wykonawcy zobowiązani byli do wskazania urządzeń oferowanych i ich parametrów. Świadczy o tym chociażby zapis części V Formularza Ofertowego w brzmieniu: „Oferujemy niżej wymienione urządzenia, które zostaną oddane w dzierżawę”. Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Tak skonstruowana oferta JM Data powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzeczeniem Izby w sprawie o sygn. akt 925/18, „Ofertą niezgodną z ustawą i podlegającą tym samym odrzuceniu będzie oferta, która w jakikolwiek sposób uchyla przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przesłanka ta będzie miała zastosowanie, gdy na podstawie innych szczegółowych przesłanek nie można oferty odrzucić, a jednocześnie naruszanie przez nią przepisów o zamówieniach publicznych sprawia, że nie może być przyjęta”. Rozumienie terminu „oferta” należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (poprzez zastosowanie art. 14 Pzp), 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 oraz konkretyzacja oświadczenia woli co do przedmiotu i sposobu jego wykonania. W konsekwencji nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w części dot. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp.k. jako niezgodnej z SIWZ w odniesieniu do zaoferowanego urządzenia typu E – drukarka do okładek akt, oraz wniósł o jego oddalenie w pozostałej części - w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca JM Data Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej JM Data lub przystępujący), który w związku z uwzględnieniem odwołania w części wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp.k. jako niezgodnej z SIWZ w odniesieniu do zaoferowanego urządzenia typu E – drukarka do okładek akt.

**Izba ustaliła, że:**

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę kompleksowej obsługi serwisowej drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz usługę outsourcingu wydruku, skanowania oraz faksowania dla Sądu Okręgowego w Lubinie i sądów funkcjonalnych”. W dniu 10 listopada 2020 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 219-538030.

Izba ustaliła, że przywołane przez odwołującego postanowienia SIWZ odpowiadają ich faktycznemu brzmieniu, dlatego też niecelowe jest ich ponowne przywołanie.

Uzupełniająco, Izba ustaliła.

Zgodnie z § 3 ust. 3 SIWZ Zamawiający w celu wykazania przez Wykonawcę, że oferowane przez niego usługi spełniają wymagania wskazane w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia tj. w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, żądał od Wykonawcy:

- 1) wykazania, że spełnia normę ISO 9001:2015 w zakresie serwisowania urządzeń drukujących lub równoważną (np. nowszą) oraz wdrożył normę ISO 27001:2017 w zakresie implementacji i obsługi systemów zarządzania drukiem lub równoważną (np. nowszą).

2)(...),

3) wykazania, że oferowane oprogramowanie jest zgodne ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (Załącznik Nr 1.4 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia – Załącznik Nr 1 do SIWZ)

poprzez złożenie w terminie wskazanym w § 6 ust. 3 SIWZ oświadczeń lub dokumentów lub oprogramowania do testowania, o których mowa w § 13 ust. 1 i ust. 3 i ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282) a opisanych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Zgodnie z § 6 lit. I) SIWZ zamawiający żądał przedłożenia dokumentów i oświadczenia Wykonawcy na dowód, iż oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego, którymi to dokumentami i oświadczeniami są:

- co do spełniania wymogu normy ISO 9001:2015 w zakresie serwisowania urządzeń drukujących lub równoważnej (np. nowszej) oraz wdrożenia normy ISO 27001:2017 w zakresie implementacji i obsługi systemów zarządzania drukiem lub równoważną (np. nowszą) - Certyfikaty wydane przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA) lub równoważne w rozumieniu ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282). Poprzez zwrot „równoważny” Zamawiający rozumie certyfikat wystawiony przez uprawniony podmiot, który to certyfikat potwierdza spełnienie normy charakteryzującej się cechami właściwymi dla normy wymienionej przez Zamawiającego,

➤ (...),

§ 6 lit. I) SIWZ stanowi, iż co do potwierdzenia faktu zgodności oferowanego oprogramowania ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia Wykonawca udostępni Zamawiającemu oferowane oprogramowanie (system) do testowania lub dokona prezentacji działającego oprogramowania (systemu) w siedzibie Zamawiającego lub w drodze wideokonferencji. Ponadto zgodnie z ust. 4 lit. B tego paragrafu Zamawiający wskazał, że w celu wykazania przez Wykonawcę, że oferowane przez niego w Formularzu ofertowym usługi będą realizowane przy użyciu procesorów o parametrach wskazanych w Załączniku 1.3 do Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik Nr 1 do SIWZ) żąda od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą dokumentów wskazanych w załączniku nr 1.3 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik Nr 1 do SIWZ).

Zgodnie z § 12 pkt 1 Opis sposobu obliczenia ceny do obliczenia ceny ofertowej brutto stanowiącej jedną z podstaw wyboru oferty niezbędne jest wypełnienie Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest wypełnić ten formularz oraz dokonać obliczeń matematycznych zgodnie ze wskazówkami tam zawartymi.

W punkcie I Formularza Ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) należy wpisać:

- wartość brutto zamówienia podstawowego (cena brutto oferty) oraz wartość netto zamówienia podstawowego (cena netto oferty)

- wartość brutto zamówienia w ramach prawa opcji I (cena brutto oferty) oraz wartość netto zamówienia w ramach prawa opcji I (cena netto oferty)

- wartość brutto zamówienia w ramach prawa opcji II (cena brutto oferty) oraz wartość netto zamówienia w ramach prawa opcji II (cena netto oferty)

Wyliczone przez Wykonawcę, zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego ceny oferty brutto w zakresie zamówienia podstawowego i opcji I brane będą pod uwagę do porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach kryterium „Cena”.

Cena brutto w zakresie opcji II wskazana w Formularzu ofertowym nie będzie brana pod uwagę do porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach kryterium cena, a służy do obliczenia maksymalnej wartości umowy. Maksymalną wartość Umowy stanowi suma: ceny za zamówienie podstawowe, ceny za zamówienie w opcji I oraz ceny za zamówienie w opcji II.

Wyliczona przez Wykonawcę cena oferty musi obejmować wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. W cenie ofertowej powinny być ujęte wszystkie koszty konieczne do należytego wykonania usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ, a w szczególności w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik: nr 1 do SIWZ i dołączonym do SIWZ wzorze Umowy stanowiącym odpowiednio Załącznik nr 6 do SIWZ.

Dalej Izba ustaliła, że zgodnie z § 13 pkt 1 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert było kryterium określone jako „Uśredniony miesięczny koszt dzierżawy urządzeń w prawie opcji II” w ramach którego zamawiający oceniał wysokość ceny brutto za realizację usługi wynikająca z Formularza Ofertowego Wykonawcy z Tabeli 3, o wadze 5%.

Zgodnie do § 13 pkt 10 „Jeżeli cena brutto w kryterium „Cena” będzie się wydawać rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności będzie niższe o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwróci się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość wynagrodzenia, w szczególności w określonym w zakresie (...)”.

Stosownie do Załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt. I.4. Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia (zamówienie podstawowe) obejmuje:

Dostawę, instalację i uruchomienie systemu/ów posiadających funkcjonalności (szczegółową specyfikację systemów wskazano w załączniku nr 1.4 do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia):

- a. usługi wydruku podążającego,
- b. zdalnego monitorowania stanu zużycia materiałów eksploatacyjnych dla poszczególnych urządzeń drukujących (w zależności od technologii urządzenia),
- c. zdalnego monitorowania przez Wykonawcę stanu technicznego urządzeń przejętych od Zamawiającego oraz dostarczonych Zamawiającemu w ramach umowy,

- d. raportowania ilości wydruków dla poszczególnych urzędzeń drukujących – podsystem raportowy obsługujący wszystkie urządzenia Zamawiającego (ilości wydruków w zadanym okresie czasu),
- e. zapewnienia Zamawiającemu poprzez przeglądarkę WWW dostępu do serwisu umożliwiającego podgląd monitorowanych urzędzeń oraz generowanych raportów,
- f. sortowanie i zapisywanie skanowanych dokumentów w oparciu o kod kreskowy
- g. stałe monitorowanie aktualnego wykorzystania maksymalnej wartości zamówienia wraz z możliwością definiowania alertów o zbliżającym się wykorzystaniu maksymalnej wartości zamówienia
- h. skanowanie do pdf, pdf przeszukiwalnego, doc, docx, xls, xlsx (z OCR)
- i. usługi wirtualnego faksu (Web2Fax, Fax2Mail, Mail2Fax) - 30 analogowych linii telefonicznych + ok 100 użytkowników

Specyfikacja systemu stanowiła Załącznik nr 1.4 do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 Szczegółowy OPZ pkt XI. Zamawiający po dokonaniu oceny ofert i ustaleniu rankingu względem Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona wezwie Wykonawcę do przedstawienia oferowanego oprogramowania, celem jego sprawdzenia, co do zgodności oferowanego produktu z treścią wymagań opisanych w Załączniku 1.4 do OPZ. W tym celu Wykonawca udostępni Zamawiającemu oprogramowanie do testowania lub dokona testowej prezentacji działającego oprogramowania w siedzibie Zamawiającego lub w drodze wideokonferencji.

W pkt XVII Załącznika nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, odnośnie Prawa opcji nr II, Zamawiając wskazał, że:

- 1) Zamawiający przewiduje możliwość zwiększenia ilości dzierżawionych urzędzeń o następującą liczbę (maksymalnie)

TYP A*	TYP B*	TYP C*	TYP D*	TYP E*	TYP F*
35	27	10	2	6	6

\*typ urzędzeń opisanych w Załączaniu Nr 1.2 do SIWZ

przy czym wydzierżawiane urzędzenia muszą być nowe lub używane lecz nie starsze niż 36 miesięcy od daty produkcji, na których sporządzone zostało przed momentem instalacji u Zamawiającego nie więcej niż 200 000 wydruków.

- 2) W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji II, Wykonawcy przysługuje prawo do wynagrodzenia za dzierżawę każdej sztuki urzędzenia w ramach prawa opcji II w wysokości zgodnie z Tabelą 3 Formularza cenowego, natomiast ilość i zasady rozliczania stron wydruku na urzędzeniach z opcji II podlegają rozliczeniu na zasadach zgodnie z:

- Tabelą 1 Formularza cenowego w przypadku, gdy wydruk realizowany jest w ramach zamówienia podstawowego
- Tabelą 2 Formularza cenowego w przypadku, gdy wydruk realizowany jest w ramach opcji I.

- 3) Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w terminie obowiązywania umów. Zamawiający ma prawo skorzystania z opcji poprzez złożenie Wykonawcy oświadczenia woli, z zastrzeżeniem, że skorzystanie z ww. opcji może być realizowane wielokrotnie do wyczerpania liczb urzędzeń danego typu wskazanych w pkt 1). Zamawiający składając oświadczenie wskazuje liczbę i typ urzędzeń w ramach opcji.
- 4) Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi zmian umów.
- 5) Wykonawcy nie przysługuje prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie opcji, jeżeli Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji w toku realizacji umów.
- 6) Wynagrodzenie przysługuje tylko za faktycznie ilość urzędzeń dzierżawionych w ramach opcji.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1.2 do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia- Opis urzędzeń, które dostarczy wykonawca celem realizacji przedmiotu umowy: Urzędzenie typu E miało charakteryzować się m.in. następującymi parametrami: technologia wydruku – dowolna, kolor; złącza zewnętrzne - LAN 10/100 (opcja 1000MB); możliwość

zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS); w przypadku obecności gniazda USB dedykowanego do podłączenia zewnętrznych nośników pamięci musi istnieć możliwość jego skutecznej blokady z poziomu oprogramowania drukarki lub systemu centralnego zarządzania wydrukiem; poziom oddziaływania na środowisko i klimat - Tygodniowe typowe zużycie energii elektrycznej TEC (Typical Electricity Consumption) wynosi maksymalnie 2,4 kWh, panel sterowania- w formie przycisków na obudowie, opcjonalnie wyświetlacz.

W dniu 30 listopada 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym odpowiedzi na pytanie nr 12 w brzmieniu „Zamawiający nie przewiduje modyfikacji SIWZ w tym zakresie. Pomimo zakończenia programu Energy Star wyniki testów urządzeń są wciąż dostępne na wymienionych w SIWZ stronach internetowych. Zamawiający dopuszcza weryfikację oczekiwanych parametrów również alternatywną metodą – na podstawie specyfikacji technicznej producenta urządzenia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowód z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyjaśnień i zmian, informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawców JM Data Sp. z o.o. Sp.k. oraz Bluebrain Sp. z o.o. sp.k. oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dn. 4 lutego 2021 r. oraz dokumentów załączonych do złożonych przez Strony i uczestnika pism jak również dokumentów złożonych przez odwołującego podczas rozprawy tj. wydruk z korespondencji elektronicznej z firmą Canon dot. zgłoszenia nr 00157833 oraz zgłoszenia nr 00165345, wydruk umowy licencyjnej dla Canon PIXMA iX6800, wydruku Komunikatu nr 1/18/SZBI wydanego przez Polską Akademię Jakości Cer Sp. z o.o., wykazu akredytacji dla United Registrar of Systems Ltd odnośnie normy ISO 27001:2013 wraz z tłumaczeniem – odnośnie którego Izba uznała, że jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, wydruk korespondencji e-mail dot. TEC dla Canon ix 6850 wraz z tłumaczeniem.

Izba nie włączyła w poczet materiału dowodowego, wydruku ze strony Energy Star złożonego w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski, gdyż zgodnie z art. 506 ust. 2 nPZP wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym strona lub uczestnik postępowania, który się na nie powołuje przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Izba wzięła pod uwagę również stanowisko wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 marca 2021 r.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie. Izba dokonała oceny dowodów zgodnie z art. 542 ust. 1 nPzp, zgodnie z którym Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Przepis ten wprowadza zasadę swobodnej oceny dowodów zebranych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba nie jest związana ścisłymi regułami dotyczącymi postępowania dowodowego i dokonuje jego oceny zgodnie z zasadami logiki życiowej i na podstawie doświadczenia życiowego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów oraz opierając się na zgromadzonym materiale dowodowym, Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia w części.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia
- 2.art. 90 ust. 1 ustawy Pzp tj. 1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:
  - 1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. );
  - 2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
  - 3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
  - 4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
  - 5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem ;
- 5.art. 87 ust. 1 ustawy Pzp tj. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.
- 6.art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
- 7.art. 82 ust. 3 ustawy Pzp tj. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 8.art. 84 ust. 1 ustawy Pzp tj. Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.
- 9.art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w

- wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; [REDAKTOWANE]
10. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. [REDAKTOWANE]
11. art. 14 ust. 1 ustawy Pzp tj. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. i ), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, w zw. a art. 66 § 1 KC tj. § 1. Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. [REDAKTOWANE]

Cztery pierwsze zarzuty podniesione przez odwołującego związane są z zaferowaniem przez wykonawcę JM Data wynagrodzenia za dzierżawę każdego urządzenia w opcji II, bez względu na typ urządzenia, w wysokości 0,01 zł netto i 0,01 brutto, co łącznie przy uwzględnieniu liczby urządzeń w danym typie dało 40,42 zł netto oraz 49,72 zł brutto. W tym zakresie zarzuty odwołującego obejmowały zaniechanie odrzucenia oferty JM Data jako zawierającej rażąco niską cenę, zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny odnośnie tego elementu ceny, zaniechanie odrzucenia oferty JM Data mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji oraz zaniechanie odrzucenia oferty JM Data ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Rozpatrując te zarzuty Izba stwierdziła, iż są one niezasadne. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data, jako zawierającej rażąco niską cenę (RNC) lub koszt w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do dzierżawy urządzeń w ramach istotnego elementu ceny - prawa opcji II nie potwierdził się gdyż jest zarzutem przedwczesnym. Ustawa Pzp nie dopuszcza możliwości odrzucenia oferty bez wcześniejszego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Zasada ta wielokrotnie już została wyrażona w orzecznictwie zarówno Izby jak i TSUE w którym od dawna podnoszono że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, Izba stwierdziła odnosząc się do postanowień SIWZ tj. § 13 ust. 10 SIWZ, że badaniu w zakresie ceny rażąco niskiej winna podlegać cena za wszystkie elementy zamówienia, a nie tylko te które wskazał zamawiający i oceniane w ramach kryterium Cena, gdyż cenę oferty należy rozumieć jako cenę całkowitą za określony przez zamawiającego przedmiot zamówienia.

Izba stwierdziła, że zamówienia w ramach opcji II nie stanowi istotnego elementu stosowanie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do przedmiotu zamówienia i jako taki nie podlega samodzielnemu badaniu w zakresie RNC. Podkreślić należy, iż istotność elementu oferty należy badać w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała, iż ten element oferty nie jest elementem istotnym w stosunku do przedmiotu zamówienia ze względu na znikomą wartość opcji II w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualność skorzystania z tej opcji przez zamawiającego oraz ze względu na to, że dzierżawa urządzeń stanowi jeden z wielu elementów wchodzących w skład kompleksowej usługi. Odwołujący nie podniósł zarzutu RNC w stosunku do ceny oferty złożonej przez JM Data. Izba zwraca uwagę, że zarówno cena zaferowana przez przystępującego i odwołującego jest na niskim poziomie. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż nie potwierdził się również zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej odwołujący w odwołaniu postawił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uoznk - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na wysokość ceny w opcji II w odniesieniu do określonego w SIWZ kryterium oceny ofert „Uśredniony miesięczny koszt dzierżawy urządzeń w prawie opcji II” ze względu na sprzedaż tych „usług” poniżej kosztu ich realizacji, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium oceny ofert.

W ocenie Izby, również ten zarzut podlega oddaleniu. Zgodnie z ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei stosownie do treści uoznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 18 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2483/17, zgodnie z którym „aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaż poniżej kosztów zakupu.” Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, iż JM Data oferował sprzedaż usług będących przedmiotem zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia w określonym przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celu - tj. w celu eliminacji innych przedsiębiorców – takie twierdzenie odwołującego uznać należy za gołosłowne. Podkreślić należy, iż to na odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia podnoszonych twierdzeń stosownie do art. 534 ust. 1 nPzp, a w ocenie Izby nie wykazał on popełnienia przez JM Data czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Odnosnie tego elementu oferty JM Data odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, biorąc za podstawę argumentacji w tym zakresie również kwestię zaferowanej ceny i stwierdzając, że wycena kosztu pięciokrotnego przeniesienia urządzenia w ramach realizacji prawa opcji II do innej, nowej lokalizacji w ramach cen wydruku wskazanych w Tabeli 1 lub Tabeli 2, stanowi niezgodność z treścią SIWZ. Jednocześnie odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że przystępujący wycenił wskazane powyżej koszty w cenach wydruku tj. odwołujący nie wykazał, iż taka okoliczność faktycznie miała miejsce. Należy podkreślić, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko w sytuacji jej merytorycznej niezgodności z treścią SIWZ, przepis ten nie jest podstawą do badania poziomu zaferowanej ceny.

Izba zwraca uwagę, że odwołujący w znacznej mierze oparł zarzuty odwołania o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z tym należy wskazać na pewne kwestie ogólne odnoszące się do wszystkich zarzutów opartych na tym przepisie. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno określonym w dokumentacji

postępowania. Przy czym, jeśli mówimy o niezgodności, nie mamy na myśli jakichkolwiek wymagań, które zamawiający opisze w dokumentacji (SIWZ) ale takich, które odnoszą się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Z kolei termin oferta należy odczytywać na gruncie ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r. ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Stąd każdorazowo należy oceniać jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione oraz jaki zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SIWZ. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3297/20).

Przechodząc do kolejnego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data, jako niezgodnej z treścią SIWZ w odniesieniu do zaofertowanego urządzenia typu E – drukarka do okładek akt, zauważyć należy, iż zarzut ten został sformułowany odnośnie kilku parametrów przedmiotowej drukarki tj. złącza zewnętrznego - LAN 10/100 (opcja 1000Mb); możliwości zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS); w przypadku obecności gniazda USB dedykowanego do podłączenia zewnętrznych nośników pamięci musi istnieć możliwość jego skutecznej blokady z poziomu oprogramowania drukarki lub systemu centralnego zarządzania wydrukiem; poziomu oddziaływania na środowisko i klimat - tygodniowego typowe zużycia energii elektrycznej TEC (Typical Electricity Consumption) wynosi maksymalnie 2,4 kWh.

W ocenie Izby zarzut ten potwierdził się odnośnie zaofertowanej przez JM Data drukarki Canon iX6850, w zakresie dotyczącym możliwości zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS).

Izba wydając rozstrzygnięcie w tym zakresie oparła się na informacjach pochodzących od producenta oferowanego urządzenia tj. firmy Canon. Zgodnie z przedstawionymi przez zamawiającego i odwołującego wydrukami korespondencji z tą firmą, firma Canon każdorazowo potwierdziła, że drukarka PIXMA iX6850 nie obsługuje protokołu HTTPS. Ponadto producent potwierdził, iż nie ma możliwości rozszerzenia funkcjonalności urządzenia poprzez aktualizację oprogramowania układowego. Wobec powyższego Izba nie dała wiary oświadczeniu firmy Milestone przedłożonemu przez przystępującego, z którego wynika, iż firma ta zaproponowała przystępującemu wykonanie aplikacji do konfiguracji urządzeń Canon PIXMA iX6850. Izba uznała, iż jest to dowód niewiarygodny i niepotwierdzający posiadania przez oferowane urządzenie wymaganych funkcjonalności, a tylko zamiar ich stworzenia. Izba podziela podgląd przystępującego, iż dla rozstrzygnięcia tego zarzutu kluczowym jest stwierdzenie czy wydzierżawione urządzenie będzie obsługiwało ten protokół czy też nie. Dowód przedstawiony przez przystępującego nie potwierdza, iż dzierżawione urządzenie będzie obsługiwało wymagany protokół. Stosownie do OPZ zamawiający wymagał aby oferowane urządzenie posiadało „możliwość zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS)” wobec informacji firmy Canon uznać należy, iż przystępujący w zakresie tej funkcjonalności złożył ofertę w treści swej niezgodną z treścią SIWZ i jako taka podlegającą odrzuceniu. Z tego też względu Izba stwierdziła, że zarzut w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie. Nadmienić należy, iż firmę Canon jako wiarygodne źródło informacji uznał również przystępujący posługując się informacjami pozyskanymi od Canon przy wykazywaniu typowego zużycia energii (TEC).

Odnośnie wymaganej funkcjonalności dot. „w przypadku obecności gniazda USB dedykowanego do podłączenia zewnętrznych nośników pamięci musi istnieć możliwość jego skutecznej blokady z poziomu oprogramowania drukarki lub systemu centralnego zarządzania wydrukiem”, Izba stwierdziła że odwołujący nie wykazał, że przedmiotowa drukarka w odniesieniu do gniazda USB nie ma możliwości jego skutecznej blokady z poziomu oprogramowania drukarki lub systemu centralnego zarządzania wydrukiem - przedłożony dowód tj. informacja firmy Canon odnosił się tylko do poziomu oprogramowania drukarki nie odnosił się jednak do systemu centralnego zarządzania wydrukiem. Tak więc zarzut w tym aspekcie nie potwierdził się.

Odnośnie wymaganego złącza zewnętrznego LAN 10/100 (opcja 1000Mb) – Izba podziela stanowisko przystępującego, iż w tym zakresie wymaganie podstawowe zostało spełnione a nawet ewentualne nie spełnianie wymagania opcjonalnego pozostaje irrelevantne dla podstawy odrzucenia oferty.

W zakresie wymagania dot. tygodniowego typowego zużycia energii elektrycznej (TEC) dla urządzenia Canon PIXMA iX6850, wskazać należy, iż zamawiający wyjaśnieniami z dn. 30 listopada 2020 r. dopuścił weryfikację wymaganego poziomu parametru również w oparciu alternatywną metodę tj. na podstawie specyfikacji technicznej producenta urządzenia, a parametry przyjęte przez przystępującego do wyliczenia TEC zostały potwierdzone przez firmę Canon. Przedstawione przez przystępującego wyliczenia, które potwierdzają spełnienie wymaganego parametru na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, w ocenie Izby, nie zostały skutecznie podważone przez odwołującego – pomimo wskazywania na błędy w przedstawionych wyliczeniach odwołujący prócz głośnych twierdzeń, nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających iż urządzenie to charakteryzuje się innym zużyciem energii niż wyliczone przez przystępującego oraz że metodologia przyjęta do jego wyliczenia jest niewłaściwa. Wobec powyższego bez znaczenia pozostaje brak oferowanego urządzenia w zestawieniu znajdującym się na stronie internetowej zawierającej zestawienie urządzeń wraz z określeniem tygodniowego typowego zużycia energii elektrycznej tj. [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu) lub .

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że zarzuty we wskazanych powyżej aspektach nie potwierdziły się.

Aspekty zarzutu dotyczące panelu sterowania oraz technologii wydruku zostaną omówione przy ostatnim z zarzutów jako treściowo z nim tożsame.

Z powyższym zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powiązany jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp. k. z udziału w Postępowaniu jako wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie posiadania przez oferowane urządzenie typu E - drukarka do okładek akt, wymaganych przez Zamawiającego parametrów, podczas gdy urządzenie tych parametrów nie ma i nie może być do nich dostosowane.

Przed przejściem do omówienia tego zarzutu, wskazać należy kilka uwag natury ogólnej. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia, o której mowa w ustawie Pzp ma charakter obligatoryjny wobec czego zamawiający nie może odstąpić od dokonania takiej czynności w sytuacji

spełnienia się przesłanek, o których mowa w tym przepisie. ustawy Pzp wymaga łącznego zaistnienia poniższych przesłanek: 1) przedstawienie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd; 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Wprowadzenie w błąd polega na tym, iż dana osoba (sprawca) swoimi podstępными zabiegami doprowadza drugą osobę (pokrzywdzonego) do mylnego wyobrażenia o określonym stanie rzeczy. Za błąd w znaczeniu potocznym należy uznać niezgodność między obiektywną rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości człowieka, czyli mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie spraw lub brak takiego wyobrażenia. W art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wina nieumyślna podlega stopniowaniu pozwalającym na wyróżnienie niedbalstwa i lekkomyślności. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Kwestie działań wykonawców w zakresie oświadczeń, składanych wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym niewątpliwie należy analizować w kontekście należytej staranności mając na względzie treść art. 355 § 2 k.c., znajdującego zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ustawy Pzp. W stosunku do profesjonalistów - a za takich należy uznawać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, ponieważ określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności. Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, aby składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upewnił się, że to, co oświadcza, odpowiada prawdzie. Z uwagi na profesjonalny charakter działalności, wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 k.c. dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy uznać należy, iż niewątpliwie przystępujący w zakresie oświadczenia, iż oferowane urządzenie typu E posiada możliwość zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS), wprowadził zamawiającego w błąd, gdyż jak ustalono powyżej zaoferowane urządzenie takiej funkcjonalności nie posiada. Wobec przedłożonego jako załącznik do pisma procesowego oświadczenia firmy Milestone, stwierdzić należy, iż przystępujący miał świadomość tego faktu, niemniej jednak nie zaoferował produktu spełniającego oczekiwania zamawiającego. Izba stwierdziła, iż w związku z treścią oświadczenia firmy Milestone, które nie poświadczą, iż oferowane urządzenie posiada wyżej wskazaną funkcjonalność lecz deklaruje wykonanie w przyszłości aplikacji do konfiguracji urządzeń Canon PIXMA iX6850, wykonawca oferując urządzenie Canon PIXMA iX6850 godził się na możliwość nie spełniania przez oferowane urządzenie wymaganych parametrów tj. niespełnianie wymagań SIWZ. Aplikacja miała dopiero powstać i nie zostało zweryfikowane jej prawidłowe działanie. Sytuację taką ocenić należy co najmniej jako lekkomyślność. Podkreślenia również wymaga, że przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, iż przed terminem składania ofert próbował ustalić faktyczne funkcjonalności oferowanego urządzenia z jego producentem czy też w przypadku stwierdzenia, że Canon PIXMA iX6850 nie posiada możliwości zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS) nie poszukiwał rozwiązania tego problemu wspólnie z producentem, ani tak jak już wskazano nie zmienił oferowanego modelu urządzenia na inny charakteryzujący się wszystkimi parametrami wymaganymi przez zamawiającego. W ocenie Izby przystępujący nie wykazał, iż oferując urządzenie Canon PIXMA iX6850 dołożył należytej staranności, wymaganej przy tego rodzaju stosunkach, co do ustalenia cech oferowanego produktu. Wykonawca będąc profesjonalistą powinien mieć świadomość cech produktów, które zamierza zaoferować, a oferowane produktu powinny w sposób niebudzący wątpliwości spełniać wymagania SIWZ. Izba stwierdziła, iż została wypełniona również trzecia przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Niewątpliwie zamawiający w oparciu o deklarowane przez wykonawców cechy oferowanych urządzeń dokonywał badania i oceny ofert, a cechy te decydowały o tym, czy oferta zostanie uznana za prawidłową i mogąca być uznana za najkorzystniejszą czy też za podlegającą odrzuceniu. Wobec powyższego, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 27 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia JM Data z postępowania w związku z przedstawieniem informacji dot. charakteryzowania się przez urządzenie Canon PIXMA iX6850 możliwością zarządzania przez przeglądarkę (protokół HTTPS), co naruszało również zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dwa kolejne zarzuty tj. dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp.k. jako niezgodnej z treścią SIWZ w odniesieniu do zaoferowanego urządzenia typu B- drukarka monochromatyczna A4, w zakresie wskazanym w odwołaniu oraz naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie z wykonawcą JM Data Sp. z o.o. Sp. k. negocjacji dotyczących treści oferty w zakresie urządzenia typu B - drukarka monochromatyczna A4, podlegają oddaleniu, a że są ze sobą ściśle powiązane, zostaną omówione łącznie. Zarzuty te odwołujący wywodzi z faktu, iż zamawiający w OPZ dla urządzeń typu B określił wymiary maksymalne i dopuszczalną wagę oferowanego urządzenia. JM Data zaoferował w typie B urządzenia Brother drukarka laserowa HL-L6400DW + podajnik LT6505, typ HLL6400DWRWF1 + LT6505. Zamawiający wobec zaoferowania przez przystępującego tego samego typu urządzenia w zakresie urządzeń typu A (bez podajnika) powziął wątpliwość co do faktycznych wymiarów i wagi urządzenia oferowanego w typie B i wezwał przystępującego do wyjaśnień w tym zakresie – na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący potwierdził iż w ofercie podał wymiary urządzenia podstawowego i podał wymiary i wagę urządzenia wraz z podajnikiem. Bezspornym było, że przystępujący określając wagę i wymiary urządzenia typu B podał te wymiary bez uwzględnienia wagi i wymiarów podajnika oraz to że zarówno wymiary i waga urządzenia bez podajnika, jak i z podajnikiem mieszczą się w zakresie parametrów określonych przez Zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała, że oferta JM Data jednoznacznie potwierdzała, iż oferuje on urządzenie wraz z podajnikiem co wynika ze wskazania w ofercie nazwy oraz typu urządzenia oraz podajnika. Tak więc tę treść oferta zawierała. Izba uwzględniając również fakt, iż zarówno wymiary urządzenia bez podajnika jak i z podajnikiem mieszczą się w wymaganych przez Zamawiającego uznana, że uchybienie JM Data w tym zakresie jest nieistotne z punktu widzenia wymagań SIWZ i jako takie nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Wykonawca złożył jednoznaczne oświadczenie woli, iż oferuje urządzenie wraz z podajnikiem (określając jego nazwę i typ) a na skutek złożonych wyjaśnień upewnił zamawiającego o zgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganiami określonymi w SIWZ. Tym samym, nie doszło również do nieuprawnionych negocjacji co do treści oferty, gdyż bezsporne było, iż wykonawca zaoferował w typie B urządzenie wraz z podajnikiem i od początku spełniało ono wymagania co do jego maksymalnych wymiarów oraz wagi. Treść oferty w jej warstwie merytorycznej jest zgodna z SIWZ.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. Sp. k. jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego systemu

informatycznego, którego szczegółowe wymagania zostały określone w Załączniku nr 1.4 do OPZ, to jest zaoferowania jednego systemu, który nie spełnia parametrów i nie realizuje funkcjonalności określonych przez Zamawiającego, Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Izba nie podzieliła w tym zakresie argumentacji zamawiającego, iż oczekiwał podania przez wykonawców w formularzu ofertowym tylko nazwy systemu głównego, gdyż w związku z przeprowadzeniem dialogu technicznego miał świadomość, iż na rynku brak jest pojedynczego, gotowego programu typu „out of box” spełniającego wszystkie warunki opisane w szczegółowym OPZ stanowiącym załącznik do SIWZ. Zamawiający wskazywał, że pozostawił wybór oprogramowania dodatkowego w gestii wykonawcy. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślił, iż nie wymagał podania nazw wszystkich programów, które wykonawca zamierza zainstalować pozostawiając w tym zakresie dowolność wykonawcom. Takie twierdzenia nie znajdują oparcia w postanowieniach SIWZ. Ponadto jak stanowi definicja „system to zbiór powiązanych ze sobą elementów”. Elementy te mają zapewnić realizację funkcjonalności określonych przez zamawiającego w SIWZ, dlatego też zgodzić się należy z odwołującym, iż nie podanie przez przystępującego nazw wszystkich oferowanych programów było działaniem niezgodnym z SIWZ. Niewątpliwie dobór oprogramowania należał do wykonawców jak element składanej oferty. Zamawiający określając, w pkt 1.4 załącznika nr 1 do SIWZ szczegółowy OPZ, zakres zamówienia wskazał, iż obejmuje ono „Dostawę, instalację i uruchomienie systemu/ów posiadających określone funkcjonalności (szczegółową specyfikację systemów wskazano w załączniku nr 1.4 do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia)”. Już w tym postanowieniu SIWZ zamawiający odwoływał się do systemu lub systemów (używając liczby mnogiej), od których oczekiwał spełnienia wskazanych funkcjonalności rozwiniętych następnie w załączniku nr 1.4 do szczegółowego OPZ. Jedną z tych funkcjonalności było zapewnienie usług wirtualnego faksu (Web2Fax, Fax2Mail, Mail2Fax) - 30 analogowych linii telefonicznych + ok 100 użytkowników. Ponadto w załączniku nr 1.4 w pkt 10 Faksowanie ppkt. 1. zamawiający wskazał „System musi posiadać możliwość integracji z systemami faksowymi i przekazywać do tych systemów informację o zalogowanym użytkowniku w celu personalizacji procesów w tych systemach.” Jak słusznie zauważył odwołujący, zamawiający w SIWZ nie odwoływał się do pojęcia systemu głównego. Ponadto zgodnie z załącznikiem nr 1 szczegółowy OPZ pkt XI. Zamawiający ustalił, „iż po dokonaniu oceny ofert i ustaleniu rankingu względem Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona wezwie Wykonawcę do przedstawienia oferowanego oprogramowania, celem jego sprawdzenia, co do zgodności oferowanego produktu z treścią wymagań opisanych w Załączniku 1.4 do OPZ. W tym celu Wykonawca udostępni Zamawiającemu oprogramowanie do testowania lub dokona testowej prezentacji działającego oprogramowania w siedzibie Zamawiającego lub w drodze wideokonferencji.” Przystępujący w ofercie w poz. „oferujemy system” wskazał tylko jedną nazwę „Papercut”. W ocenie Izby postanowienia SIWZ w tym zakresie są jednoznaczne i spójne i ich celem było określenie przez wykonawców jakie oprogramowanie oferują w związku z koniecznością zapewnienia wymaganych funkcjonalności i to właśnie oprogramowanie miało być przedmiotem oceny w toku prezentacji, a dokonywana ocena miała potwierdzić spełnianie przez oferowane oprogramowanie wymaganych funkcjonalności opisanych w załączniku nr 1.4 do SIWZ. Powyższe ustalenia potwierdza również „ocena oferty” przystępującego z dn. 1 lutego 2021r., w której wskazano, iż zamawiający wezwał przystępującego m.in. do „potwierdzenia faktu zgodności oferowanego oprogramowania ze szczegółowym OPZ wykonawca udostępni zamawiającemu oferowane oprogramowanie (system) do testowania lub dokona prezentacji działającego oprogramowania (systemu) w siedzibie zamawiającego lub w drodze wideokonferencji”. W dokumencie tym zamawiający wymiennie używa słów system i oprogramowanie, co również podważa argumentację zamawiającego żądaniu tylko wskazania nazwy „systemu głównego”.

Stąd też nieuprawniona była ocena przez zamawiającego w ramach przeprowadzonej prezentacji innych niż Papercut oprogramowań, gdyż nie zostały one zaoferowane w ofercie. Z dokumentacji postępowania wynika, iż w dn. 1 lutego 2021 r. odbyły się wideokonferencje dotyczące programów Papercut, Umango, Docslide, Proactive Care, FaxMaker oraz Acronis Cyber Protect. Bezspornym było (ani zamawiający ani przystępujący nie zaprzeczyli tej okoliczności), iż oprogramowanie Papercut nie realizuje m.in. funkcjonalności obsługi wirtualnego faksu. W ocenie Izby, powyższe skutkuje koniecznością stwierdzenia niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, gdyż złożona oferta i zadeklarowane w niej świadczenie w zakresie funkcjonalności obsługiwanych przez oferowany system nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do zmiany treści oferty przez JM Data Sp. z o.o. Sp. k. po terminie złożenia ofert i przeprowadzenie prezentacji oprogramowania innego niż oferowane i wskazane w ofercie tego wykonawcy, Izba stwierdziła, iż został on skonsumowany poprzez uwzględnienie poprzedniego zarzutu. Ponadto w ocenie Izby zarzut ten został błędnie skonstruowany poprzez przywołanie przepisów art. 82 ust. 2 ustawy Pzp i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, które nie nakładają na zamawiającego obowiązku dokonania lub zaniechania określonych czynności i są przepisami regulacyjnymi. Z kolei art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp nie został naruszony gdyż nie znalazł on zastosowania w zakresie przywołanych przez odwołującego okoliczności leżących u podstaw zarzutu.

Jednocześnie, w ocenie Izby w zakresie prezentacji niezaoferowanego w ofercie oprogramowania nie potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej odnośnie omawiania już zarzutu naruszenia tego przepisu w innych okolicznościach faktycznych, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga łącznego zaistnienia poniższych przesłanek: 1) przedstawienie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd; 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych leżących u podstaw aktualnie rozpatrywanego zarzutu nie można mówić w wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Oferta przystępującego była jasna – zaoferował system Papercut i w tym zakresie powinna zostać przeprowadzona prezentacja. Przywołany wyżej dokument „ocena oferty” potwierdza, iż zamawiający miał świadomość przeprowadzenia wideokonferencji dotyczących innych niż Papercut oprogramowań, które nie powinny podlegać ocenie – nie sposób z tego jednak wywieść, iż przystępujący w ten sposób wprowadził zamawiającego w błąd co do zawartości oferty. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

W ocenie Izby, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. Sp. k. mimo, iż wykonawca ten nie potwierdził, że oferowana przez niego usługa będzie zgodna z warunkami na jakich Zamawiający chciał by usługa ta była świadczona, to jest z poszanowaniem norm co do których wydany został certyfikat ISO 27001:2017 lub równoważny (w tym nowszy). Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodu i nie wykazał, iż przedłożony przez przystępującego certyfikat nie jest certyfikatem równoważnym w stosunku do wymaganego. Jak stwierdził odwołujący w odwołaniu poprzez zwrot „równoważny” zamawiający rozumie certyfikat wystawiony przez uprawniony podmiot, który to certyfikat potwierdza spełnienie wymagań normy charakteryzującej się cechami właściwymi dla normy wymienionej przez zamawiającego. Przystępujący złożył certyfikat potwierdzający zgodność systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji z normą

27001:2013. Przystępujący, w toku postępowania odwoławczego, przedłożył pismo United Registrar of Systems Polska sp. z o.o. w którym jednostka ta wyjaśnia, iż 31 marca 2017 r. norma BS ISO/IEC 27001:2013 została zaktualizowana do wersji BS EN ISO/IEC 27001:17, a zmiana dotyczy tylko dodania statusu „EN”. Ponadto jednostka wskazała, że nowa norma ISO/IEC 27001:2017 nie zmienia się pod kątem treści w odniesieniu do normy ISO/IEC 27001:2013. Informacje te znajdują potwierdzenie również w przedstawionym przez odwołującego komunikacie nr 1/18/SZBI Polskiej Akademii Jakości Cert Sp. z o.o., w którym odnośnie wprowadzenia nowej edycji normy 27001:2017 czytamy „Nowa edycja normy EN ISO/IEC 27001:2017 wprowadza wymagania międzynarodowego standardu ISO/IEC 27001:2013 wraz z poprawkami wprowadzonymi w latach 2014 i 2015. Należy pamiętać, że nie ma to wpływu na wersję ISO normy, a zmiany nie wprowadzają żadnych nowych wymagań.” W ocenie Izby, w oparciu o przedłożone dokumenty nie sposób uznać, iż norma 27001:2017 różni się od normy 27001:2013 na płaszczyźnie merytorycznej o tyle, że nie można uznać jej za „równoważną”, zgodnie z rozumieniem równoważności przywołanym przez odwołującego. Odwołujący w odwołaniu i w toku rozprawy nie wykazał, iż obie normy swą merytoryczną treścią różnią się od siebie w sposób niepozwalający uznać je za równoważne (w szczególności nie przedstawił i nie powoływał się na brzmienie konkretnych postanowień norm). Wobec powyższego brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności przedłożonego certyfikatu z treścią SIWZ.

Potwierdził się natomiast zarzut odwołania wskazujący na okoliczność, iż przystępujący nie potwierdził, że oferowany przez niego procesor na wymaganą wydajność na dzień wskazany przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający dla oferowanych serwerów wymagał procesorów o określonej minimalnej liczbie punktów uzyskanych w teście Passmark – CPU Mark wg wyników procesorów publikowanych na stronie. Na potwierdzenie spełnienia przez oferowany procesor tego wymagania, zamawiający żądał aby Wykonawca załączył do oferty wydruk (stronę) z oferowanym procesorem z ww. strony z dnia składania oferty przez Wykonawcę. Ponadto zamawiający wskazał w SIWZ, że dokona weryfikacji zgodności oferowanego procesora z opisem powyżej na podstawie:

- wydruku załączonego przez Wykonawcę,
- w przypadku procesora nieuwzględnionego w w/w rankingu poprzez weryfikację dokumentów złożonych przez Wykonawcę.

Bezspornym jest, że przystępujący załączył do oferty wydruk ze strony testu z dnia poprzedzającego dzień złożenia oferty. Wobec powyższego bezsporne jest, iż w tym zakresie oferta przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Jednocześnie nie do przyjęcia jest argumentacja zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie, iż zamawiający sam zweryfikował aktualność wyników testów procesorów wchodząc na odpowiednie strony internetowe, gdyż stoi ona wprost w sprzeczności z zasadami oceny tego parametru ustalonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Jednocześnie Izba stwierdziła, że dokument potwierdzający wynik testu stanowi dokument o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i jako taki podlega konwalidacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niemniej jednak, wobec uprzedniego stwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, Izba uznała za bezprzedmiotowe nakazywanie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu, gdyż czynność ta nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania, a tylko w takim przypadku zarzut podlega uwzględnieniu, stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp. Izba stwierdziła wobec powyższego, że żądanie odwołującego stwierdzenia niezgodności w tym obszarze treści oferty przystępującego z treścią SIWZ jest przedwczesne i jako takie nie może stanowić podstawy uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przechodząc do ostatniego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i poprzez art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 66 § 1 kc przez zaniechanie odrzucenia oferty JM Data Sp. z o.o. Sp. k. mimo, iż wykonawca ten złożył ofertę nie precyzującą części parametrów oferowanych urządzeń, wbrew wymaganiu przez Zamawiającego wskazania w ofercie parametrów oferowanych. Odwołujący w odwołaniu wskazał na kilkanaście takich pozycji dot. urządzeń typu A, C, D, E, F, serwerów typ 1, 2 i 3 oraz Mechanizmu Backup & Recovery – w ocenie odwołującego oświadczenie w takim brzmieniu nie stanowi zobowiązania ofertowego co do dostarczenia urządzenia czy rozwiązania z oferowanymi parametrami, jest jedynie powtórzeniem wymagania Zamawiającego co do wymagań minimalnych, które przez wykonawcę miały być skonkretyzowane w ofercie. Mając na uwadze argumentację odwołującego, Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Izba podziela argumentację zamawiającego, który wskazywał, iż powtórzenie przez przystępującego sformułowań użytych w szczegółowym OPZ stanowi potwierdzenie dla Zamawiającego, że oferowane urządzenia, podzespoły lub funkcjonalności deklarowane przez wykonawcę spełniają minimalne wymagania. Izba stwierdziła, że w pewnym zakresie zamawiający swoje wymagania sformułował w sposób ogólny na minimalnym poziomie, pozostawiając wykonawcom swobodę co do oferowanych parametrów, zastrzegając przy tym elementy dla zamawiającego niedopuszczalne. Wobec powyższego Izba uznała, że w tym konkretnym stanie faktycznym nie można uznać treści oferty przystępującego za niezgodną z treścią SIWZ, gdyż oferta ta spełnia minimalne wymagania zamawiającego, wobec czego nie może zostać uznana za niezgodną z treścią SIWZ.

Jednocześnie w ocenie Izby brak jest podstaw do zastosowania w niniejszej sprawie art. 533 ust. 2 nPzp, ze względu na fakt, iż strony i uczestnik wyczerpująco przedstawili swoje stanowiska w toku postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3, § 7 ust. 4 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie

z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał

pozostałych zarzutów odwołania. Zgodnie z ust. 4 tego przepisu, w takim przypadku Izba rozdziela 1) wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego lub od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw kwotę, której wysokość ustali, przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, mając na względzie, ile spośród tych zarzutów było objętych sprzeciwem uczestnika wnoszącego sprzeciw; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym lub uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, mając na względzie, ile spośród tych zarzutów było objętych sprzeciwem uczestnika wnoszącego sprzeciw. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 3/13 i bezzasadne w pozostałej części 10/13. Kosztami postępowania obciążono, zatem uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw w części 1/13, Zamawiającego w części 2/13 i Odwołującego w części 10/13. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 18 600,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 14 308,00 zł (18 600,00 zł x 10/13), podczas gdy zamawiający odpowiadał za koszty do kwoty 2 862 zł, a uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw za koszty do kwoty 1 431 zł. Zgodnie z §7 ust. 6 Izba koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągliła w górę do pełnych złotych.

**Przewodniczący:.....**