Sygn. akt KIO 1210/23

WYROK

z dnia 15 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie z siedzibą w Warszawie:

   1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach.

   1.2. Odtajnienie wyjaśnień wykonawcy DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach z dnia 8 marca 2023 r. wraz ze wszystkimi załącznikami.

   1.3. Odrzucenie oferty wykonawcy DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.).

   1.4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcę DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach i:

   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania.

   2.2. Zasądza od uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach na rzecz odwołującego – wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1210/23

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na

podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę centralnego wydruku wraz z najmem urządzeń wielofunkcyjnych na 48. miesięcy dla KZGW".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 listopada 2022 r., pod numerem 2022/S 219-629183.

W dniu 28 kwietnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które były niezgodne z przepisami ustawy PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca DKS") jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny stanowiących uzupełnienie do wyjaśnień już wcześniej złożonych pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 1),

2) art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień w zakresie ujawnionym Odwołującemu wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DKS pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca DKS nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ustawy PZP i nie sprostał obowiązkowi wskazanemu w art. 224 ust. 5 ustawy PZP, natomiast Zamawiający w nieuprawniony sposób wezwał ponownie wykonawcę DKS do złożenia wyjaśnień i tym samym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności badania, oceny oraz wyboru ofert,

2) odtajnienie w pełni uzupełnionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wszystkich załączników do tych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę DKS i udostępnienie ich Odwołującemu,

3) odrzucenie oferty wykonawcy DKS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP jako zawierającej rażąco niską cenę,

4) ponowną ocenę ofert i wybór oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania Odwołujący podał, że wśród udostępnionych mu w dniu 19 kwietnia 2023 r. przez Zamawiającego dokumentów nie znajdują się dokumenty, które zostały utajnione przez wykonawcę DKS, a stanowią uzupełnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający początkowo odrzucił ofertę wykonawcy DKS z powodu rażąco niskiej ceny, ale po wniesionym przez tego wykonawcę odwołaniu Zamawiający cofnął swoją decyzję i przystąpił do ponownego badania

oferty wykonawcy DKS wzywając go w dniu 3 marca 2023 r. do uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego treść utajnionych wyjaśnień i oświadczeń załączonych do nich ma istotny wpływ na wybór oferty. Odwołujący zauważył, że naczelną zasadą zamówień publicznych jest jawność postępowania i każdy wykonawca, który przystępuje do postępowania publicznego, powinien liczyć się z tym, że podlega on ocenie nie tylko Zamawiającego, ale również ze strony swojej konkurencji. Zasada ograniczenia jawności nie może być nadużywana i wykorzystywana do celowego ograniczania konkurencji i powinna mieć ona miejsce tylko w wyjątkowych, określonych przypadkach. Jednocześnie ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca DKS w piśmie z dnia 8 marca 2023 r. nie zawarł informacji o utajnieniu oświadczeń producenta CANON i oświadczenia PESTAR, bo jedynie lakonicznie wskazał, że utajnia 3 załączniki do wyjaśnień, natomiast Zamawiający z niewiadomych przyczyn dokonał odtajnienia jednego z nich mimo, że uzasadnienie jest takie samo dla wszystkich dokumentów. Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie utajnienia wyjaśnień wykonawcy DKS nie zawiera w żadnym punkcie wyjaśnienia konieczności utajnienia wskazanych oświadczeń, zaś samo krótkie uzasadnienie jest lakoniczne, szablonowe, nie zawiera, żadnych dowodów i brak jest wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania tego przed Zamawiającym i do ochrony tych informacji, jednak wykazanie to nie może ograniczać się do kilku zdań niepopartych dowodami. Skoro wykonawca DKS nie wyraził pisemnego zastrzeżenia tajemnicą załączonych oświadczeń, to Zamawiający nie ma prawa sam utajniać informacji niechronionych przez wykonawcę składającego mu ofertę. Dla skutecznego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wystarczy poprzestać na twierdzeniu, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na poparcie swoich tez Odwołujący powołał się na wyroki Izby z dnia 23 czerwca 2020 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 846/20, z dnia 10 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3040/20 i wyrok z

dnia 23 lutego 2023 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 290/23 i KIO 291/23.

Odwołujący zauważył, że w okolicznościach tej sprawy istotny jest fakt, że zastrzeżone przez wykonawcę DKS informacje są uzupełnieniem wyjaśnień wcześniej już odtajnionych, zatem niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego, który w tej samej sprawie zachowuje się dwojako. Powołując się na wyrok Izby z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 846/20 Odwołujący zauważa również, że uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów do nich załączonych wygasa wraz z upływem czasu na

ich złożenie, zatem wszelkie próby wykazywania tego przez wykonawcę na późniejszym etapie nie może zostać uznane za skuteczne. W niniejszej sprawie ukryte przez Zamawiającego informacje dotyczą kalkulacji już ujawnionych. Idąc dalej Odwołujący wskazuje, że zasada jawności wyrażona wprost w art. 18 ust 1 ustawy PZP doznaje ograniczenia w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, więc jeżeli ktokolwiek powołuje się na tajemnicę przedsiębiorstwa, to musi wykazać przesłanki zawarte w tym przepisie. Odwołujący powołał się przy tym na liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (m. in. wyrok z dnia 19 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 656/21, wyrok z dnia 11 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 968/21, wyrok z dnia 18 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 662/21, wyrok z dnia 28 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1633/21, wyrok z dnia 12 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1701/21), jak również Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy PZP oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 133/21. Odwołujący podsumował uzasadnienie zarzutu nr 1 odwołania stwierdzając, że fakt utajnienia istotnych dla oceny prawidłowości przeprowadzonego badania ofert elementów wyjaśnień odbiera Odwołującemu prawo do obrony jego interesów, gdyż na wstępnym etapie postępowania to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Dlatego wybór oferty powinien mieć miejsce dopiero po uzyskaniu możliwości oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty konkurencyjnej.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania Odwołujący podał, że uzasadnienie to opiera się głównie na pierwotnych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w zakresie nieodtajnionych treści dokumentów i zawartych tam domniemaniach, gdyż tak zdawkowo udostępnione informacje nie pozwalają na pełne uzasadnienie i kompleksowe wykazanie, że oferta wykonawcy DKS zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zwrócił uwagę na, jego zdaniem, dwa istotne elementy, które w wyniku odtajnienia, wzbudziły jego wątpliwości i czynią wyjaśnienia konkurencyjnego wykonawcy nierzeczywistymi i nierealnymi. Po pierwsze Odwołujący wskazał na braki, niezgodności i nieprawidłowości przedstawionej przez wykonawcę DKS kalkulacji, mimo szczegółowego wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Odwołujący zalicza do nich następujące okoliczności:

1) przedstawiona faktura VAT dotyczy zakupu 15, a nie 20 sztuk urządzeń marki CANON – Zamawiający nie ma potwierdzenia czy wykonawca DKS kupi w tej samej cenie urządzenia drukujące (od grudnia była podwyżka wszystkich urządzeń firmy CANON), przy założeniu, że

wycena zakupu urządzeń jest kalkulowana przez producenta urządzeń zawsze z uwzględnieniem zapisów SWZ do każdego postępowania, wykonawca DKS wykonując kalkulację kosztów 20 urządzeń wielofunkcyjnych nie poparł jej żadnymi dowodami,

2) przedstawiona kalkulacja uwzględnia połowę wartości urządzeń (96 miesięcy), a nie jak wymagał Zamawiający 48 miesięcy, brak jest również dowodu, że wartość urządzeń po okresie 48 miesięcznego najmu będzie wynosić połowę ceny zakupu, według oceny Odwołującego urządzenia po 4 latach użytkowania tracą na wartości od 70 do 90 % wartości początkowej,

3) przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia kosztu 48 miesięcznej gwarancji – Odwołujący zauważa, że przy zastosowaniu materiałów eksploatacyjnych firm zewnętrznych urządzenia nie podlegają gwarancji producenta urządzenia, w tym przypadku CANON Polska,

4) przedstawiona kalkulacja kosztu kopii / wydruku uwzględnia tylko koszt tonera – przy zastosowaniu tonerów niewyprodukowanych przez producenta urządzeń należy uwzględnić koszt potrzebnych innych materiałów eksploatacyjnych, które mogą uleć szybszej eksploatacji lub awarii takich jak: Bęben C-EXV58 Black oraz bębny C-EXV58 Colour, Developing Assembly Black, Developing Assembly Colour, Waste Toner Container, Fixing Assembly High oraz koszt części zamiennych wraz z ich usługą wymiany, producent urządzeń nie potwierdza wydajności materiałów eksploatacyjnych przy zastosowaniu tonerów innych dostawców, jednocześnie Odwołujący podnosi, że wykonawca DKS nie wycenił w ogóle materiałów eksploatacyjnych podlegających wymianie po określonej ilości wykonanych skanów, skoro Zamawiający nie określił żadnego limitu ilości wykonywanych skanów, to według Odwołującego świadczenie tej nieodpłatnej funkcjonalności powinno być zawarte w kalkulacji,

5) przedstawiona oferta firmy ITS dotycząca oprogramowania PaperCutMF pochodzi z dnia 13 stycznia 2023 r. i nie dotyczy tego postępowania, oferta firmy ITS nie uwzględnia oprogramowania OCR (PaperCutMF Umango), jak również czytników kart zbliżeniowych UNIQUE 125kHz,

6) przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia kosztów wdrożenia systemu Centralnego Wydruku,

7) przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia kosztów obsługi serwisowej oprogramowania i urządzeń CW oraz kosztów okresowych przeglądów urządzeń oraz przeprowadzania ich konserwacji zgodnie z zaleceniami producenta urządzenia (w przypadku tego konkretnego urządzenia – co 5 miesięcy),

8) przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia kosztów odbioru i utylizacji materiałów eksploatacyjnych zgodnie z obowiązującym prawem,

9) przedstawiona kalkulacja nie zawiera żadnych dowodów na wycenę kosztu transportu, instalacji urządzeń i szkolenia użytkowników.

Po drugie zdaniem Odwołującego kolejne wzywanie wykonawcy DKS do wyjaśnień rażąco niskiej ceny było nieuprawnionym działaniem Zamawiającego, gdyż w ten sposób Zamawiający doprowadził do sytuacji nierównego traktowania wykonawców. Wyjaśnienia wykonawcy DKS złożone pierwotnie były nierzetelne a to według ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej wyklucza możliwość ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego ponowne wezwanie do wyjaśnienia sprowadzałoby się bowiem w takiej sytuacji do dania wykonawcy „drugiej szansy", a to z kolei jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, w tym z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący powołał się na tezy wynikające z wyroków Izby z dnia 13 października 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2025/14 i z dnia 24 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2380/17. W ocenie Odwołującego Zamawiający miałby obowiązek wezwać ponownie wykonawcę do złożenia wyjaśnień jedynie w sytuacji, w której jego pierwsze wezwanie byłoby ogólnikowe, a taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie miała miejsca. Z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy DKS z dnia 8 marca 2023 r. wynika bowiem, że ten wykonawca zawarł nową kalkulację rażąco niskiej ceny, którą na nowo postanowił utajnić.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania. W szczególności wbrew twierdzeniom uczestnika postępowania odwoławczego w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zaistniała

przesłanka określona w art. 528 pkt 4 ustawy PZP, tj. że odwołanie złożone przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że w tym samym postępowaniu przetargowym na jego wcześniejszym etapie odwołanie w dniu 17 lutego 2023 r. złożył wykonawca DKS. Postępowanie odwoławcze wywołane tym odwołaniem prowadzono pod sygn. akt KIO 435/23 i w dniu 27 lutego 2023 r. zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego z powodu zaistnienia przesłanki określonej w art. 568 pkt 2 ustawy PZP. W uzasadnieniu tego postanowienia Izba wskazała, że „w ocenie składu orzekającego, postępowanie odwoławcze stało się zbędne – przedmiot zaskarżenia przestał istnieć. Zamawiający nie uwzględnił odwołania, ale unieważnił skarżoną odwołaniem czynność". Zatem w sprawie, na którą w swoim wniosku o odrzucenie odwołania powołał się wykonawca DKS, nie doszło ani do wydania wyroku, ani do uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego. Utożsamianie sytuacji umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 522 ust. 1 lub 2 ustawy PZP z umorzeniem na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP jest nieuprawnione, gdyż są to dwie różne przesłanki umorzenia postępowania, które znajdują zastosowanie w odmiennych stanach faktycznych.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę DKS, albowiem zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią

odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 maja 2023 r. i stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w jego pismach z dnia 5 i 12 maja 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej. Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę centralnego wydruku wraz z najmem urządzeń wielofunkcyjnych na 48. miesięcy dla KZGW". Numer referencyjny tego zamówienia to: KZGW/KI/36/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 listopada 2022 r., pod numerem 2022/S 219-629183.

Oferty w postępowaniu złożyło 9 wykonawców, z czego najtańsza była oferta wykonawcy DKS opiewająca na kwotę 634 089 zł 60 gr (słownie: sześćset trzydzieści cztery tysiące osiemdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt groszy).

W dniu 10 stycznia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę DKS do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. W uzasadnieniu swojego pisma Zamawiający podał, że wartość zamówienia podstawowego ustalił na kwotę 1 467 072 zł 00 gr brutto, natomiast średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu wynosiła 1 131 711 zł 52 gr. Zamawiający wskazał, że cena oferty wykonawcy DKS wynosi 634 089 zł 60 gr brutto i jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania o ponad 30% (56,78%) oraz niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie o ponad 30% (43,97%). W związku z tym Zamawiający zwrócił się do wykonawcy DKS o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca DKS w odpowiedzi na wezwanie powinien udzielić wyczerpujących szczegółowych wyjaśnień na temat elementów mających wpływ na wartość złożonej oferty, które uważa za istotne. Wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, dotyczyć powinny w szczególności:

1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostawy czy świadczonych usług,

2) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań organizacyjnych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,

3) innych czynników, które wpłynęły na niską cenę oferty.

Ponadto, złożone wyjaśnienia powinny potwierdzać, że złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentach zamówienia, a cena oferty zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku. Zamawiający podkreślił, że ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie czy zaoferowana cena została skalkulowana rzetelnie i czy w związku z tym wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieć charakter merytoryczny, przy czym wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty za wykonanie zamówienia.

Zamawiający zażądał również przesłania wszelkich informacji oraz dowodów, na temat sposobu obliczenia ceny oferty, które wykonawca uzna za istotne, a których Zamawiający nie wymienił.

W dniu 16 stycznia 2023 r. wykonawca DKS złożył wyjaśnienia, w których na drugiej stronie zastrzegł, że dane zawarte w jego dokumencie na str. 3-14 stanowią informację niejawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i pod żadnym pozorem nie powinny zostać ujawnione nikomu poza Zamawiającym. Wykonawca DKS wskazał, że wyjawienie informacji zawartych w jego piśmie może w znaczący sposób utrudnić mu konkurowanie na rynku, gdyż konkurencja znając kwoty zakupów, warunki umowy, oraz wszelkie kalkulacje, może uwzględnić je w swoich przyszłych przetargach, co może utrudnić mu sprzedaż. Wykonawca ten podkreślił też, że dane zawarte w wyjaśnieniach nie były nigdy udostępniane publicznie. W merytorycznej części wyjaśnień wykonawca DKS wskazał, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę centralnego wydruku wraz z najmem urządzeń wielofunkcyjnych w okresie 48 miesięcy złożył ofertę w kwocie:

1) 412 zł 00 gr netto – miesięczna cena za każde wynajęte urządzenia wraz oprogramowaniem,

2) 0 zł 01 gr netto – cena jednostkowa za wydruk formatu A4 monochromatyczny,

3) 0 zł 05 gr zł netto – cena jednostkowa za wydruk formatu A4 kolorowy.

Wykonawca DKS wyjaśnił też, że na wysokość zaproponowanej ceny mają wpływ następujące elementy:

1) cena zakupu 20 urządzeń, koszt transportu, koszt przygotowania i instalacji oraz szkolenia, koszt oprogramowania wraz z czytnikami kart zbliżeniowych,

2) koszty eksploatacji 20 urządzeń w okresie 48 miesięcy przy założeniu limitów podanych przez Zamawiającego.

W zakresie zakupu urządzeń i oprogramowania wraz z kosztami transportu, instalacji i szkolenia wykonawca DKS na str. 4 wyjaśnień zaprezentował tabelę, w której przedstawił zaproponowane w swojej ofercie urządzenia wielofunkcyjne wraz oprogramowaniem z ich cenami zakupu. Zaoferowane urządzenia są fabrycznie nowe, a ich zakładany minimalny cykl pracy przy realizacji usług drukowania wynosi 96 miesięcy. Przy uwzględnieniu czasu realizacji usługi u

Zamawiającego (48 miesięcy) jego kalkulacja zakłada, iż po okresie najmu w KZGW urządzenia te będą realizowały podobną usługę u innego klienta wykonawcy, co pozwala mu kalkulować ich całkowitą wartość w okresie 96 miesięcy. Łączna marża zrealizowana na wynajmie urządzeń oraz oprogramowania wynosi 205 672 zł 80 gr netto, co stanowi 52%

wartości netto oferty w tym zakresie. Na dowód tego wykonawca DKS przedstawił fakturę zakupu. W zakresie transportu urządzeń do lokalizacji Zamawiającego wykonawca DKS wskazał, że łączny koszt transportu 20 urządzeń wraz z wniesieniem to 3 000 zł 00 gr netto. W zakresie wyceny pracy techników serwisu wykonawca DKS założył, że przygotowanie oraz instalacja 20 urządzeń oraz systemu to średnio ok. 1 roboczogodziny na urządzenie. Koszt 1 roboczogodziny pracy jego technika serwisu to 75 zł 00 gr netto. Łączny koszt związany z instalacją wyniesie zatem 1 500 zł 00 gr netto. Dodatkowo trzeba także doliczyć koszt związany z przeszkoleniem użytkowników, który oszacował na kwotę 200 zł 00 gr netto.

W odniesieniu do kosztów eksploatacji wykonawca DKS podał, że na ceny wydruków, które przedstawił w swojej ofercie, największy wpływ mają koszty materiałów eksploatacyjnych, które są zalecane do wymiany przy odpowiednich wydajnościach urządzeń. W tabeli znajdującej się na str. 5 wyjaśnień przedstawił szczegółowe kalkulacje cen wydruków, które zaoferował Zamawiającemu. Tabele zawierają wartość przedstawionego przez Zamawiającego wolumenu wydruków w cenach jego zakupu, w cenach ofertowych oraz wartość planowanej marży. Łączna planowana marża na eksploatacji wszystkich urządzeń przy założonym wolumenie w okresie 48 miesięcy wyniesie 41 378 zł 80 gr netto, co stanowi 34,48% marży. Na poparcie swoich wyliczeń wykonawca DKS załączył faktury zakupowe materiałów eksploatacyjnych oraz inne dokumenty dotyczące udzielonej oferty cenowej. W podsumowaniu wykonawca DKS wskazał, że całkowite koszty jego oferty wynoszą 273 168 zł 00 gr, gdzie wartość urządzeń wraz z oprogramowaniem to 189 847 zł 20 gr, koszt eksploatacji to 78 621 zł 20 gr, koszt transportu to 3 000 zł 00 gr, koszt instalacji to 1 500 zł 00 gr, natomiast koszt szkolenia to 200 zł 00 gr. Łączna wartość złożonej przez wykonawcę oferty to 515 520 zł 00 gr netto, z czego wynika, że zakładana przez niego marża wynosi 242 351 zł 60 gr netto, co stanowi 47% wartości oferty.

Następnie w dniu 23 stycznia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę DKS, że po dokonaniu analizy zasadności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji zawartych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny zawartej w ofercie, uznał dokonanie

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne. Dodał, że treść odpowiedzi na wezwanie zostanie w całości odtajniona oraz przekazana do wglądu na wniosek pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Następnie w dniu 3 marca 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę DKS do dodatkowego wyjaśnienia treści udzielonych wyjaśnień w zakresie ceny wskazanej w ofercie w piśmie z dnia 16 stycznia 2023 r. W uzasadnieniu swojego pisma Zamawiający podał, że po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 24 lutego 2023 r. powrócił do badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i w związku z tym mając na względzie treść wyjaśnień wykonawcy DKS z dnia 16 stycznia 2023 r. wzywa go do doprecyzowania złożonych wyjaśnień w następującym zakresie:

1) W której pozycji kalkulacji dotyczącej ceny złożonej w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 r. wykonawca DKS uwzględnił konieczność zapewnienia obsługi serwisowej oprogramowania i urządzeń CW oraz wsparcia technicznego dla oprogramowania CW, urządzeń CW i jego użytkowników?

Zamawiający wskazał, że obowiązki te wynikają z pkt 1 lit. f-g OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, również § 5 ust. 7 ppkt a-d Wzoru umowy określa, że usługa serwisowa w zakresie systemu CW uwzględniać ma telefoniczną i mailową pomoc techniczną w rozwiązywaniu problemów z wdrożonym systemem, telefoniczną, mailową i realizowaną na miejscu pomoc w konfiguracji i rekonfiguracji systemu pod wymagania Zamawiającego oraz usuwanie wszelkich problemów związanych z prawidłowym funkcjonowaniem systemu, a także dostarczanie poprawek i aktualizacji systemu wraz z ich implementacją, natomiast z nadesłanych wyjaśnień ceny oferty wynika, że wykonawca DKS uwzględnił koszty pracy serwisu jedynie przy instalacji i konfiguracji urządzeń i oprogramowania, natomiast okres trwania umowy wynosi 48 miesięcy i przez ten cały czas wykonawca jest zobowiązany zapewnić wspomniane wsparcie, przy tym Zamawiający podkreślił, że wykonawca nie złożył też dowodów, które potwierdziłyby uwzględnienie tych kosztów.

2) W której pozycji kalkulacji dotyczącej ceny złożonej w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 r. wykonawca DKS uwzględnił koszty materiałów eksploatacyjnych innych niż tonery i koszty odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych oraz koszty innych elementów wymienianych w czasie eksploatacji urządzeń, co najmniej 1 raz na kwartał, zgodnie z pkt 1 lit. h-j OPZ oraz w

§ 6 Wzoru umowy?

Zamawiający wskazał, że w swojej kalkulacji wykonawca DKS przedstawił jedynie ceny za zakup tonerów, natomiast zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Zamawiającego, nie są to jedyne materiały eksploatacyjne, które będą podlegały wymianie w trakcie trwania umowy. Przy skali eksploatacji zgodnej z ust. 6 OPZ, urządzeń na poziomie: 35 000 str./mies. kolorowych na 20 urządzeń oraz 75 000 str./mies. czarno-białych na 20 urządzeń, wymianie mogą podlegać także: bębny światłoczułe, dewelopery, pojemniki na zużyte tonery oraz elementy grzewcze. Przy tym Zamawiający zauważył, że nie określił wolumenu wydruków na jedno urządzenie tylko na wszystkie 20, w związku z tym część urządzeń może być bardziej wyeksploatowana niż pozostałe, w zależności od potrzeb danej jego komórki organizacyjnej. W wyjaśnieniach ceny oferty wykonawca DKS nie określił zatem kosztów innych materiałów eksploatacyjnych niż tonery. Ponadto wykonawca nie określił kosztów ich dostawy oraz odbioru zużytych tonerów od Zamawiającego (bezpośrednio lub przez firmę kurierską, zgodnie z § 6 Wzoru umowy). Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz katalogu odpadów niebezpiecznych stanowiących załącznik do rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów, tonery drukarskie są substancjami niebezpiecznymi, wobec tego wykonawca jest zobowiązany do ich utylizacji. Zamawiający podkreślił, że wykonawca DKS nie przedstawił także żadnych dowodów na uwzględnienie tych kosztów.

3) W której pozycji kalkulacji dotyczącej ceny złożonej w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 r. wykonawca DKS uwzględnił koszty okresowych przeglądów urządzeń oraz przeprowadzania ich konserwacji zgodnie z zaleceniami producenta urządzenia?

Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 1 lit. k OPZ oraz w § 1 ust. 2 pkt 10 Wzoru umowy wykonawca jest zobowiązany do utrzymywania urządzeń w pełnej sprawności poprzez zapewnienie ich przeglądów, zgodnie z zaleceniami producenta, przez cały okres trwania umowy. Zamawiający podkreślił, że wykonawca DKS nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że uwzględnił koszty okresowych przeglądów dla urządzeń w całym okresie trwania umowy.

4) W której pozycji kalkulacji dotyczącej ceny złożonej w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 r. wykonawca DKS uwzględnił sytuację długotrwałej awarii jednego z urządzeń, przez co będzie zobowiązany do zapewnienia Zamawiającemu urządzenia zastępczego, a co za tym idzie, kosztów jego udostępnienia, przewiezienia i konfiguracji?

Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 1 lit. l OPZ oraz § 5 ust. 6 Wzoru umowy wykonawca na pisemne zgłoszenie Zamawiającego ma obowiązek dostarczyć na swój koszt, uruchomić i skonfigurować urządzenie zastępcze, w ciągu 24 godzin od momentu wpływu zgłoszenia. Urządzenie to powinno posiadać takie same parametry lub lepsze, jak urządzenie zastępowane. Musi też ono posiadać interfejs jednorodny z interfejsem urządzeń zastępowanych (ust. 5.1 pkt 31 OPZ). Zamawiający podkreślił, że wykonawca DKS nie złożył dowodów, które potwierdziłyby uwzględnienie wszystkich kosztów jakie poniesie w związku z obowiązkiem zapewnienia urządzenia zastępczego.

5) W której pozycji kalkulacji dotyczącej ceny złożonej w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 r. wykonawca DKS uwzględnił konieczność zakupu oprogramowania (licencji) OCR do zaoferowanego systemu Centralnego Wydruku PaperCut MF?

Zamawiający wskazał, że system Papercut MF w celu rozpoznania pisma zeskanowanych dokumentów korzysta z zewnętrznego oprogramowania. Jako dowód na koszt systemu PaperCut MF wykonawca DKS wskazał ofertę z dnia 13 stycznia 2023 r. zawierającą cenę samego oprogramowania oraz cenę czteroletniego wsparcia. Zamawiający podkreślił, że przedstawiony dowód oraz kalkulacja sporządzona przez wykonawcę nie uwzględniały kosztu zakupu oprogramowania OCR.

6) W której pozycji kalkulacji dotyczącej ceny złożonej w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 r. wykonawca DKS uwzględnił obowiązek zapewnienia czytników zbliżeniowych kart Unique 125 kHz?

Zamawiający wskazał, że w ust. 3 OPZ w tabeli opisującej niezbędne funkcjonalności urządzeń w wierszu „wyposażenie dodatkowe" znajdował się następujący wymóg: „urządzenie musi być wyposażone w czytnik kart zbliżeniowych UNIQUE 125kHz". Czytnik kart nie stanowi standardowego wyposażenia urządzeń wielofunkcyjnych, a jest jedynie wyposażeniem opcjonalnym, którego koszt zakupu jest dodatkowy w stosunku do wartości samego urządzenia. Zamawiający podkreślił, że wykonawca DKS nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że uwzględnił ten koszt.

7) Czy wykonawca w swojej kalkulacji uwzględnił czas niezbędny do zainstalowania systemu na serwerze?

Zamawiający podał, że w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 r. wykonawca DKS napisał: „Kolejna pozycja kosztowa to wycena pracy techników serwisu. Założyliśmy, że przygotowanie

oraz instalacja 20 urządzeń oraz systemu to średnio ok. 1 roboczogodziny na urządzenie. Koszt 1 roboczogodziny pracy naszego technika serwisu to ok 75 PLN netto". Zamawiający zauważył, że wykonawca DKS napisał ogólnie o instalacji systemu, natomiast nie wskazał w jaki sposób uwzględnił czas niezbędny dla zainstalowania systemu na serwerze, a także nie wskazał czy i w jaki sposób uwzględnił koszt pracy technika serwisu w oparciu o konieczność instalacji systemu zarówno na urządzeniach jak i na serwerze.

8) Wykonawca DKS w swoich wyjaśnieniach przedstawił wyliczenie uwzględniające amortyzację urządzeń w okresie 96 miesięcy. W związku z tym czy przedstawiając taką informację wykonawca uwzględnił następujące czynniki oraz w której pozycji kalkulacji dotyczącej ceny złożonej w wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 r. uwzględnił koszty związane z:

- kosztem naprawy (remontu) urządzeń i wymiany części, po 48 miesiącach eksploatacji urządzeń u Zamawiającego, aby przywrócić je do takiego stanu, w którym można by je zaoferować kolejnemu klientowi – urządzenia po okresie 48 miesięcy użytkowania w warunkach założonych przez SWZ, a także biorąc pod uwagę parametry fabryczne zakładanego zużycia (przez producenta) wymagają remontu w celu dalszego ich użytkowania,

- utratą wartości urządzenia – po 48 miesiącach eksploatacji u Zamawiającego urządzenie straci wartość, natomiast w swojej kalkulacji wykonawca DKS podał połowę wartości urządzenia 7 900 zł 00 gr netto rozłożoną na 48 miesięcy najmu, przy czym nie uwzględnił spadku wartości urządzenia z przyczyn oczywistych, tj. starzenie się sprzętu, jego zużycie technologiczne, postęp technologiczny, wahania cenowe na rynku właściwym,

- zaprzestaniem produkcji danego urządzenia przez producenta lub zaprzestaniem zapewnienia wsparcia/serwisu/części – wówczas urządzenia te nie będą mogły być przedmiotem kolejnego zobowiązania wykonawcy,

- zakończeniem umowy szybciej niż w ciągu 48 miesięcy – zgodnie z § 4 ust. 13 umowa jest zawarta na okres

48 miesięcy licząc od dnia jej zawarcia lub do wyczerpania środków przewidzianych na wynagrodzenie z tytułu najmu urządzeń (§ 2 ust. 2 pkt 1) i opłaty za wydruki w zakresie podstawowym zamówienia (§ 2 ust. 2 pkt 2), przy czym należy dodać, że skorzystanie z prawa opcji w zakresie wydruków jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego, jednocześnie Zamawiający zauważył, że jego potrzeby w zakresie wydruków mogą się zwiększać z różnych przyczyn, np. zwiększenie zatrudnienia w organizacji, a wówczas ilość wydruków może ulec zwiększeniu w krótkim czasie, a co za tym idzie nastąpi szybsze

zakończenie umowy.

Zamawiający dodał, że wykonawca DKS przedstawił jedynie fakturę zakupu urządzeń, z której wynika cena netto za urządzenie, natomiast nie przedstawił żadnych dowodów, które by potwierdzały dochowanie rzetelności i staranności przy sporządzaniu kalkulacji oraz takich, które poparłyby jej zasadność. W świetle tego złożone przez wykonawcę DKS wyjaśnienia treści udzielonych wyjaśnień z dnia 16 stycznia 2023 r. powinny potwierdzać, że złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentach zamówienia, a cena oferty zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie czy zaoferowana cena została skalkulowana rzetelnie i czy w związku z tym wykonawca DKS będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieć charakter merytoryczny, przy czym wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty za wykonanie zamówienia.

W odpowiedzi z dnia 8 marca 2023 r. wykonawca DKS złożył wyjaśnienia i załączył do nich dowody oraz zastrzegł, że całość złożonych wyjaśnień wraz z dowodami stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca DKS powołał się ogólnie na przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz lakonicznie uzasadnił wystąpienie każdej z tych przesłanek. Wykonawca DKS wskazał, że przedstawiony w treści jego wyjaśnień sposób kalkulacji ceny oferty, w tym preferencyjne warunki wykonania usługi związane z zawartymi przez wykonawcę umowami z kontrahentami handlowymi, nie jest i nigdy nie był ujawniany przez wykonawcę publicznie. Dodał, że zawarte w wyjaśnieniach informacje zawierają informacje pozwalające na utrzymanie przewagi nad konkurencyjnymi przedsiębiorstwami, tym samym mają one dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Dla wykonawcy wartość stanowią zarówno sposób kalkulowania ceny oferty, preferencyjne warunki wykonania usługi związane z zawartymi przez wykonawcę umowami z kontrahentami handlowymi, model działania handlowego wykonawcy w zakresie dalszego wykorzystywania urządzeń objętych zamówieniem na potrzeby realizacji usług dla kolejnych klientów wykonawcy oraz informacja o marży wypracowanej w ramach realizacji kontraktu. Wykonawca DKS wskazał, iż w stosunku do dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjęte zostały środki organizacyjne, zapewniające ich ochronę, w szczególności: klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi, klauzule poufności w umowach handlowych, obejmujące kontrahenta jak i pracowników i osoby

współpracujące z kontrahentami, przechowywanie dokumentów w zabezpieczonych pomieszczeniach objętych kontrolą dostępu, przechowywanie elektronicznych postaci zastrzeżonych informacji w systemie komputerowym, do którego zasobów dostęp mają tylko uprawnione osoby, objęte klauzulami poufności. Wykonawca DKS wyjaśnił ponadto, że sposób kalkulacji przez niego kosztów w treści oferty stanowi przyjęte przez niego rozwiązanie, które ma wpływ na jego konkurencyjność na rynku, a on stosując właśnie taki a nie inny model oraz metody cenowe wykonania zamówienia, zyskuje przewagę na rynku. Jednocześnie w treści dokumentacji zaprezentował sposób na możliwość zaproponowania preferencyjnej ceny zamówienia przy jednoczesnym zapewnieniu jakości i wydajności przedmiotu umowy. Dodał, że udostępnienie tych informacji naruszy przewagę konkurencyjną przedsiębiorstwa na rynku, w związku z czym ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest uzasadnione i konieczne. Natomiast w merytorycznej części wyjaśnień wykonawca DKS odniósł się do każdego z ośmiu zagadnień, których dalszego wyjaśnienia zażądał w swoim piśmie z dnia 3 marca 2023 r. Zamawiający (część tajna). Jednocześnie do wyjaśnień wykonawca załączył dowody w postaci oświadczenia CANON, oświadczenia PESTAR i ulotki produktowej PAPERCUT.

W dniu 14 marca 2023 r. Zamawiający uznał dokonane zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę DKS za nieskuteczne w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ulotki produktowej PAPERCUT i w konsekwencji dokonał ich odtajnienia. Natomiast w zakresie merytorycznej części wyjaśnień oraz oświadczeń CANON i PESTAR zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uznane za skuteczne przez Zamawiającego.

W dniu 18 kwietnia 2023 r. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy DKS, której przyznał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W dniu 10 maja 2023 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, lecz pismem z dnia 12 maja 2023 r. wykonawca DKS, który zgłosił skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw co do uwzględnienia

przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Wobec powyższego Izba mogła rozpoznać merytorycznie złożone odwołanie. Analiza stanowisk pisemnych i ustnych stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego oraz dokumentów znajdujących się w dokumentacji przetargowej doprowadziła Izbę do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania:

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu

przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Art. 74 ust. 2 ustawy PZP stanowi, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Według art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów odwołania na wstępie trzeba zaznaczyć, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą o podstawowym znaczeniu dla systemu zamówień publicznych w Polsce. Z jednej strony ma ona zagwarantować każdemu wykonawcy dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu przetargowym, z drugiej zaś

strony stanowi ona nakaz adresowany do instytucji zamawiającej, żeby na każdym etapie przetargu zagwarantowała ona biorącym w nim udział wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. W związku z tym wszelkie ograniczenia jawności postępowania mogą nastąpić jedynie w wyjątkowych i uzasadnionych przypadkach, które zostały przewidziane w przepisach prawa, natomiast każdy przedsiębiorca – skoro uczestniczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – składając swoją ofertę w postępowaniu powinien liczyć się z koniecznością ujawnienia wrażliwych i cennych dla siebie informacji. Choć w myśl regulacji art. 18 ust. 3 ustawy PZP tajemnica przedsiębiorstwa zalicza się do tej kategorii informacji, która podlega szczególnej ochronie na gruncie prawa zamówień publicznych, to jako wyjątek od reguły powinna być ona interpretowana ściśle i zawężająco. Ocena spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powinna był zatem dokonywana nierozszerzająco, a przy tym indywidualnie i z uwzględnieniem wszystkich mających znaczenie okoliczności konkretnego przypadku.

Izba stwierdza, że wykonawca DKS najpierw w dniu 16 stycznia 2023 r. zastrzegł, że dane zawarte w jego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na str. 3-14 stanowią informację niejawną na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i pod żadnym pozorem nie powinny zostać ujawnione nikomu poza samym Zamawiającym. Wykonawca DKS wskazał, że wyjawienie informacji zawartych w jego wyjaśnieniach może w znaczący sposób utrudnić mu konkurowanie na rynku, gdyż konkurencja znając kwoty zakupów, warunki umowy oraz wszelkie kalkulacje, może uwzględnić je w swoich przyszłych przetargach, co z kolei może utrudnić mu sprzedaż. Wykonawca ten podkreślił też, że dane zawarte w wyjaśnieniach nie były nigdy udostępniane publicznie. Składając takiej treści zastrzeżenie wykonawca DKS wie wykazał jednak spełnienia żadnej z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. że zastrzegane informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, że nie są one powszechnie znane i łatwo dostępne, a on sam z należytą starannością podjął odpowiednie starania w celu utrzymania ich w poufności. Zastrzeżenie wykonawcy DKS było krótkie, ogólnikowe i nie odpowiadało w ogóle wymogom art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza że wykonawca ten nie załączył żadnych dowodów do swoich zastrzeżeń, wobec tego Zamawiający słusznie uznał, że tak niedostatecznie uzasadnione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może skutkować udzieleniem ochrony informacjom i dokumentom przedstawionym przez wykonawcę DKS. Jednocześnie z uwagi na wezwanie do

dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca DKS złożył nowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa – nieco lepiej uzasadnione niż poprzednie – i znowu domagał się utajnienia cennych jego zdaniem informacji i dokumentów należących do jego przedsiębiorstwa. W ocenie Izby taka praktyka stoi w sprzeczności z istotą zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem świadczy ona wyłącznie o tym, że wykonawca tą instytucję prawa traktuje w sposób instrumentalny na potrzeby tego postępowania. Jeśli pewna kategoria dokumentów i informacji jest rzeczywiście dla wykonawcy cenna i zapewnia mu przewagę konkurencyjną na rynku, to co najmniej powinien mieć on od dawna wypracowane i wprowadzone w życie w swoim przedsiębiorstwie odpowiednie procedury zapewniające poufność jego „know-how" i innych wrażliwych informacji. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej złożenie całkowicie nowego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa po okresie raptem półtora miesiąca od dnia złożenia poprzedniego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uznanego wówczas za wadliwe i nieskuteczne, chociażby bez słowa wytłumaczenia jakie w międzyczasie konkretne kroki zainteresowany wykonawca podjął w celu zachowania w tajemnicy pewnych ważnych dla siebie informacji i dokumentów, jakie nowe procedury zabezpieczania dokumentów i informacji wdrożył, nie może zostać uznane za działanie prawidłowe, które będzie skutkowało objęciem tych danych szczególną ochroną i koniecznością respektowania tego przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że już sama praktyka zastrzegania wyjaśnień z załącznikami w całości, a nawet z uzasadnieniem samego zastrzeżenia, powinna być oceniana jako wyjątkowo wadliwa. Nic zazwyczaj nie stoi na przeszkodzie, aby utajnić tylko fragment pisma lub załącznika, w którym rzeczywiście zawarte są cenne gospodarczo informacje, oraz dać treściwe i przekonujące uzasadnienie, dlaczego te konkretne informacje nie mogą zostać upowszechnione – w czym konkretnie dany wykonawca upatruje zagrożenia swoich interesów majątkowych i możliwości

poniesienia szkody w razie upublicznienia newralgicznych informacji. Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21 taka praktyka jest nie tylko sprzeczna z przepisami ustawy PZP, ale również utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów co do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie.

Mając powyższe na uwadze zarzut dotyczący naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został przez Izbę uwzględniony.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania:

Art. 16 ustawy PZP reguluje podstawowe zasady zamówień publicznych stanowiąc, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny.

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

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Ponadto Izba stwierdziła, że potwierdził się również drugi z zarzutów podniesionych w odwołaniu dotyczący naruszenia przepisów ustawy PZP z zakresu rażąco niskiej ceny i prowadzenia tego postępowania przetargowego z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Z rażąco niską ceną mamy do czynienia w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez wykonawcę wydaje się być nierealistyczna, niewiarygodna, natomiast oczywistym jest, że realizacja zamówienia za taką cenę będzie dla wykonawcy nieopłacalna, co może m. in. wynikać z zaniżenia lub niedoszacowania ponoszonych kosztów przez wykonawcę. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Swoje wyjaśnienia wykonawca powinien złożyć w terminie wyznaczonym mu przez zamawiającego, dlatego za niedopuszczalne należy uznać późniejsze uzupełnianie lub uszczegóławianie już raz złożonych wyjaśnień, niezależnie od tego czy dzieje się to w postępowaniu przetargowym czy też w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą. W orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że wtedy, gdy wezwanie zamawiającego jest obarczone brakiem precyzji i/lub niepełne, dopuszczalne jest przedstawianie kolejnych wyjaśnień przez oferenta. Te kolejne wyjaśnienia bowiem albo odnoszą się do wątpliwości

zamawiającego, które nie były wyartykułowane w pierwszym wezwaniu albo były wyartykułowane w sposób enigmatyczny, chaotyczny czy też bardzo ogólnikowy, jednym słowem były to wątpliwości „uniemożliwiające" oferentowi prawidłowe wypełnienie obowiązku ustawowego wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 451/16). Z kolei w literaturze prawniczej wyrażony jest pogląd, że zamawiający badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 ustawy PZP należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP [tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 224 ustawy, teza 6].

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie Zamawiający uzyskawszy od wykonawcy DKS niewyczerpujące wyjaśnienia z dnia 16 stycznia 2023 r. popełnił istotny błąd niezasadnie wzywając powtórnie tego wykonawcę do złożenia kolejnych, jeszcze bardziej dokładnych wyjaśnień zawierających uszczegółowione odpowiedzi na 8, w sposób drobiazgowy opracowanych, pytań Zamawiającego. W wezwaniu z dnia 10 stycznia 2023 r. Zamawiający wyraźnie zażądał, żeby wykonawca w swojej odpowiedzi na wezwanie udzielił wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień na temat elementów mających wpływ na wartość złożonej oferty, w tym w zakresie wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostawy czy świadczonych usług, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań organizacyjnych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, a także innych czynników, które wpłynęły na niską cenę złożonej przez wykonawcę oferty. Żądanie wystosowane przez Zamawiającego było konkretne w treści i wykonawca DKS powinien był mu przedstawić wszelkie okoliczności, wraz z dowodami na ich potwierdzenie, które mają wpływ na niską kalkulację ceny ofertowej, szczególnie w odniesieniu do niskich kosztów realizacji zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy DKS z dnia 16 stycznia 2023

r. były zaś ogólnikowe, lakoniczne i nie można było w nich znaleźć racjonalnego i wiarygodnego wytłumaczenia co do przyjętych założeń wskazujących na niskie koszty realizacji usługi po stronie wykonawcy, szczególnie dlaczego koszty eksploatacji dostarczanych urządzeń zostały określone na tak niskim poziomie. Jednocześnie z załączonych do wyjaśnień z dnia 16 stycznia 2023 r. nielicznych dowodów również nie wynikało, skąd wykonawca DKS przyjął taką a nie inną wysokość kosztów realizacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy PZP z zakresu rażąco niskiej ceny, jak również, że poprzez drugie wezwanie wykonawcy DKS do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny działał w sposób nieprzejrzysty oraz naruszył tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Podsumowując Izba uznała, że oba zarzuty odwołania okazały się zasadne i na tej podstawie nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie tylko nakazała odrzucenie oferty wykonawcy DKS jako oferty co do której nie zostało obalone domniemanie rażąco niskiej ceny, ale również nakazała odtajnić całość wyjaśnień wykonawcy DKS z dnia 8 marca 2023 r. wraz ze wszystkimi załącznikami do nich, co należy odnieść do merytorycznej części wyjaśnień tego wykonawcy obejmujących jego odpowiedzi na 8 pytań z wezwania Zamawiającego z dnia 3 marca 2023 r. (str. 3-8 wyjaśnień) oraz dwa załączone oświadczenia firm CANON i PESTAR.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba zasądziła od uczestnika postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), na które składają się wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..