

WYROK

Warszawa, dnia 7 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Sharp Electronics (Europe) Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesellschaft mit beschränkter Haftung z siedzibą w Hamburgu

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i nakazuje Skarbowi Państwa – Dyrektorowi Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Sharp Electronics (Europe) Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesellschaft mit beschränkter Haftung z siedzibą w Hamburgu, oraz udostępnienie Konica Minolta Business Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wszystkich informacji zawartych w datowanym na 20 sierpnia 2024 r. piśmie Sharp Electronics (Europe) Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesellschaft mit beschränkter Haftung z siedzibą w Hamburgu,
2. oddala odwołanie w pozostałej części,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu w 3/5 (trzech piątych) części oraz wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w 2/5 (dwóch piątych) części i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Konica Minolta Business Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez Konica Minolta Business Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków,
 - 3.2. zasądza od Skarbu Państwa – Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu na rzecz Konica Minolta Business Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie 11 171 zł (jedenastęście tysięcy sto siedemdziesiąt jeden złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

14 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy o tytule „Świadczenie usługi Centralnego Wydruku w Izbie Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz jednostkach jej podległych” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez Skarb Państwa – Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający”) na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Sharp Electronics (Europe) Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesellschaft mit beschränkter Haftung z siedzibą w Hamburgu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sharp z Postępowania, pomimo że wykonawca ten zaoferował celem wykonania zamówienia urządzenie RISO SF 5030 niezgodne z warunkami zamówienia postawionymi dla Urządzenia do druku na kopertach [Typ 4] („Zarzut nr 1”);
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sharp: pomimo,

że wykonawca Sharp nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w 5.3 SWZ w treści: Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności zawodowych (doświadczenia), niezbędnych do wykonywania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy wykonawca wykaże, że wykonał bądź wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno wdrożenie i świadczenie usługi centralnego wydruku/outsourcingu wydruku, obejmującej co najmniej 200 urządzeń drukujących, o wartości nie mniejszej niż 750 000 zł brutto, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów określających czy ta usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie, gdyż:

- a) Sharp celem wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu z pkt. 5.3 SWZ, który odpowiada zakresowo przedmiotowi zamówienia w pełni polegał na zasobach CELLPOL S.C. GRZEGORZ ŁAWNICZEK, MONI ŁAWNICZEK, ul. Jana Czochralskiego 10, 61-248 Poznań („Cellpol”);
 - b) Cellpol zobowiązał się do wykonania części zamówienia w związku z udostępnionym zasobem w charakterze podwykonawcy w zakresie wdrożenia i świadczenia usługi centralnego wydruku – czyli de facto w zakresie całości przedmiotu zamówienia;
 - c) z treści formularza ofertowego oraz odtajnionej treści Wyjaśnień ceny oferty Sharp z dnia 20 sierpnia 2024 r. („Wyjaśnienia RNC”) złożonych przez Sharp wynika, że Cellpol będzie realizował jedynie zakres podwykonawstwa: obsługa serwisowa urządzeń co wskazuje na pozorne udostępnienie zasobu przez Cellpol wykonawcy Sharp („Zarzut nr 2”)
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sharp, pomimo tego, że Sharp zaoferował cenę, koszt oraz ich istotne części składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu Zamówienia oraz nie złożył stosownych wyjaśnień, w tym dowodów w stosunku do istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny całkowitej oraz jej istotnych elementów składowych, podczas gdy prawidłowe zbadanie i ocena przez Zamawiającego wyjaśnień i dowodów złożonych przez Sharp w odniesieniu do zaoferowanej ceny i kosztów winny prowadzić do wniosku, że Sharp nie sprostął wykazaniu, że cena całkowita oraz jej istotne elementy składowe mają charakter rynkowy oraz uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do wykonania Zamówienia, a tym samym, że cena całkowita oraz jej istotne elementy składowe nie są rażąco niskie oraz nie mają charakteru dumpingowego („Zarzut nr 3”)
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, „UZNK”) w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1) UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sharp, podczas gdy została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji („Zarzut nr 4”).
- 5) art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej jako: „UZNK”) w zw. z art. 16 pkt 1 PZP („Zarzut nr 5”) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu pełnej treści Wyjaśnień RNC Sharp, podczas gdy ze złożonego przez Sharp Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla wyjaśnień ceny oferty Sharp („Zastrzeżenie”) wynika, że:
- a) nie dotyczy ono konkretnych informacji znajdujących się w Wyjaśnieniach RNC Sharp - Sharp odnosi się enigmatycznie ogólnikowo do zastrzeżonych informacji, nie podając o jakie informacje chodzi, jaki konkretnie walor gospodarczy mają dla niego zastrzeżone informacje, w żaden sposób nie wspomina również, że załączniki do Wyjaśnień RNC w postaci ofert zawierają informacje poufne oraz że podmioty trzecie miały wolę ich utajnienia;
 - b) uzasadnienie zastrzeżenia Sharp to w większości nieaktualne orzeczenia Izby, treść odnosząca się do starej, nie obowiązującej już definicji informacji poufnych z art. 11 ust. 4 UZNK, zbiór ogólników wskazujący na brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK, w związku z czym informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC nie zostały zastrzeżone w sposób skuteczny,
 - c) Sharp nie wykazał spełnienia przesłanki utajnienia w postaci podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności, nie przedstawił również żadnej informacji, że podmioty od których pozyskał oferty takie działania podjęły;
- co doprowadziło do naruszenia zasady jawności Postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców („Zarzut nr 5”).

Odwołujący wniósł o „o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Sharp jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Sharp z Postępowania,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu”,

oraz o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Sharp Electronics (Europe) Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesellschaft mit beschränkter Haftung z siedzibą w Hamburgu (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 maja 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 299451-2024.

Konieczne jest przy tym wskazanie, czemu dano wyraz w sentencji wyroku, że zamawiającym w Postępowaniu jest nim Skarb Państwa – (statio fisci) Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu, a brak jest podstaw do przyjęcia, że jest nim Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu, jak wskazano w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z art. 7 pkt 31) Pzp ilekroć w Pzp jest mowa o zamawiającym należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, obowiązującą na podstawie ustawy do jej stosowania. Stosownie zaś do art. 4 Pzp przepisy tej ustawy „stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są: 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1270 i 1273); 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego; 4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3”.

Niewątpliwie Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu nie jest osobą prawną, o której mowa w art. 4 pkt 3) Pzp, ani związkiem podmiotów, o którym mowa w art. 4 pkt 4) Pzp. Należało więc rozważyć, czy jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, o której mowa w art. 4 pkt 1) Pzp, bądź państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, inną niż jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, o której mowa w art. 4 pkt 2) Pzp – a tym samym „jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, obowiązującą na podstawie ustawy do jej stosowania”, o której mowa w art. 7 pkt 31) Pzp.

Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, „sektor finansów publicznych tworzą: 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; 2a) związki metropolitalne; 3) jednostki budżetowe; 4) samorządowe zakłady budżetowe; 5) agencje wykonawcze; 6) instytucje gospodarki budżetowej; 7) państwowe fundusze celowe; 8) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; 9) Narodowy Fundusz Zdrowia; 10) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; 11) uczelnie publiczne; 12) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; 13) państwowe i samorządowe instytucje kultury; 14) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego; 15) Bankowy Fundusz Gwarancyjny”.

Uznania, że Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu jest jednostką sektora finansów publicznych określoną w art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych bądź państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, inną niż jednostka sektora finansów publicznych nie uzasadniają przepisy ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej. W art. 11 ust. 1 pkt 4) tej ustawy określono natomiast, że dyrektor izby administracji skarbowej jest organem Krajowej Administracji Skarbowej, która zgodnie z art. 1 ust. 2 tej ustawy „stanowi wyspecjalizowaną administrację rządową”.

W tym stanie rzeczy to Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu (a nie Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu) jako organ administracji rządowej jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, o której mowa w art. 4 pkt 1) Pzp – a tym samym zamawiającym w rozumieniu art. 7 pkt 31) Pzp.

Ponadto należy wskazać, że wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu (która została wybrana jako najkorzystniejsza i na zaniechanie odrzucenia której zostało wniesione odwołanie), a w konsekwencji który zgłosił udział

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, jest Sharp Electronics (Europe) Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesellschaft mit beschränkter Haftung z siedzibą w Hamburgu, a nie „Sharp Electronics (Europe) GMBH Spółka z o.o., Oddział w Polsce”. Z przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności art. 3 pkt 4) i art. 14 – 17, wynika, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego jest częścią działalności gospodarczej wykonywanej przez przedsiębiorcę zagranicznego, wobec czego nie jest odrębną od tego przedsiębiorcy osobą prawną bądź jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30) Pzp jest zatem przedsiębiorca zagraniczny, a nie jego oddział w Polsce. Nazwę przedsiębiorcy zagranicznego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu, określono w taki sposób, w jaki została ona określona w złożonej do akt sprawy informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców.

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na:

- dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania (z których niektóre załączono do odpowiedzi na odwołanie),
- załączonych do odwołania wydrukach listów elektronicznych,
- załączonego do odpowiedzi na odwołanie dokumentu oznaczonego jako „karta katalogowa urządzenia RISO SF 5030”,
- załączonych do datowanego na 30 października 2024 r. i 2 listopada 2024 r. pism Przystępującego dokumentów oznaczonych jako „dowód 3 - oświadczenie przedstawiciela producenta na Polskę (RISO (Deutschland) GmbH)”, „dowód 4: katalog Dicom” i „dowód 5- broszura urządzenia SF 5030”,
- załączonego do datowanego na 31 października 2024 r. pisma Odwołującego wydruku listu elektronicznego,
- złożonych na posiedzeniu wydruku ze strony internetowej dotyczącego Riso matryca FII type 30E A4 i wydruku ze strony internetowej dotyczący Riso SF 5030.

Wobec treści art. 506 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp, zgodnie z którym „wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski”, Izba nie wzięła pod uwagę załączonych do datowanego na 30 października 2024 r. pisma Przystępującego dokumentów oznaczonych jako „dowód 2: broszura urządzenia RISO SF 5030”, „dowód 6 i 7: dane techniczne urządzenia RISO SF 5030 wg karty katalogowej z 2016 roku roku 2019” oraz „dowód 8: broszura producenta urządzenia RISO SF 5030”, gdyż dokumenty te zostały sporządzone w języku obcym, a Przystępujący, który się na nie powoływał, nie przedstawił ich tłumaczenia na język polski.

Mając na względzie, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła złożony na posiedzeniu wydruk odwołania złożonego przez Przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez SGH” mając na uwadze, że dokument ten mógłby służyć wyłącznie ustaleniu treści tego odwołania, co nie było faktem mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zważywszy, że załączony do datowanego na 31 października 2024 r. pisma Odwołującego dokument oznaczony jako „opracowanie własne „Porównanie technologii powielacza cyfrowego (Risograf) i druku atramentowego””, opatrzone podpisem pełnomocnika Odwołującego, mógłby zostać uznany wyłącznie za dokument prywatny, który - jak określono w art. 245 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego - stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie, Izba potraktowała ten dokument jako pismo zawierające przedstawienie stanowiska Odwołującego.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Art. 16 Pzp stanowi zaś, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (...) 3) proporcjonalny”.

W odwołaniu wskazano na niezgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w trzech aspektach.

Pierwszym z nich było to, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenia RISO SF 5030 wyprodukowano wcześniej niż w 2023 r.

W pkt 7.3 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że jako

przedmiotowy środek dowodowy wykonawca ma złożyć „zestawienie zawierające określenie parametrów funkcjonalno – technicznych oferowanych urządzeń i serwerów CW oraz nazwę oferowanego systemu zarządzania i druku podążającego, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ”, jako uwagę wskazując „dokument składany wraz z ofertą (z zastosowaniem art. 107 ust. 2 pzp) w celu wykazania, że zaoferowane przez Wykonawcę urządzenia drukujące, serwery CW oraz system zarządzania i druku podążającego są zgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Szczegółowym Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik 1 do SWZ”.

W zawartej w załączniku nr 3 do SWZ „specyfikacji technicznej oferowanych przez Wykonawcę urządzeń i serwerów CW” w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” określono „

Opis	Wymagania minimalne	Model urządzenia oferowany parametr
(...)		
Parametr		TAK NIE
Urządzenie wyprodukowane nie wcześniej niż w 2023 roku		

(...).”.

Wraz z ofertą Przystępujący złożył dokument sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, w którym w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]”, wskazano „

Opis	Wymagania minimalne	Model urządzenia RISO SF 5030 oferowany parametr
(...)		
Parametr		TAK NIE
Urządzenie wyprodukowane nie wcześniej niż w 2023 roku		TAK

(...).”.

Zarzut naruszenia przepisów Pzp w aspekcie daty produkcji zaoferowanych przez Przystępującego urządzeń RISO SF 5030 oparty był na twierdzeniach, że „z treści oficjalnych stron producenta urządzeń RISO wynika, że w sprzedaży znajduje się urządzenie z innym oznaczeniem - RISO SF 5030 EII, ale nie jest to urządzenie RISO SF 5030 które wskazał wykonawca w formularzu ofertowym”, a urządzenie „o modelu RISO SF 5030” „było produkowane do 2020 r.”.

Brak było podstaw do uznania tych twierdzeń za zasadne.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający wymagał, aby w dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ wskazać model urządzenia. Wobec powyższego aby stwierdzić niezgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie daty produkcji „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” konieczne byłoby ustalenie, że przed 2023 r. zaprzestano produkcji tego urządzenia, o oznaczeniu modelu wskazanym przez Przystępującego, czyli RISO SF 5030, w szczególności że oznaczenie modelu aktualnie produkowanych urządzeń jest inne niż RISO SF 5030.

W ocenie Izby ustalenie takie nie znajduje uzasadnienia w świetle dowodów znajdujących się w aktach sprawy, przede wszystkim załączonych do odwołania wydruków listów elektronicznych. W datowanym na 8 sierpnia 2024 r. mejlu podpisanym „P.S.”, wskazano, że „w obecnej ofercie i produkcji jest seria urządzeń SF II – która zastąpiła serie SF”, zaś w mejlu podpisanym „M.P.” (również datowanym na 8 sierpnia 2024 r.) iż „Nie ma już nowych maszyn na rynku bez II. II rzymska oznacza nową serię maszyn”. W obu tych mejlach jest więc wyłącznie mowa o nowej serii urządzeń; w żadnym z nich nie wskazano natomiast, że oznaczenie modelu aktualnie produkowanych urządzeń to RISO SF 5030 EII.

Trafnie przy tym podniósł Przystępujący, że w odwołaniu powołano się jako na „dokumentację urządzenia RISO SFII 5030” na dokument, który Przystępujący załączył do pisma datowanego na 30 października 2024 r. oznaczony jako „„dowód 5- broszura urządzenia SF 5030”, w którym nie jest używane oznaczenie „RISO SFII 5030” ani „RISO SF 503 E II”, natomiast jest używane oznaczenie „RISO SF 5030”.

Ponadto należy stwierdzić, że w załączonym do datowanego na 30 października 2024 r. pisma Przystępującego dokumencie oznaczonym jako „dowód 3 - oświadczenie przedstawiciela producenta na Polskę (RISO (Deutschland) GmbH)” podpisanym przez P.S. napisano, iż „producent aktualnie prowadzi marketing urządzeń SF 5030 dodając skrót Edition II lub EII wskazując, iż pochodzą z drugiej generacji”, co także wskazuje, że oznaczenie „EII” w oznaczeniu „RISO SF 5030 E II” jest jedynie oznaczeniem serii/generacji modelu, a oznaczeniem modelu jest „RISO SF 5030”.

Wymaga przy tym wskazania, że Izba nie znajduje podstaw do uznania, że dokument ten nie jest wiarygodny bądź jest pozbawiony mocy dowodowej ze względu na to, że został podpisany przez przedstawiciela producenta ww. urządzenia, w sytuacji, gdy sam Odwołujący w odwołaniu powołuje się na mejl pochodzący od tego samego przedstawiciela, załączając do odwołania jego wydruk.

Zebrany materiał dowodowy nie uzasadniał więc stwierdzenia, że w sprzedaży (i produkcji) znajduje się aktualnie urządzenie o oznaczeniu modelu RISO SF 5030 EII, a nie ma urządzenia o oznaczeniu modelu RISO SF 5030. Nie było zatem podstaw do przyjęcia, że Przystępujący zaoferował urządzenie, które zostało wyprodukowane przez 2023

rokiem.

Niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia Odwołujący upatrywał również w tym, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie RISO SF 5030 nie jest „wielofunkcyjnym atramentowym urządzeniem A4 mono a powielaczem”.

W zawartej w załączniku nr 3 do SWZ „specyfikacji technicznej oferowanych przez Wykonawcę urządzeń i serwerów CW” w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” określono „

Opis	Wymagania minimalne	Model urządzenia oferowany parametr
Typ urządzenia	Urządzenie wielofunkcyjne atramentowe A4 mono	

(...)”.

W złożonym przez Przystępującego wraz z ofertą dokumencie sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, w którym w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]”, wskazano „

Opis	Wymagania minimalne	Model urządzenia RISO SF 5030 oferowany parametr
Typ urządzenia	Urządzenie wielofunkcyjne atramentowe A4 mono	Urządzenie wielofunkcyjne atramentowe A4 mono

(...)”.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że urządzenie RISO SF 5030 używa do drukowania matryc i jest powielaczem. Wynika to także z treści załączonego do datowanego na 30 października 2024 r. pisma Przystępującego dokumentu oznaczonego jako „dowód 5 - broszura urządzenia SF 5030” (powoływanego również w odwołaniu) oraz złożonego na posiedzeniu wydruku ze strony internetowej dotyczącego Riso matryca FII type 30E A4. Nie ma jednak podstaw do uznania, że urządzenie, które używa do drukowania matryc i jest powielaczem, nie może być „urządzeniem wielofunkcyjnym atramentowym A4 mono”, a zatem że nie spełnia określonego w załączniku nr 3 do SWZ w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” wymagania w zakresie typu urządzenia. W szczególności nie sposób przyjąć, że z treści ww. załącznika wynika, iż nie jest „urządzeniem wielofunkcyjnym atramentowym A4 mono” urządzenie, które używa do drukowania matryc i jest powielaczem.

Odwołujący podnosił ponadto, że „urządzenie oferowane przez wykonawcę SHARP - RISO SF 5030, jak urządzenie RISO SFII 5030 wykorzystują zadruk w technologii matrycowej do której używa się farb, nie zaś w technologii atramentowej”. Zdaniem Izby ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego uzasadniała uznanie tego twierdzenia za zasadne w zakresie tego, iż urządzenie RISO SF 5030 drukuje przy użyciu farby, a nie atramentu.

Wynika to z treści ww. dokumentu oznaczonego jako „dowód 5 - broszura urządzenia SF 5030”, w którym napisano „Nowe materiały eksploatacyjne farba na bazie oleju z otrąb ryżowych”, „Opcjonalny kolorowy cylinder dla druku w kolorze Dodatkowy kolor może pomóc wyróżnić drukowane prace. Dodatkowy cylinder barwny został zaprojektowany w ten sposób, aby by być lekkim, łatwym do instalacji i prostym w obsłudze. Cylindry barwne mogą zostać zabarwione szeroką gamą farb w 21 kolorach standardowych, 50 kolorach niestandardowych, lub przygotowanych na specjalne zamówienie, które odzwierciedlają wyspecyfikowane kolory wykorzystywane w logo i barwach firmowych. Kolory tuszu (...)”, „Materiały eksploatacyjne farba na bazie oleju z otrąb ryżowych nowość Farba na bazie oleju z otrąb ryżowych przyczynia się do zachowania równowagi ekologicznej. Otręby ryżowe, które zazwyczaj się marnują, są surowcem pozbawionym lotnych związków organicznych. Resztki pozostałe po otrzymaniu z nich oleju do produkcji tuszu mogą być wykorzystane jako nawóz lub pasza dla zwierząt. farba RISO typ f black (1000 ml) farba RISO typ f kolor (1000 ml)” oraz „Podawanie farby W pełni zautomatyzowane (pojemnik 1000 ml)”. Sformułowania te wskazują na to, że substancją używaną do drukowania przez urządzenie RISO SF 5030 jest farba.

W związku z przedstawionym w odniesieniu do tych twierdzeń stanowiskiem Przystępującego należy stwierdzić, że - jak wskazano powyżej - w zawartej w załączniku nr 3 do SWZ „specyfikacji technicznej oferowanych przez Wykonawcę urządzeń i serwerów CW” w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” Zamawiający określił, że ma ono być „urządzeniem wielofunkcyjnym atramentowym A4 mono”, a nie „drukarką atramentową”. Tym samym twierdzenie, iż „wymóg „drukarka atramentowa” w rozumieniu OPZ, to drukarka pracującą w technologii zimnej z wykorzystaniem nadruku za pomocą barwników płynnych” nie odnosi się do warunku zamówienia, z którym treść oferty Przystępującego miałaby być niezgodna. Nie sposób także uznać, że „nie ma przy tym znaczenia, czy płyn barwiący wykorzystywany przez drukarkę jest tuszem, atramentem, farbą, lakierem, etc.”. W sytuacji, gdy Zamawiający w opisie typu urządzenia użył wyrazu „atramentowy”, co niewątpliwie należy rozumieć jako wskazanie substancji, którą urządzenie ma używać do drukowania, a więc wymaganie w tym zakresie, uznanie, że wymaganie to jest spełnione, jeżeli urządzenie używa do drukowania innej substancji niż atrament stałoby w sprzeczności z treścią załącznika nr 3 do SWZ.

Aczkolwiek ma rację Przystępujący, że w ww. dokumencie oznaczonym jako „dowód 5 - broszura urządzenia SF 5030” używane jest pojęcie „tusze”, to ani w tym dokumencie, ani w innych dokumentach stanowiących podstawę do

ustalenia stanu faktycznego, nie ma mowy o atramencie. Dowody te nie mogą więc prowadzić do przyjęcia, że urządzenie RISO SF5030 drukuje przy użyciu atramentu, a zatem że jest „urządzeniem wielofunkcyjnym atramentowym A4 mono”.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z załącznikiem nr 3 do SWZ w zakresie „specyfikacji technicznej oferowanych przez Wykonawcę urządzeń i serwerów CW” w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” w zakresie „typu urządzenia”.

Trzecim podnoszonym w odwołaniu aspektem niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia było to, że wysokość zaoferowanego przez Przystępującego urządzenia RISO SF5030 „uniemożliwia obsługę urządzenia w pozycji stojącej (min. 90 cm od poziomu podłogi panel sterujący), z uwagi na brak zaoferowania podstawy urządzenia”.

W zawartej w załączniku nr 3 do SWZ „specyfikacji technicznej oferowanych przez Wykonawcę urządzeń i serwerów CW” w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” określono „

Opis	Wymagania minimalne	Model urządzenia oferowany parametr
(...)		
wysokość produktu	umożliwiające obsługę urządzenia w pozycji stojącej (min. 90 cm od poziomu podłogi panel sterujący)	

(...)”.

W złożonym przez Przystępującego wraz z ofertą dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]”, wskazano „

Opis	Wymagania minimalne	Model urządzenia RISO SF 5030 oferowany parametr
(...)		
wysokość produktu	umożliwiające obsługę urządzenia w pozycji stojącej (min. 90 cm od poziomu podłogi panel sterujący)	umożliwiające obsługę urządzenia w pozycji stojącej (min. 90 cm od poziomu podłogi panel sterujący)

(...)”.

Zamawiający przekazał Przystępującego datowane na 25 września 2024 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych” o treści „(...) Zamawiający po ponownej analizie dokumentów przedmiotowych, w celu wykazania, że zaoferowane przez Państwa usługi są zgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym zał. nr 1 do SWZ, wzywa do uzupełnienia następujących przedmiotowych środków dowodowych: - zestawienia zawierającego określenie parametrów funkcjonalno-technicznych oferowanych urządzeń i serwerów CW oraz nazwę oferowanego systemu zarządzania i druku podążającego, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. (...) W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pkt 7.3 część B Tabeli wymagał złożenia wraz z ofertą Zestawienia zawierającego określenie parametrów funkcjonalno-technicznych oferowanych urządzeń i serwerów CW oraz nazwę oferowanego systemu zarządzania i druku podążającego, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, celem potwierdzenia, że zaoferowane przez Wykonawcę urządzenia drukujące, serwery CW oraz system zarządzania i druku podążającego są zgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik 1 do SWZ. Składając ofertę załączyli Państwo przedmiotowy dokument, ale w ocenie Zamawiającego jest on niekompletny. Dla urządzeń typ 1, 2 i 4 w pozycji tabeli odnoszącej się do wysokości produktu został potwierdzony wymóg umożliwiający obsługę urządzenia w pozycji stojącej, jednak nie podali Państwo parametru dotyczącego wysokości od poziomu podłogi panelu sterującego oferowanych urządzeń. W ocenie Zamawiającego z wypełnienia przez Państwa przedmiotowych pozycji można zatem wywnioskować, że dane urządzenie spełnia minimalne wymagania techniczne dotyczące wysokości umożliwiającej obsługę urządzenia w pozycji stojącej, określone przez Zamawiającego, jednak nie został spełniony wymóg podania przez Państwa w tych pozycjach parametrów oferowanych urządzeń (wysokość od poziomu podłogi umiejscowienia panelu sterującego) zgodnie z opisem kolumny nr 3 tabel dot. poszczególnych urządzeń.(...)”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu:

- datowane na 30 września 2024 r. pismo zatytułowane „Potwierdzenie parametrów technicznych” o treści „Sharp Electronics (Europe) GMBH SP.Z O.O. Oddział w Polsce; ul. Poleczki 33; 02-822 Warszawa, będący przedstawicielem producenta urządzeń wielofunkcyjnych Sharp w Polsce oświadcza, że zaoferowane w postępowaniu urządzenia Sharp BP-70C45 (laserowe urządzenia wielofunkcyjne A3/A4 mono + kolor typ 1 i typ 2) posiadają wysokość umożliwiającą obsługę urządzenia w pozycji stojącej (panel sterujący 96 cm od poziomu podłogi). Zaoferowane urządzenie RISO SF 5030 (urządzenie do druku na kopertach typ 4) spełnia również wymagania umożliwiające obsługę urządzenia w pozycji stojącej (100 cm od poziomu podłogi panel sterujący).”,
- dokument sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, w którym w zakresie „Urządzenia do druku

na kopertach [typ 4]", wskazano „

Opis	Wymagania minimalne	Model urządzenia RISO SF 5030 oferowany parametr
(...)		
wysokość produktu	umożliwiające obsługę urządzenia w pozycji stojącej (min. 90 cm od poziomu podłogi panel sterujący)	umożliwiające obsługę urządzenia w pozycji stojącej (100 cm od poziomu podłogi panel sterujący)

(...)”.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że wysokość urządzenia RISO SF 5030 wynosi 665 mm. Wynika to także z treści załączonego do datowanego na 30 października 2024 r. pisma Przystępującego dokumentu oznaczonego jako „dowód 5 - broszura urządzenia SF 5030” (powoływanego również w odwołaniu).

Brak jest podstaw do przyjęcia, że treść oferty Przystępującego jest zgodna z warunkiem zamówienia określonym w załączniku nr 3 do SWZ wymaganie w zakresie „wysokości produktu” w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” ze względu na okoliczności wskazane w odpowiedzi na odwołanie - że „w przygotowanym wzorze dokumentu stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, przy parametrach dotyczących wysokości/szerokości/głębokości w sposób zamierzony używał sformułowania „wysokość/szerokość/głębokość produktu” a nie „urządzenia”, które zostało zdefiniowane w pkt 1.7. opisu przedmiotu zamówienia. Z doświadczenia wynikającego z realizacji wcześniejszych umów Zamawiającego w zakresie usług wydruku oraz z dostępnych powszechnie informacji dotyczących oferowanych na rynku urządzeń drukujących, Zamawiający posiada wiedzę, że producenci oferują wraz z nimi szereg akcesoriów, jak np. szafka, czy szuflada na papier, które umożliwiają ich modułowe łączenia. Takie informacje zawarte są także w ogólnodostępnej karcie katalogowej modelu SF 5030, w której producent wskazuje proponowaną w standardowym wyposażeniu tego urządzenia szafkę (<https://riso.info.pl/wp-content/uploads/foldery/RISO-SF5030.pdf>). 10. Zaoferowanie przez SHARP urządzenia RISO SF 5030, z jednoczesnym wskazaniem, że oferowany produkt zapewnia wysokość spełniającą wymagania Zamawiającego, jest jednoznaczne z tym, że Wykonawca oferuje wraz z urządzeniem akcesoria pozwalające osiągnąć wymaganą wysokość panelu sterującego (min. 90 cm od poziomu podłogi).”.

Nawet gdyby przyjąć, że ww. określenie „wysokość produktu” nie odnosi się do wysokości oferowanego przez wykonawcę urządzenia stanowiącego „urządzenie do druku na kopertach [typ 4]”, a wymaganie to jest spełnione, jeżeli wykonawca oferuje wraz z urządzeniem „akcesoria pozwalające osiągnąć wymaganą wysokość panelu sterującego”, to w świetle treści dokumentu oznaczonego „dowód 5 - broszura urządzenia SF 5030” niewątpliwie jest, że „podstawa (typ bez /z drzwiczkami)” stanowi wyposażenie dodatkowe.

Nie zasługuje przy tym na aprobatę stanowisko Zamawiającego, iż „zaoferowanie przez SHARP urządzenia RISO SF 5030, z jednoczesnym wskazaniem, że oferowany produkt zapewnia wysokość spełniającą wymagania Zamawiającego, jest jednoznaczne z tym, że Wykonawca oferuje wraz z urządzeniem akcesoria pozwalające osiągnąć wymaganą wysokość panelu sterującego”. Wymaga wskazania, że w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostaje zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, treść (zakres) wynikającego z tej umowy zobowiązania wykonawcy jest tożsamy z treścią (zakresem) zobowiązania określonego w złożonej w tym postępowaniu ofercie wykonawcy, z którym umowa ta zostaje zawarta. W konsekwencji zamawiający może żądać od tego wykonawcy spełnienia wyłącznie takiego świadczenia, do którego zobowiązał się składając ofertę.

Należy zauważyć, że Zamawiający w postępowaniu odwoławczym nie wskazał, jakie konkretnie akcesoria pozwalające „osiągnąć wymaganą wysokość panelu sterującego” zaoferował Przystępujący; z powyższego twierdzenia Zamawiającego wynika zaś, że Zamawiający nie wie, jakie akcesoria pozwalające „osiągnąć wymaganą wysokość panelu sterującego” zostały mu zaoferowane, a zatem w zakresie tym nie jest w stanie określić, jaka jest treść (jaki jest zakres) zobowiązania Przystępującego.

W świetle treści datowanego na 20 sierpnia 2024 r. pisma przekazanego Zamawiającemu przez Przystępującego złożonego w odpowiedzi na wezwanie do przekazania wyjaśnień, w tym złożenia, dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty, w którym wskazano „(...) 1. Koszt pozyskania urządzeń i oprogramowania. (...) 2. Urządzenie typ 3 Brother HLL6400DW z szafką i czytnikiem TWN4 (43 szt.): (...) 3. Urządzenie typ 4 RISO SF 5030 (2 szt) (...)”, trafia jest zawarte w odwołaniu twierdzenie, że „w przypadku urządzeń Brother w Wyjaśnieniach RNC Sharp wskazuje, że zaoferował urządzenie z szafką - podstawą. W przypadku zaś urządzeń RISO taka informacja nie pojawia się w Wyjaśnieniach RNC Sharp.”. Nawet gdyby nie uznać, jak podnosi Odwołujący, iż pismo to potwierdza „brak zaoferowania podstawy urządzenia”, to nie może ulegać wątpliwości, że nie wynika z niego jednoznacznie, że Przystępujący zaoferował podstawę do urządzenia RISO SF 5030.

Także w treści innych dokumentów złożonych przez Przystępującego w Postępowaniu Izba nie doszukała się podstaw do uznania, że składając ofertę zobowiązał się on do wydania Zamawiającemu podstawy stanowiącej

wyposażenie dodatkowe bądź jakiegokolwiek innego akcesorium pozwalającego „osiągnąć wymaganą wysokość panelu sterującego” urządzenia RISO SF 5030. Nie wynika to ani z oferty, ani z ww. pisma datowanego na 30 września 2024 r., w których nie ma słowa o podstawie, szafce czy jakimkolwiek innym takim akcesorium.

W tym stanie rzeczy oczywiste jest, że zaoferowanie przez Przystępującego urządzenia RISO SF 5030 o wysokości 665 mm bez takiego akcesorium oznacza, że panel sterujący tego urządzenia nie znajduje się min. 90 cm od poziomu podłogi. Treść oferty Przystępującego nie była więc zgodna z załącznikiem nr 3 do SWZ w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]” w zakresie „wysokości produktu”.

Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a nie dokonując tej czynności naruszył ten przepis.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp nie był natomiast uzasadniony w zakresie naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 Pzp.

W odwołaniu nie wskazano, dlaczego zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia narusza wynikający z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia Postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i proporcjonalny. Brak więc było podstaw do stwierdzenia naruszenia tych przepisów.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b i c w związku z art. 118 ust. 2 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: (...) b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”. Art. 118 ust. 2 Pzp stanowi zaś, że „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

W pkt 5.1 SWZ Zamawiający określił, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...) 2) spełniają określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, tj. posiadają zdolności zawodowe do wykonania zamówienia, określone w pkt 5.3 SWZ”, zaś w pkt 5.3 SWZ, iż „zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności zawodowych (doświadczenia), niezbędnych do wykonywania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy wykonawca wykaże, że wykonał bądź wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno wdrożenie i świadczenie usługi centralnego wydruku/outsourcingu wydruku, obejmującej co najmniej 200 urządzeń drukujących, o wartości nie mniejszej niż 750 000 zł brutto, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana oraz załączeniem dowodów określających czy ta usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie”.

Przystępujący złożył ofertę w Postępowaniu – złożony przez niego formularz ofertowy miał treść „(...) W imieniu Wykonawcy oświadczam, że usługi objęte zamówieniem zostaną wykonane ~~w własnym zakresie~~ z udziałem podwykonawcy*: Część przedmiotu zamówienia, stanowiącą 30 %**wartości zamówienia której wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy: Obsługa serwisowa urządzeń Nazwa podwykonawcy(o ile jest znana): Cellpol S.C. G.Ł., M.Ł. ul. Jana Czochralskiego 10, 61-248 Poznań (...) Informacja w zakresie polegania na zdolnościach zawodowych innych podmiotów W imieniu Wykonawcy oświadczam, że Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowych (doświadczenia), określonego w pkt 5.3* SWZ 1) polega na zdolnościach zawodowych innych podmiotów* tj. Cellpol S.C. G.Ł., M.Ł. ul. Jana Czochralskiego 10, 61- 248 Poznań (...).”

Wraz z ofertą Przystępujący złożył dokument zatytułowany „Oświadczenie o udostępnieniu zdolności zawodowej, technicznej i doświadczenia” o treści „Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia niepublicznego prowadzonego przez Izbę Administracji Skarbowej w Poznaniu („Zamawiający”) pn.: „Świadczenie usługi Centralnego Wydruku w Izbie Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz jednostkach jej podległych” o numerze referencyjnym 3001-ILZ.260.9.2024 („Postępowanie”). Niniejszym, w imieniu CELLPOL S.C. GRZEGORZ ŁAWNICZEK, MON ŁAWNICZEK, ul. Jana Czochralskiego 10, 61-248 Poznań, dalej zwaną „Udostępniającym” oświadczamy, iż oddamy do dyspozycji SHARP Electronics (Europe) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa, KR: 0000226509 (dalej „Wykonawca”) niezbędne zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz doświadczenia na potrzeby uczestnictwa Wykonawcy w Postępowaniu wynikające z realizacji przez Udostępniającego na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu zamówienia przedmiotem którego był najem drukujących urządzeń wielofunkcyjnych wraz z oprogramowaniem zarządzającym oraz z systemem druku podążającego i poufnego (w tym licencjami do oprogramowania) w jednostkach organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz serwisem tych urządzeń obejmującym wymianę wszelkich niezbędnych materiałów eksploatacyjnych, a także kompleksową obsługę

urządzeń drukujących będących własnością Zamawiającego wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych i serwisem ww. urządzeń na okres 48 miesięcy upływających w dniu 11 listopada 2024 r.) zrealizowanego do dnia 28 czerwca 2024 roku na kwotę 6 251 395,24 zł brutto, zwane dalej „Zdolnościami”. Zdolności zostaną zapewnione Wykonawcy na potrzeby ubiegania się i realizacji zamówienia będącego przedmiotem Postępowania na cały okres jego realizacji. Udostępnienie Zdolności odbędzie się poprzez realizacji w/w zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie wdrożenia i świadczenia usługi centralnego wydruku na podstawie umowy podwykonawczej. Udostępnienie Zdolności nastąpi w pełnym zakresie wiedzy i doświadczenia Udostępniającego w sposób określony powyżej w celu zapewnienie 100% transferu wiedzy i doświadczenia Udostępniającego i jego personelu na rzecz Wykonawcy.”.

Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący podnosił, że Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Przystępującego, gdyż ten nie wykazał, że spełnia określony w pkt 5.3 SWZ warunku udziału w Postępowaniu. Przyjęcie, że Przystępujący tego nie wykazał, miało zaś wynikać z tego, że:

- ww. warunek odpowiada zakresowo przedmiotowi zamówienia,
- celem wykazania spełniania ww. warunku Przystępujący w pełni polegał na zasobach „Cellpol s.c. G.Ł., M.Ł.” (dalej jako „Cellpol”),
- „Cellpol zobowiązał się do wykonania części zamówienia w związku z udostępnionym zasobem w charakterze podwykonawcy w zakresie wdrożenia i świadczenia usługi centralnego wydruku – czyli de facto w zakresie całości przedmiotu zamówienia”,
- z treści formularza ofertowego oraz odtajnionej treści Wyjaśnień ceny oferty Sharp z dnia 20 sierpnia 2024 r. („Wyjaśnienia RNC”) złożonych przez Sharp wynika, że Cellpol będzie realizował jedynie zakres podwykonawstwa: obsługa serwisowa urządzeń co wskazuje na pozorne udostępnienie zasobu przez Cellpol wykonawcy Sharp”.

W związku z powyższym należy wskazać, że w sytuacji, gdy zamawiający na podstawie art. 462 ust. 2 Pzp żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, wskazanie tych części zamówienia i podanie nazw nie uniemożliwia wykonawcy powierzenia podwykonawcy wykonania innej części zamówienia niż wskazana w ofercie czy powierzenia wykonania części zamówienia innemu wykonawcy niż ten, którego nazwę podano w ofercie - ma więc charakter wyłącznie informacyjny. W konsekwencji wskazanie przez Przystępującego w formularzu ofertowym, iż zamierza powierzyć Cellpol część przedmiotu zamówienia, stanowiącą 30 % wartości zamówienia w zakresie obsługi serwisowej urządzeń, nie ma znaczenia dla oceny, czy Przystępujący spełnia ww. warunek udziału w Postępowaniu.

Dla oceny, czy wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawca, który w celu potwierdzenia spełniania tego warunku polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, istotna jest treść zobowiązania tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W zakresie oceny, czy Przystępujący wykazał spełnianie określonego w pkt 5.3 SWZ warunku udziału w Postępowaniu, będącego warunkiem w zakresie doświadczenia, wziąć więc pod uwagę należało treść dokumentu zatytułowanego „Oświadczenie o udostępnieniu zdolności zawodowej, technicznej i doświadczenia”.

W świetle treści oferty Przystępującego nie ulega wątpliwości, że w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku polegał on na zdolnościach Cellpol. Nie było przy tym sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego iż doświadczenie Cellpol, o którym mowa w ww. dokumencie, pod względem zakresu odpowiada określonego w pkt 5.3 SWZ warunkowi udziału w Postępowaniu. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że zdolności Cellpol w zakresie tego doświadczenia potwierdzają spełnianie przez Przystępującego określonego w pkt 5.3 SWZ warunku udziału w Postępowaniu.

Mając na uwadze art. 118 ust. 2 Pzp trzeba zauważyć, że Przystępujący może polegać na zdolnościach Cellpol w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji wykazać spełnienie ww. warunku, o ile Cellpol wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W ww. dokumencie Cellpol oświadczył, że udostępnienie tego doświadczenia „odbędzie się poprzez realizacji” zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, „w charakterze podwykonawcy w zakresie wdrożenia i świadczenia usługi centralnego wydruku”. Powyższe uzasadnia uznanie, że zakres zobowiązania Cellpol obejmuje wykonywanie tego zamówienia w całym zakresie; tym samym Przystępujący może powierzyć Cellpol wykonywanie usług, do realizacji których wymagane są zdolności udostępnione przezeń Przystępującemu.

Nie ma przy tym podstaw, aby uznać, że udostępnienie zdolności Cellpol miało charakter pozorny ze względu na wskazanie przez Przystępującego w formularzu ofertowym, iż zamierza powierzyć Cellpol część przedmiotu zamówienia, stanowiącą 30 % wartości zamówienia w zakresie obsługi serwisowej urządzeń. Przedstawienie tej informacji nie uzasadnia samo w sobie przyjęcia, że rzeczywistą wolą Cellpol nie jest udostępnienie Przystępującemu doświadczenia, o którym mowa w dokumencie zatytułowanym „Oświadczenie o udostępnieniu zdolności zawodowej,

technicznej i doświadczenia" w sposób i w zakresie w nim wskazanym.

Nie sposób było więc stwierdzić, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu bądź że nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Art. 224 ust. 5 Pzp stanowi, że „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”. Stosownie zaś do art. 224 ust. 6 Pzp „odrzuconiu, 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”.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 14 sierpnia 2024 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny” o treści „Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu działając jako Zamawiający w postępowaniu nr 3001-ILZ.260.9.2024, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wzywa Państwa do przekazania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oferty. (...) W przypadku niezłożenia wyjaśnień lub w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub nie uzasadnią podanej w ofercie ceny, zostanie ona odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną. Uzasadnienie Zgodnie z art. 224 ust.2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. – dalej „pzp”) w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie stosownych wyjaśnień, chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W przedmiotowym postępowaniu zaoferowali Państwo wykonanie usług stanowiących przedmiot zamówienia za kwotę niższą o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 10. Powyższe nakazuje Zamawiającemu, zgodnie z cyt. powyżej art. 224 ust.2 pzp, wezwać Państwa do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny i wykazania, że nie jest ona rażąco niska w stosunku do wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i zapewnia jego należytą realizację. Zamawiający wzywa zatem Państwa do złożenia wyjaśnień i przedłożenia kalkulacji ceny oferty, w tym złożenia dowodów, we wskazanym powyżej terminie. Przygotowując stosowne wyjaśnienia zobowiązani są Państwo przedstawić kalkulację cenową, sporządzoną w oparciu o dokumentację postępowania, uwzględniającą czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym przede wszystkim: 1. koszty pozyskania urządzeń/serwerów CW/oprogramowania zgodnych z wymaganiami Zamawiającego (parametry techniczne, urządzenia nowe lub używane wyprodukowane nie wcześniej niż w 2023 roku, licencje itp.) - odpowiednio koszty produkcji/zakupu/najmu urządzeń/serwerów CW/oprogramowania 2. planowane korzystanie przez Wykonawcę z doświadczenia podmiotu trzeciego (CELLPOL s.c. GRZEGORZ ŁAWNICZEK, MONIKA ŁAWNICZEK) który zgodnie z przepisami pzp zobowiązany będzie jako podwykonawca przez cały okres obowiązywania umowy do świadczenia usług, do realizacji których ww. zdolności (tj. doświadczenie) były wymagane. 3. koszty transportu, uruchomienia urządzeń/serwerów CW/systemu, przeszkolenia użytkowników, 4. koszty eksploatacyjne urządzeń, materiałów, koszty dojazdu do obiektów (usługi serwisowe, naprawcze itp.) z uwzględnieniem faktu, że usługi serwisowe zgodnie z Państwa ofertą świadczyć będzie wskazany przez Państwa podwykonawca (CELLPOL s.c. GRZEGORZ ŁAWNICZEK, MONIKA ŁAWNICZEK), 5. koszty związane z wynagrodzeniem personelu (pracowników/podwykonawców zaangażowanego w realizację zamówienia, uwzględniające obowiązujące przepisy prawa pracy, prawa podatkowego i ubezpieczeń społecznych oraz wymóg Zamawiającego dot. zatrudnienia przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę osób wykonujących bieżące czynności serwisowe i naprawcze na podstawie stosunku pracy, wymogami 6. inne koszty, których ponoszenie jest niezbędne do wykonania usług zgodnie z warunkami zamówienia, 7. podatek VAT, 8. ewentualne wyjątkowo korzystne warunki związane ze świadczeniem usług czy otrzymaną pomoc publiczną, 9. kalkulację zysku, jaki Wykonawca przewidział do osiągnięcia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, 10. kalkulację ryzyka związanego z ewentualnym nienależytym realizowaniem przedmiotu umowy (np. zwłoka w realizacji zamówienia), a tym samym możliwości poniesienia kosztów związanych z naliczeniem przez Zamawiającego przewidzianych w umowie kar umownych. (...).”

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 20 sierpnia 2024 r. pismo o treści „W imieniu SHARP ELECTRONIC (EUROPE) GMBH Sp. z o.o. Oddział w Polsce („SHARP”) w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 sierpnia 2024 roku udzielamy następujących wyjaśnień. Oferta SHARP została wyceniona z uwzględnieniem następujących elementów kalkulacyjnych: ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE I. Koszt pozyskania urządzeń i oprogramowania. Urządzenie typ 1 i 2 (403 szt) (BP-70C45 rozszerzone o BP-DE12 – (...)) PLN netto /1 1 szt, łącznie (...) PLN netto

/dowód: faktura (...)/ Jest to wartość maksymalna z uwagi na to, że cena określona w powołanej fakturze jest detaliczną ceną sprzedaży SHARP zawierającą marżę. Dla okresu świadczenia usługi w wymiarze 36 miesięcy z powyższych kosztów na poczet kalkulacji ceny (...) Zatem w poczet kosztów 36 miesięcznego okresu udostępnienia 403 urządzeń BP70C45 z BP-DE12 (...) 2. Urządzenie typ 3 Brother HLL6400DW z szafką i czytnikiem TWN4 (43 szt.): (...) PLN netto / 1 szt., łącznie (...) PLN netto. /dowód: oferta (...) Podobnie jak w pkt 1 do oferty przyjęto (...) kwotę (...) netto. 3. Urządzenie typ 4 RISO SF 5030 (2 szt) (...) netto /1 szt., łącznie (...) PLN netto /dowód: oferta (...) Podobnie jak w pkt 1 do oferty przyjęto (...) kwotę (...) PLN netto. 4. Urządzenie typ 5 Brother HLL6400DW (76 szt.) -łącznie (...) PLN netto Podobnie jak w pkt 1 do oferty przyjęto kwotę (...) PLN netto. /dowód: oferta (...) 5. Serwer (1 szt.): i serwery (...) (53 szt.): łącznie (...) PLN netto. /dowód: oferta (...) 6. Licencje za system wydruku: (...) PLN netto. /dowód: oferta (...) Łącznie koszt pozyskania sprzętu i oprogramowania (...) PLN netto/ (...) PLN brutto. Cena sprzętu podlega 36 miesięcznej gwarancji i obejmuje dostawę do lokalizacji docelowych. /dowód: faktura (...) II. Koszt wydruku Zamówienie podstawowe obejmuje: 1/ 609 346,40 pakietów B&W, które zostaną zrealizowane przez 524 urządzenia, czyli średnio 1 162, 87 pakietów na urządzenie (116 287 wydruków A4 per urządzenie). 2/ 3 620,50 pakietów color, które zostaną zrealizowane przez 403 urządzenia, czyli średnio 9 pakietów na urządzenie (900 wydruków A4 per urządzenie). W załączniku nr 1 zamieszczono informację o wydajności poszczególnych komponentów urządzeń dla urządzeń typu 1 i 2. Dla wydrukowania 116 287 stron A4 potrzeba (...) tonerów czarnych (o wydajności 40 000 stron A4), z czego jeden jest fabrycznie zainstalowany w urządzeniu, zatem konieczna będzie dostawa dwóch dodatkowych sztuk w okresie umowy. Dla wydruków kolor wystarczą tonery zainstalowane fabrycznie, gdyż mają one wydajność 24 000 wydruków A4. W ofercie dla zamówienia podstawowego przyjęto konieczność zakupu (...) tonerów czarnych dla 524 urządzeń po cenie (...) PLN netto. Łącznie (...) PLN netto. Przyjęte do wyceny ceny tonerów odpowiadają warunkom rynkowym. /dowód: faktura na zakup tonerów/ III. Koszt przeglądów Założono zgodnie z zaleceniami producenta jeden przegląd urządzenia na pół roku, czyli (...) przeglądów per urządzenie. Łącznie (...) przeglądów konserwacyjnych. Stawka za przegląd wynosi (...) PLN netto z dojazdem i narzędziami. Łącznie (...) PLN netto. /dowód: oferta (...) Zgodnie z załącznikiem nr 1 zawierającym wydajność komponentów urządzeń żaden z komponentów urządzeń przy obliczonej w pkt II średniej liczbie wydruków nie osiągnie wartości wymagającej jego wymiany. IV. Koszt Napraw Koszty napraw ponosi producent w ramach gwarancji V. Koszty dodatkowe Przyjęto (...) osobodni na czynności związane z montażem i demontażem urządzeń, konfiguracją etc po stawce (...) PLN netto za 1 osobodzień, łącznie (...) PLN netto. /dowód: oferta Łącznie koszt realizacji zamówienia podstawowego: (...) PLN netto/(...) PLN brutto. ZAMÓWIENIE DODATKOWE I. Koszt pozyskania urządzeń i oprogramowania. W ślad za wyjaśnieniami dotyczącymi zamówienia podstawowego (...) 1. W poczet kosztów zamówienia dodatkowego dla 403 urządzeń BP70C45 z BP-DE12 w ramach zamówienia podstawowego zaliczono kwotę (...) PLN netto (...) 2. W poczet kosztów zamówienia dodatkowego dla urządzeń typ 3 Brother HLL6400DW z szafką i czytnikiem TWN4 (43 szt.) przyjęto (...) PLN netto (...) 3. W poczet kosztów zamówienia dodatkowego dla urządzeń typ 4 RISO SF 5030 (2 szt) przyjęto (...) PLN netto (...) 4. W poczet kosztów zamówienia dodatkowego dla urządzeń typ 5 Brother HLL6400DW przyjęto (...) PLN netto (...) Serwery i oprogramowanie zostaną w całości sfinansowane w ramach zamówienia podstawowego. II. Koszt wydruku Łączne wolumeny wydruków (dla zamówienia podstawowego i dodatkowego) wynoszą: 1/ 796 837,60 pakietów B&W, które zostaną zrealizowane przez 524 urządzenia, zatem łączny wolumen wydruku wynosi 1 406 184 pakietów, czyli 2 683,55 pakietów na urządzenie (268 355 wydruków A4 per urządzenie). 2/ 8 355 pakietów color, które zostaną zrealizowane przez 403 urządzenia, czyli średnio 20,73 pakietów na urządzenie (2 073 wydruków A4 per urządzenie). W załączniku nr 1 zamieszczono informację o wydajności poszczególnych komponentów urządzeń dla urządzeń typu 1 i 2. Dla wydrukowania 268 355 stron A4 potrzeba (...) tonerów czarnych (o wydajności 40 000 stron A4), z czego (...) zostaną wykorzystane na potrzeby zamówienia podstawowego a zatem konieczna będzie dostawa (...) sztuk w okresie umowy. Dla wydruków kolor wystarczą tonery zainstalowane fabrycznie gdyż mają one wydajność 24 000 wydruków A4. W ofercie dla zamówienia dodatkowego przyjęto konieczność zakupu 3 tonerów czarnych dla 524 urządzeń po cenie (...) PLN netto. Łącznie (...) PLN netto. Ceny tonerów przyjęto jak w zamówieniu podstawowym. III. Koszt przeglądów Nie powstaje, koszt został skalkulowany w zamówieniu podstawowym gdyż zamówienie dodatkowe będzie realizowane w 36 miesięcznym okresie obowiązywania umowy. IV Koszt Napraw Jak w zamówieniu podstawowym V. Koszty Dodatkowe Nie powstaje, koszt został skalkulowany w zamówieniu podstawowym gdyż zamówienie dodatkowe będzie realizowane w 36 miesięcznym okresie obowiązywania umowy. Treść niniejszych wyjaśnień wraz załącznikami zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa SHARP. Załączniki: 1/ Załącznik nr 1 — tabela wydajności i cen materiałów eksploatacyjnych oraz części zamiennych; 2/ faktura sprzedaży; 3/ oferta (...) 4/ oferta dostawcy oprogramowania; 5/ faktura na zakup tonerów.”.

Zważywszy na treść ww. datowanego na 14 sierpnia 2024 r. pisma przekazanego Przystępującemu oraz art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „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" należy uznać, że Zamawiający zażądał od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, obejmujących co najmniej kalkulację cenową, przy czym miała ona uwzględniać „koszty przeszkolenia użytkowników”, „koszty związane z wynagrodzeniem personelu (pracowników/podwykonawców) zaangażowanego w realizację zamówienia”, „kalkulację zysku, jaki Wykonawca przewidział do osiągnięcia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia” oraz „kalkulację ryzyka związanego z ewentualnym nienależytym realizowaniem przedmiotu umowy (np. zwłoka w realizacji zamówienia), a tym samym możliwości poniesienia kosztów związanych z naliczeniem przez Zamawiającego przewidzianych w umowie kar umownych”.

W świetle ww. pisma Przystępującego datowanego na 20 sierpnia 2024 r. nie budzi wątpliwości, że nie ma w nim kalkulacji cenowej uwzględniającej „koszty przeszkolenia użytkowników”, „koszty związane z wynagrodzeniem personelu (pracowników/podwykonawców) zaangażowanego w realizację zamówienia”, „kalkulację zysku, jaki Wykonawca przewidział do osiągnięcia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia” oraz „kalkulację ryzyka związanego z ewentualnym nienależytym realizowaniem przedmiotu umowy (np. zwłoka w realizacji zamówienia), a tym samym możliwości poniesienia kosztów związanych z naliczeniem przez Zamawiającego przewidzianych w umowie kar umownych”, ani jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie tych kosztów i kalkulacji.

W tej mierze trafne są zatem twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący nie złożył wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w takim zakresie, w jakim zażądał tego Zamawiający.

Zawarte w odwołaniu twierdzenia były niezasadne w kwestii uwzględnienia w kalkulacji cenowej „kosztów transportu urządzeń” drukujących. W ww. piśmie datowanym na 20 sierpnia 2024 r. wskazano, że „cena sprzętu (...) i obejmuje dostawę do lokalizacji docelowych”, z czego wynika, że koszt transportu tych urządzeń został uwzględniony.

Zasadnie natomiast podniósł Odwołujący, że dokumenty załączone do ww. pisma nie zawierają informacji, że „cena sprzętu (...) i obejmuje dostawę do lokalizacji docelowych”. Złożone przez Przystępującego dowody w zakresie wyliczenia ceny nie potwierdzają zatem, że koszty transportu urządzeń drukujących są wliczone w koszty ich pozyskania.

W związku z zawartymi w odwołaniu twierdzeniami dotyczącymi nie uwzględnienia przez Przystępującego „kosztów przeglądu urządzeń w zamówieniu opcjonalnym” należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał, iż niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy w ww. piśmie wskazano, że przeglądy urządzeń wykonuje się raz na pół roku, wobec czego koszty te mogą być „skalkulowane w zamówieniu podstawowym” – to jest że w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji zwiększy się liczba przeglądów. Brak było więc podstaw do przyjęcia, że w takiej sytuacji konieczne było uwzględnienie w wyliczeniu ceny oferty w zakresie zamówienia opcjonalnego kosztów przeglądów, które nie zostały uwzględnione w zakresie zamówienia podstawowego.

Wymaga podkreślenia, że w sytuacji, gdy zamawiający żądając od wykonawcy wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wskazuje, w jakim zakresie wykonawca ma złożyć wyjaśnienia bądź co mają obejmować te wyjaśnienia, zadośćuczynienie spoczywającemu na wykonawcy zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wymaga przede wszystkim złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym przez zamawiającego, a uczynienie tego ma podstawowe znaczenie dla oceny, czy przedstawione przez niego wyjaśnienia uzasadniają cenę podaną w ofercie w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp.

Należyte spełnienie tego obowiązku w przypadku, gdy zamawiający żąda udzielenia wyjaśnień dotyczących określonego czynnika cenotwórczego, którego wykonawca nie wziął pod uwagę wyliczając cenę oferty, wymaga wskazania w wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny, że czynnika tego wykonawca nie wziął pod uwagę i dlaczego.

Odnosząc się do twierdzenia Przystępującego, że w ww. piśmie datowanym na 20 sierpnia 2024 r. „nie zawarł rozliczenia potencjalnych kar umownych wynikających z opóźnienia - podczas gdy Przystępujący nie przewiduje naliczenia takich kar”, należy zauważyć, iż gdyby przyjąć, że nie złożenie wyjaśnień w zakresie czynnika cenotwórczego wskazanego przez zamawiającego w żądaniu wyjaśnień oznacza, że wykonawca nie przewiduje, że czynnik ten wystąpi, to brak złożenia przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny dotyczących „zysku, jaki Wykonawca przewidział do osiągnięcia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia” skutkowałoby koniecznością uznania, że nie przewiduje on osiągnięcia zysku. Oznaczałoby to, że w przypadku „naliczenia kary umownej” przez Zamawiającego nie jest możliwe pokrycie jej z przychodu z wykonywania zamówienia.

Reasumując, w ww. piśmie datowanym na 20 sierpnia 2024 r. Przystępujący nie przedstawił kalkulacji cenowej uwzględniającej „koszty przeszkolenia użytkowników”, „koszty związane z wynagrodzeniem personelu (pracowników/podwykonawców) zaangażowanego w realizację zamówienia”, „kalkulację zysku, jaki Wykonawca przewidział do osiągnięcia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia” oraz „kalkulację ryzyka związanego z ewentualnym nienależytym realizowaniem przedmiotu umowy (np. zwłoka w realizacji zamówienia), a tym samym

możliwości poniesienia kosztów związanych z naliczeniem przez Zamawiającego przewidzianych w umowie kar umownych", ani jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie tych kosztów i kalkulacji, wobec czego zakres złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny nie jest taki, jakiego żądał Zamawiający. Ponadto Przystępujący nie złożył dowodów potwierdzających, że koszty transportu urządzeń drukujących są wliczone w koszty ich pozyskania. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby nie sposób uznać, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny wraz z dowodami uzasadniają cenę podaną w jego ofercie. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp, a nie dokonując tej czynności naruszył te przepisy.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp nie był natomiast uzasadniony w zakresie naruszenia art. 224 ust. 5 Pzp.

Przepis ten zawiera wyłącznie normę określającą na kim spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu; nie reguluje zaś odrzucenia oferty wykonawcy. Brak więc było podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 pkt 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Stosownie zaś do art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk „czynem nieuczciwej konkurencji jest 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”.

Zważywszy, że art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp zawarte jest odwołanie do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, wobec treści art. 3 ust. 1 uznk, odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp wymaga stwierdzenia, że oferta została złożona w warunkach określonych w art. 3 ust. 1 uznk. W konsekwencji konieczne jest określenie na czym ten czyn polegał oraz stwierdzenie, że wystąpiły wszystkie określone w tym przepisie przesłanki, których wystąpienie jest konieczne dla uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji – że działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz że działanie to jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, w tym określenie normy prawnej lub obyczaju, z którym działanie to jest sprzeczne. W przypadku, gdy to nie nastąpi, nie jest możliwe stwierdzenie, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, co uniemożliwia uznanie, że oferta została złożona w warunkach takiego czynu, a w konsekwencji że istniała podstawa do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

W odwołaniu wskazano, że „zachowaniem naruszającym dobre obyczaje kupieckie, a zarazem interesy wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu na rynku usług wydruku jest:

- a) dumping cenowy w ofercie Sharp, nieuzasadnione chowanie kosztów w jednozdaniowych informacjach, niepopartych w ocenie Odwołującego żadnym dowodem.
- b) przerzucanie kosztów wykonania zamówienia przez Sharp z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego.
- c) wprowadzanie w błąd Zamawiającego przez Sharp co do roku produkcji oferowanego urządzenia RISO oraz pozorne, udostępnianie zasobu przez Cellpol, jedynie celem formalnego spełnienia udziału w Postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten będzie podwykonawcą jedynie w wąskim zakresie udostępnionego zasobu.”.

W zakresie „dumpingu cenowego w ofercie Sharp, nieuzasadnionego chowania kosztów w jednozdaniowych informacjach, niepopartych w ocenie Odwołującego żadnym dowodem” Odwołujący podnosił przy tym, że „czynem nieuczciwej konkurencji, który wynika z wyjaśnień RNC Sharp: jest a) przyjmowanie bazowej wartości urządzeń celem obliczenia kosztu ich użytkowania kilkakrotnie niższej niż ich cena rynkowa bez opisywania czynników obniżających cenę, właściwych dla Sharp, przedstawienia dowodów na możliwości obniżenia ceny; b) wskazywanie, że transport urządzeń jest wliczony w ich cenę bez jakiegokolwiek dowodu ze strony producenta; c) czy wskazywanie, że koszt napraw jest wliczony w cenę gwarancji producenta, mając przy tym na uwadze, że gwarancja na urządzenia RISO i Brother jest gwarancją 2 letnią, czyli nie obejmuje 3 letniego okresu zamówienia; d) przerzucanie kosztów zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego”.

W związku z powyższymi twierdzeniami należy wskazać, że samo niezłożenie przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny (w ogóle czy w zakresie określonych czynników cenotwórczych) bądź złożenie wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia cen, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny nie jest wystarczające dla uznania, że złożenie tej oferty nastąpiło w warunkach działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, które

zagroza lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a zwłaszcza że jest utrudnianiem innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (tj. czynem określonym w art. 3 ust. 1 bądź art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk). W szczególności w odniesieniu do art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk wymaga zauważenia, że aby uznać złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za działanie utrudniające innym przedsiębiorcom dostęp do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, konieczne byłoby stwierdzenie, że podana w ofercie cena towaru bądź wynagrodzenie za świadczenie usługi jest niższa niż koszt jego wytworzenia lub jej świadczenia.

Brak jest podstaw do uznania, że określone w ofercie Przystępującego wynagrodzenie za świadczenie na rzecz zamawiającego „usługi Centralnego Wydruku” jest niższe niż koszty jej świadczenia. W odwołaniu nie wskazano, jakie są koszty świadczenia takiej usługi. Odwołujący nie podał nawet, jaka jest rynkowa cena urządzeń drukujących wskazanych w tej ofercie, pomimo, że twierdził, iż Przystępujący przyjął „bazową wartość urządzeń celem obliczenia kosztu ich użytkowania kilkukrotnie niższą niż ich cena rynkowa”.

W zakresie „przerzucania kosztów wykonania zamówienia przez Sharp z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego” jako okoliczność faktyczną uzasadniającą wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu przedstawiono wyłącznie „przerzucenie z zamówienia opcjonalnego do podstawowego koszt przeglądów”. Jak zaś wskazano powyżej, brak jest podstaw do przyjęcia, że Przystępujący powinien uwzględnić w wycenieniu ceny oferty w zakresie zamówienia opcjonalnego koszty dodatkowych przeglądów w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji. Nie sposób więc uznać, że koszty przeglądów w zakresie zamówienia opcjonalnego zostały przerzucone do kosztów zamówienia podstawowego, a w konsekwencji iż działanie takie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk.

Jako działania stanowiące taki czyn w odwołaniu wskazano także „wprowadzanie w błąd Zamawiającego przez Sharp co do roku produkcji oferowanego urządzenia RISO oraz pozorne, udostępnianie zasobu przez Cellpol, jedynie celem formalnego spełnienia udziału w Postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten będzie podwykonawcą jedynie w wąskim zakresie udostępnionego zasobu”.

Odwołujący nie wskazał przy tym, na czym dokładnie polegało „wprowadzanie w błąd Zamawiającego przez Sharp co do roku produkcji oferowanego urządzenia RISO”. Zważywszy na przedstawione wcześniej rozważania w zakresie zgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie daty produkcji ofertowanego przez Przystępującego urządzenia Riso SF5030 nie można natomiast uznać, że wprowadził on Zamawiającego w błąd oświadczając w dokumencie sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ w zakresie „Urządzenia do druku na kopertach [typ 4]”, iż urządzenie to zostało wyprodukowane nie wcześniej niż w 2023 roku, a zaoferował urządzenie wyprodukowane wcześniej niż w 2023 roku.

W zakresie „pozornego udostępnianie zasobu przez Cellpol” w odwołaniu nie wskazano jakichkolwiek okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 pkt 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 pkt 1 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk był uzasadniony.

Zgodnie z art. 18 Pzp „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), 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. 11 ust. 2 uznk stanowi, że „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”.

Wraz z ww. pismem datowanym na 20 sierpnia 2024 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu pismo zatytułowane „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” (dalej jako „Zastrzeżenie”) o treści „Ustawodawca kreując w Prawie zamówień publicznych zasadę jawności (art. 8 ust. 1 Pzp), przewidział od niej wyjątek, określając w art. 8 ust. 3 Pzp, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa; odsyłając jednocześnie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503, ze zmianami) - zwanej dalej UZNK. Pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” jest definiowane nie tylko w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale także w tzw. Porozumieniu TRIPS. Art. 39. Zamawiający musi zatem honorować regulacje wynikające z całego systemu

prawnego Rzeczypospolitej i nie podejmować działań opartych na wyrywkowej interpretacji przepisów. Porozumienie stanowi, iż: „1. Dla zapewnienia skutecznej ochrony przed nieuczciwą konkurencją, jak postanowiono w Artykule 1 Obis Konwencji paryskiej (1967), Członkowie będą chronić informacje nieujawnione zgodnie z ust. 2, a także dane przedstawione rządowi lub agencjom rządowym zgodnie z ust. 3. 2. (vide: Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) (Dz. U. z dnia 19 marca 1996r.). Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo, jak takie informacje: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności.” W myśl art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zgodnie z opinią UZP: „określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (ICKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób mmi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55).” Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach spełniają przy tym wszystkie przesłanki konieczne dla objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności zawierają one wiedzę pozwalającą na utrzymanie przewagi nad konkurencyjnymi przedsiębiorstwami, a tym samym mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Odnosząc się szczegółowo do zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji i dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa - wskazujemy jak niżej: a) Zastrzeżone informacje mają charakter poufny Zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje mają wartość gospodarczą. Niniejsze wyjaśnienia (wraz z załącznikami) wskazują szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny, w szczególności wysokość wynagrodzenia zasobów ludzkich, metody szacowania kosztów zakupu materiałów i części zamiennych, a także rozkład poszczególnych kosztów (czyli ogólnie strategię cenową oferty). Zawierają również informacje wskazujące na sposób organizacji pracy przez Wykonawcę. Zajęta przez przedsiębiorcę pozycja na liście rankingowej ofert wskazuje, iż źródło zaopatrzenia przedsiębiorcy zapewnienia przewagę przedsiębiorcy w stosunku do innych wykonawców, co przesądza, iż dane o źródle zaopatrzenia przedsiębiorcy mają wymierną wartość gospodarczą. Wyjaśnienia te jako całość stanowią cenne źródło informacji dla konkurentów, tym bardziej w warunkach ostrej konkurencji, której istnienie na rynku usług informatycznych jest okolicznością powszechnie znaną. Na podstawie szczegółowych danych przedstawionych przez Wykonawcę jego konkurenci mogliby łatwo uzyskać wiedzę na temat kształtowania relacji kosztów usług i stosowanych stawek czy wyliczyć, jakie upusty uzyskał Wykonawca przy nabyciu

poszczególnych komponentów, tj. wiedzę co do wypracowanej przez lata strategii kształtowania oferty na rynku informatycznym, co bez wątpienia można zaliczyć do tzw. know-how wykonawcy, które pozwala mu na kształtowanie atrakcyjnych cenowo ofert dla rynku publicznego. W konsekwencji informacje przedstawione w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą jako zawierające know-how przedsiębiorcy w zakresie przygotowywania ofert, które Wykonawca uzyskał w toku długoletniej działalności na specyficznym rynku usług informatycznych oraz na temat relacji rynkowych przedsiębiorcy oraz możliwych do uzyskania przez przedsiębiorcę poziomów cenowych. Ujawnienie zastrzeżonych informacji dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową z uwagi na możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego własnego podejścia do kalkulacji ofert z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu działania wykonawcy, co utrudniłoby uzyskanie zamówień w przyszłości. Ponadto ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby doprowadzić w przyszłości do podjęcia działań w kierunku dokonywania zakupów przez konkurentów przedsiębiorcy u dostawcy przedsiębiorcy określonego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej, np.: KIO 984/13; KIO 991/13 wyrok KIO 2013-05-16 Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny stanowią rozwinięcie zastrzeżonych informacji z oferty - dotyczą one komponentów systemu oraz szczegółowej kalkulacji ceny z ujawnieniem stosowanej marży, wynagrodzeń pracowników, innych kosztów oraz rozwiązań organizacyjnych. Z uwagi na fakt, że przedstawione wyliczenia kompleksowo składają się na określenie wysokości zaoferowanej ceny, uprawnione jest zachowanie ich poufności w pełnym zakresie. KIO 1641/15 wyrok KIO z dnia 14-08-2015 „3. Wartość gospodarczą przedstawiają szczegółowe informacje odnośnie do zasad rozliczeń i finansowania przedmiotu zamówienia oraz zakresu praw i obowiązków podmiotów, które będą wspólnie z wykonawcą te zadania realizować. Wartość gospodarczą posiadają także szczegółowe informacje co do doboru podwykonawców i dostawców, a co za tym idzie strategii pozyskiwania materiałów oraz sposobu realizacji robót, jeżeli stanowi przemyślaną i sprawdzoną, właściwą wyłącznie wykonawcy, strategię kalkulacji.” KIO 908/13 wyrok KIO 2013-05-14 1. Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji. Informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. KIO/UZP 6/10 wyrok KIO 2010-03-01 5. Elementy ceny i sposób jej budowania stanowią, informacje, które odczytywanie łącznie tj. jako kalkulacja elementów kosztowych wchodzących w skład oferowanego systemu spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto tekst wyjaśnień jest skondensowany i istotne informacje o strategii firmy obrazujące jej działalność na rynku pojawiają się w różnych jego częściach, przez co nie jest możliwe ujawnienie fragmentu wyjaśnień bez zdradzania treści poufnych. b) Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej Wykonawca oświadcza, iż wszystkie zastrzeżone informacje nie są publicznie dostępne, a Wykonawca nie ujawnił i nie zamierza ujawniać do wiadomości publicznej informacji zastrzeżonych w ww. dokumentach. Dokumenty te zostały zresztą stworzone wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania i w związku z jego przedmiotem (w celu przedstawienia ich w niniejszym postępowaniu), co wyklucza ich wcześniejsze ujawnienie, natomiast w niniejszym piśmie Wykonawca zastrzegł ich poufność. Zgodnie z polityką bezpieczeństwa informacji Wykonawcy, informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty bądź wyjaśnień czy uzupełnień do oferty są podane do wiadomości jedynie ograniczonego gronu osób. Wykonawca ma wdrożoną politykę bezpieczeństwa mającą na celu właściwą ochronę informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym wskazane informacje nie są dostępne nawet dla większości pracowników Wykonawcy. Ponadto pracownicy Wykonawcy zobowiązani są do zachowania w poufności informacji, do których mają dostęp przy świadczeniu pracy, jak również poufność informacji zastrzeżona jest w relacjach z kontrahentami Wykonawcy. Żadna osoba postronna, korzystając z powszechnie dostępnych mediów i technik, nie ma możliwości wejścia w posiadanie informacji objętych klauzulą poufności. Wskazane informacje nie są rozpowszechniane ani przez Internet ani nie znajdują odzwierciedlenia w folderach reklamowych Wykonawcy czy kampaniach reklamowych. Podkreślić również należy, iż informacja może pozostać nadal poufną bez względu na fakt, iż wie o niej ograniczone grono osób. Tak stwierdził Sąd Okręgowy w Bydgoszczy z dn. 06.03.2003 r., sygn. akt VIII GC 153/02, zgodnie z którym: „Należy ponadto zauważyć, iż tajemnica nie traci swego charakteru, gdy wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji, w tym - kontrahenci przedsiębiorcy. Ze względu na swą specyfikę w posiadaniu określonych informacji może być szereg osób w różnych przedsiębiorstwach i w bardzo odległych miejscach.” W konsekwencji przedmiotowe informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są informacjami, które są nieznane ogółowi osób i nie można ich uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze. c) Wykonawca podjął niezbędne czynności w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności Wykonawca oświadcza, iż podjął działania mające na celu zachowanie poufności wszystkich zastrzeżonych informacji. W szczególności: 1/ Jak wyżej wskazano, w przedsiębiorstwie Wykonawcy są podejmowane działania mające zabezpieczyć zastrzeżone informacje, które są podane do wiadomości jedynie ograniczonego kręgu osób. Wykonawca ściśle kontroluje liczbę osób mających dostęp do informacji dotyczących oferty

w postępowaniu przetargowym. Żadne informacje ofertowe zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są udostępniane osobom nieupoważnionym, tj. nie zaangażowanym przy konkretnym projekcie. Ponadto pracownicy i współpracownicy Wykonawcy zobowiązani są do zachowania w poufności informacji, do których mają dostęp przy świadczeniu pracy czy wykonywaniu usług (poprzez stosowne klauzule poufności), co ma zapobiec ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca ma też wdrożoną politykę bezpieczeństwa mającą na celu właściwą ochronę informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie informacje poufne są przechowywane na nośnikach informacji, do których dostęp mają wyłącznie osoby do tego upoważnione. 2/ Jednym z działań podjętych przez Wykonawcę w celu zachowania poufności jest ich zastrzeżenie w ofercie. Na tego rodzaju działanie podejmowane w celu ochrony informacji zwróciła uwagę Krajowa izba Odwoławcza np. w wyroku KIO/UZP 6/10. KIO/UZP 6/10 wyrok KIO 2010-03-01 6. Aby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznać za uzasadnione, wykonawca żądający zachowania poufności informacji, musi wykazać, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także, że podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zastrzeżenie w ofercie poufności wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi również wyraz działań podjętych w celu zachowania ich poufności. 3/ Informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie były podawane do wiadomości publicznej, ponieważ zostały one sporządzone na potrzeby niniejszego postępowania, a wykonawca od razu podjął działania mające na celu zachowanie poufności wynikających z niego informacji (zastrzeżenie ich poufności).”.

Pismem datowanym na 5 września 2024 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że „zastrzeżenie przez Państwa całości złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (pismo z dnia 21.08.2024 r.) – jest nieskuteczne. (...) W związku z powyższym, w wyniku analizy przedłożonych wyjaśnień Zamawiający stwierdził, że zastrzeżone przez Państwa informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i podlegają ujawnieniu, za wyjątkiem informacji, które zostały zanonimizowane przez Zamawiającego poprzez zaznaczenie ich kolorem czarnym oraz całości załączników do złożonych wyjaśnień.”, zaś że pismem datowanym na 12 września 2024 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że „uchyla czynność odtajnienia niektórych informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny odnoszących do zasad/metod kalkulacji ceny ofertowej oraz podziału kosztów”.

Odwolującemu została udostępniona treść ww. pisma datowanego na 20 sierpnia 2024 r. w brzmieniu podanym powyżej – fragmenty oznaczone (...) były zakreślone (zasłonięte).

Mając na uwadze powyższe ocenie Izby podlegało wyłącznie zaniechanie udostępnienia informacji w zakresie, w jakim nie zostały one udostępnione Odwołującemu – czyli zawartych w zakreślonych (zasłoniętych) fragmentach ww. pisma datowanego na 20 sierpnia 2024 r. W konsekwencji wyłącznie do tych informacji należy odnosić ocenę, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący wraz z ich przekazaniem zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle treści art. 18 ust. 1 - 3 Pzp, a także biorąc pod uwagę treść art. 73 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania”, oraz art. 74 ust. 2 Pzp, stosownie do którego „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.” niewątpliwie jest, że co do zasady złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny są jawne i – stanowiąc załączniki do protokołu postępowania - podlegają udostępnieniu, a zawarte w nich informacje są informacjami związanymi z postępowaniem o udzielenie zamówienia, wobec czego Zamawiający może ograniczyć do nich dostęp (w szczególności ich nie ujawniać) tylko w przypadkach określonych w Pzp.

Zważywszy, że nie ujawnianie zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk stanowi wyjątek od wyrażonej w art. 18 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, art. 18 ust. 3 Pzp musi być interpretowany i stosowany w sposób ścisły. Co za tym idzie, w ten sam sposób należy interpretować określone w tym przepisie okoliczności, których wystąpienie zobowiązuje zamawiającego do nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, a przede wszystkim użyty w nim wyraz „informacji” – który należy rozumieć jako określoną informację, a nie dokument (w szczególności dokument zawierający określoną informację). Biorąc ponadto pod uwagę, że również w art. 11 ust. 2 uznk jest mowa o informacji, a nie o dokumencie (w szczególności o dokumencie zawierającym informację), konieczne jest stwierdzenie, że art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia do nieujawniania określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego

tą informację.

Zamawiający może na podstawie tego przepisu nie ujawnić określonej informacji, jeżeli wykonawca zastrzegł, że ta informacja nie może być udostępniana oraz w odniesieniu do tej informacji wykazał istnienie określonych w tym przepisie okoliczności (a tym samym także w art. 11 ust. 2 uznk), tj. że:

- 1) jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W konsekwencji należy stwierdzić, że nieujawnienie na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp wielu informacji jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy w odniesieniu do każdej z nich wykonawca zastrzegł, że nie może być udostępniana, i wykazał istnienie ww. okoliczności. Nie ma zaś do niego podstaw, jeżeli wykonawca nie określił, jakie informacje nie mogą być udostępniane lub gdy istnienie tych okoliczności wykazywał wyłącznie ogólnie (łącznie) w odniesieniu do wszystkich tych informacji, co do których zastrzegł, że nie mogą być udostępniane.

Odwołujący nie podnosił, że w zakresie informacji zawartych w zakreślonych (zasłoniętych) fragmentach ww. pisma datowanego na 20 sierpnia 2024 r. dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie, że nie mogą być udostępniane, dotyczy określonych informacji.

Brak było natomiast podstaw do przyjęcia, że w zakresie poszczególnych z tych informacji Przystępujący wykazał istnienie okoliczności określonych w art. 11 ust. 2 uznk, a w konsekwencji że każda z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk (zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp).

Trafnie podniósł Odwołujący, że „Zastrzeżenie ma charakter blankietowy, nie odnosi się do konkretnych informacji zastrzeżonych przez Przystępującego w Wyjaśnieniach RNC”.

Należy stwierdzić, że informacje zawarte w zakreślonych (zasłoniętych) fragmentach ww. pisma datowanego na 20 sierpnia 2024 r. są informacjami różnorodnymi - pozwalającymi uzyskać wiedzę o różnych okolicznościach. W świetle treści Zastrzeżenia nie sposób jest zaś odnieść przedstawionych w nim twierdzeń w celu wykazania istnienia ww. okoliczności określonych art. 18 ust. 3 Pzp do poszczególnych w ww. informacji, w szczególności w Zastrzeżeniach nie wskazano, do których z tych informacji odnoszą się poszczególne zawarte w nich stwierdzenia czy ich fragmenty. Przystępujący podaje w nich, że „Zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje mają wartość gospodarczą. Niniejsze wyjaśnienia (wraz z załącznikami) wskazują szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny, w szczególności wysokość wynagrodzenia zasobów ludzkich, metody szacowania kosztów zakupu materiałów i części zamiennych, a także rozkład poszczególnych kosztów (czyli ogólnie strategię cenową oferty). Zawierają również informacje wskazujące na sposób organizacji pracy przez Wykonawcę.”, nie określając, które z informacji zawartych w ww. piśmie datowanym na 20 sierpnia 2024 r. wskazują „wysokość wynagrodzenia zasobów ludzkich”, „metody szacowania kosztów zakupu materiałów i części zamiennych” czy stanowią „informacje wskazujące na sposób organizacji pracy przez Wykonawcę”. Wymaga przy tym zauważenia, że w ww. piśmie datowanym na 20 sierpnia 2024 r. nie wskazano, jaka jest „wysokość wynagrodzenia zasobów ludzkich”.

W tym stanie rzeczy nie można przyjąć, że w odniesieniu do poszczególnych informacji zawartych w zakreślonych (zasłoniętych) fragmentach ww. pisma datowanego na 20 sierpnia 2024 r. które nie zostały udostępnione Odwołującemu, Przystępujący wykazał istnienie okoliczności określonych w art. 11 ust. 2 uznk, a w konsekwencji że każda z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk (zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp).

Podzielić należało także stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący nie wykazał, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności tych informacji.

W Zastrzeżeniach wskazano, że „pracownicy i współpracownicy Wykonawcy zobowiązani są do zachowania w poufności informacji, do których mają dostęp przy świadczeniu pracy czy wykonywaniu usług (poprzez stosowne klauzule poufności), co ma zapobiec ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca ma też wdrożoną politykę bezpieczeństwa mającą na celu właściwą ochronę informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.”.

Izba stoi na stanowisku, że aby wykazać, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności (co jest jedną z określonych w art. 11 ust. 2 uznk okoliczności które uprawniają do nieujawnienia informacji na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp), nie jest wystarczające samo wskazanie działań podjętych przez wykonawcę (jako uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nią) w przypadku, gdy posiada on dowody – w szczególności dokumenty – potwierdzające podjęcie takich działań; w takiej sytuacji wykonawca owo wykazanie wymaga przedstawienia zamawiającemu tych dowodów.

Niewątpliwie jest, że wraz z przekazaniem informacji zawartych w zakreślonych (zasłoniętych) fragmentach ww.

pisma datowanego na 20 sierpnia 2024 r., które nie zostały udostępnione Odwołującemu, Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności, na których podjęcie wskazywał – potwierdzających istnienie „klausz poufności”, zobowiązujących jego pracowników i współpracowników „do zachowania w poufności informacji, do których mają dostęp przy świadczeniu pracy czy wykonywaniu usług”, oraz wdrożenia „polityki bezpieczeństwa”.

W konsekwencji nie sposób było przyjąć, że Przystępujący wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uznania, że spełnione zostały wszystkie wynikające z art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk przesłanki uprawniające do nieudostępnienia informacji zawartych w określonych (zasłoniętych) fragmentach ww. pisma datowanego na 20 sierpnia 2024 r. Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 2 Pzp (jak i wynikającym z art. 16 pkt 1 Pzp obowiązkiem prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji) Zamawiający zobowiązany był zatem udostępnić Odwołującemu ww. informacje, a zaniechując dokonania tej czynności naruszył te przepisy.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż gdyby Zamawiający nie dopuścił się tych naruszeń, oferta Przystępującego nie mogłaby w nim zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Naruszenie art. 18 ust. 1 – 3 w związku z art. 16 pkt 1 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk mogło zaś mieć wpływ na wynik Postępowania, gdyż ujawnienie Odwołującemu informacji, które nie zostały mu ujawnione z naruszeniem tych przepisów, mogło umożliwić mu zakwestionowanie prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu ze względu na zawarcie w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny w zakresie wynikającym z tych informacji.

Wobec powyższego w punkcie 1. wyroku Izba uwzględniła odwołanie w części – w zakresie zarzutów, które były uzasadnione. Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a i b) Pzp, stanowiącymi, że „uwzględniając odwołanie, Izba może: 1) jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego”, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego oraz udostępnienie Odwołującemu wszystkich informacji zawartych w ww. piśmie datowanym na 20 sierpnia 2024 r.

W zakresie zarzutów, które nie były uzasadnione, Izba oddaliła odwołanie w punkcie 2. wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”. Zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia „koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych”.

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez trzech pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i dokumentów zatytułowanych „Przelew krajowy na rzecz rezydentów”, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.690 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia trzech pełnomocnictw w wysokości 51 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych.

Mając na uwadze treść tego przepisu, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez więcej niż jednego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego.

W tym stanie rzeczy zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b i d ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany dwóch przez pełnomocników. Zamawiający złożył do akt sprawy rachunek obejmujący koszty dojazdu pełnomocników Zamawiającego na rozprawę w wysokości 726,80 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego ww. kosztów dojazdu na rozprawę. W świetle treści § 5 pkt 2 lit. a i b ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem” samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę” pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

W zakresie ww. kosztów dojazdu należy ponadto stwierdzić, że jak wynika z treści rachunku złożonego do akt sprawy, wysokość kosztów dojazdu pełnomocnika Zamawiającego została obliczona jako iloczyn liczby 632 kilometrów, stanowiących odległość od Poznania do Warszawy i z powrotem oraz stawki 1,15 zł za 1 kilometr, określonej w § 2 pkt 1 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że koszty związane z przejazdem pełnomocników Zamawiającego na rozprawę powinny być rozliczane ryczałtowo według stawki 1,15 zł za 1 przejechany kilometr, określonej w określonej w § 2 pkt 1 lit. b ww. rozporządzenia. Stawka ta jest maksymalną stawką, według której pracodawca pokrywa koszty używania przez pracownika w celach służbowych dojazd lokalnych samochodów osobowych o pojemności silnika powyżej 900 cm³ niebędących własnością pracodawcy. Brak jest zaś uzasadnienia dla uznania, że ww. stawka znajduje zastosowanie do kosztów używania samochodu osobowego przez pełnomocników Zamawiającego dojazd innych niż jazdy lokalne, jakimi niewątpliwie są przejazdy na trasie Poznań - siedziba Urzędu Zamówień Publicznych i z powrotem.

W tym stanie rzeczy Izba nie zaliczyła ww. kosztów dojazdu do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Zważywszy że Izba uwzględniła trzy zarzuty przedstawione w odwołaniu, a dwóch nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego rozdzielono stosunkowo – w proporcji 2/5 Odwołujący i 3/5 Zamawiający. W konsekwencji stosownie do § 7 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą równowartość 3/5 kwoty uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3/5 uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego, zaokrąglając ją w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący:.....