

WYROK

z dnia 30 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Muszkietierów 15 (02-237 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Główny Instytut Górnictwa z siedzibą w Katowicach przy Placu Gwarków 1 (40-166 Katowice)

przy udziale wykonawcy Canon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Gottlieba Daimlera 2 (02-460 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Główny Instytut Górnictwa z siedzibą w Katowicach zwany dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.),

zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wdrożenie i dzierżawę nowych urządzeń wielofunkcyjnych do drukowania, kopiowania/skanowania wraz z oprogramowaniem zarządzającym i kontraktem serwisowym na okres 48 miesięcy (nr sprawy: FZ- 1/4845/MKO/17), zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 stycznia 2018 r. pod nr 2018/S 005-008274.

W dniu 7 maja 2018 r. wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Canon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanym dalej: „przystępującym” podczas, gdy zaoferowane przez tego wykonawcę Urządzenie A - Canon Image Runner Advance Color 3525i nie spełnia parametru „Czas nagrzewania” określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, a zatem gdy treść oferty przystępującego nie odpowiada treści SIWZ;

b) art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503, ze zm. - zwanej dalej: „UZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego podczas, gdy wykonawca ten zaoferował zamawiającemu Urządzenie A - Canon Image Runner Advance Color 3525i, pozostając świadomym, że nie spełnia ono parametru „Czas nagrzewania” określonego w SIWZ, dążąc w ten sposób do uzyskania zamówienia na niekonkurencyjnych zasadach, mając przy tym na celu utrudnienie pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, w tym odwołującemu, dostępu do rynku wyznaczonego zakresem postępowania i zamówienia, a zatem której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

c) art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania podczas, gdy wykonawca ten wbrew prawdzie wskazał w ofercie oraz w

wyjaśnieniach udzielonych w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, że zaoferowane przez niego Urządzenie A - Canon Image Runner Advance Color 3525i spełnia parametr „Czas nagrzewania” określony w SIWZ, a zatem gdy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, które miały istotny wpływ na decyzje podjęte przez zamawiającego w postępowaniu;

d) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego podczas, gdy wykonawca ten nie zaoferował opcji wykupu przez zamawiającego licencji oprogramowania po okresie dzierżawy zgodnie z postanowieniami SIWZ, a zatem gdy treść oferty przystępującego nie odpowiada treści SIWZ;

e) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez niedopuszczalne wzywanie przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez tego wykonawcę opcji wykupu przez zamawiającego licencji oprogramowania po okresie dzierżawy, stanowiące przejaw prowadzenia między zamawiającym a przystępującym negocjacji dotyczącej oferty złożonej przez tego wykonawcę, a w rezultacie skutkujące zmianą treści tej oferty;

f) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego podczas, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień w odpowiedzi na wezwania zamawiającego w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez niego opcji wykupu przez zamawiającego licencji oprogramowania po okresie dzierżawy dokonał niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty, a zatem gdy oferta przystępującego jest niezgodna z art. 87 ust. 1 Pzp;

g) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego podczas, gdy wykonawca ten nie wskazał w ofercie oprogramowania do monitoringu urządzeń, jak wymagał tego zamawiający, a zatem gdy treść oferty przystępującego nie odpowiada treści SIWZ - zarzut cofnięty;

h) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego podczas, gdy wykonawca ten nie wskazał w ofercie w sposób

wyczerpujący informacji o sposobie licencjonowania zaoferowanego oprogramowania, jak wymagał tego zamawiający, a zatem, gdy treść oferty przystępującego nie odpowiada treści SIWZ - zarzut cofnięty;

i) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania podczas, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej - zarzut cofnięty;

j) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z przepisami przywołanymi w pkt a)-i) wyżej poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o czym świadczy zaniechanie odrzucenia oferty

przystępującego, który z uwagi na ww. okoliczności podlega odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę, który z uwagi na ww. okoliczności podlega wykluczeniu z postępowania.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu;
- 2) dokonania ponownego badania i ceny ofert;
- 3) wykluczenia przystępującego z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty;
- 4) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania ponieważ złożył w postępowaniu ofertę, która została zakwalifikowana przez zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert, podczas gdy oferta, która została przez zamawiającego oceniona jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać odrzucona, a wykonawca, który ją złożył powinien zostać wykluczony z postępowania. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co powinno skutkować wyborem oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Oddalenie odwołania uniemożliwi natomiast Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a zatem doprowadzi do utraty przez Odwołującego korzyści, jakie ten osiągnąłby, uzyskując zamówienie.

[Niezgodność z SIWZ w zakresie wymaganego czasu nagrzewania Urządzenia A - Canon Image Runner Advance Color 3525i - zarzut a)]

W zakresie tego zarzutu odwołujący na wstępie podał, że zamawiający wymagał, aby Urządzenie A spełniało parametr Czas nagrzewania - maksymalnie 30 sekund (patrz: Tabela 1 na stronie 41 SIWZ). Przystępujący zaoferował jako Urządzenie A Canon Image Runner Advance Color 3525i, dla którego parametr Czas nagrzewania wynosi maksymalnie 34 sekundy, co wprost wynika ze specyfikacji zamieszczonej na stronie internetowej producenta. Oznacza to, że oferta przystępującego jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji winna podlegać odrzuceniu, ponieważ nie ma możliwości sanowania tej niezgodności.

Wyjaśnił przy tym, że nie zasługują w tym przedmiocie na uwzględnienie wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego w dniu 22 lutego 2018 r. na wezwanie

zamawiającego z dnia 21 lutego 2018 r., w których przystępujący wskazał, że zgodnie z

5

kartą katalogową urządzenia Czas rozgrzewania w Trybie szybkiego uruchamiania wynosi maksymalnie 10 sekund. Oznacza to według niego, że w przypadku ustawienia urządzenia w trybie szybkiego uruchamiania maksymalny czas nagrzania urządzenia i jego gotowości do pracy wynosi maksymalnie 10 sekund, co jakoby potwierdza spełnienia parametru czas nagrzewania. Zgodnie natomiast z przyjętą na rynku nomenklaturą techniczną, uwzględnianą w danych technicznych podawanych przez producentów, parametr czas nagrzewania urządzeń dzieli się na:

- czas nagrzewania (parametr mierzący czas nagrzewania od momentu włączenia

urządzenia);

- czas nagrzewania z trybu uśpienia (parametr mierzący czas nagrzewania urządzenia od momentu wyjścia z trybu uśpienia);
- czas nagrzewania z trybów eco lub innych specyficznych dla konkretnego producenta (parametr mierzący czas nagrzewania urządzenia pracującego w trybie eco, lub innego energooszczędnego, specyficznego dla konkretnego producenta).

Jego zdaniem zamawiający w SIWZ wyraźnie sprecyzował, że chodzi o ogólny czas nagrzewania urządzenia, co jest standardowym parametrem podawanym przez producentów bez uwzględnienia specjalnych trybów pracy. Co za tym idzie, wszyscy wykonawcy na takich samych zasadach zobligowani byli do podania parametru technicznego urządzenia określanego w ich materiałach produktowych jako „czas nagrzewania” (lub podobne określenie) liczonego od włączenia urządzenia, nie czasu nagrzewania liczonego od momentu wyjścia z jakiegokolwiek specjalnego trybu pracy lub wymagającego ustawienia specjalnego trybu pracy. Sposób rozumienia parametru czas nagrzewania jest oczywisty dla podmiotów profesjonalnych, o czym świadczą zadawane przez wykonawców pytania zmierzające do zmiany (obniżenia) wymaganych przez zamawiającego czasów nagrzewania urządzeń, na co zamawiający nie wyraził zgody. Dalej zauważył, że włączenie/ustawienie specjalnego trybu pracy wymaga uprzedniego podjęcia dodatkowych czynności innych niż samo włączenie urządzenia oraz spełnienia określonych warunków, a ponadto przy włączeniu/ustawieniu jakiegokolwiek specjalnego trybu zmienia się charakterystyka pracy urządzenia. Potwierdzeniem powyższego są informacje zawarte w Podręczniku użytkownika urządzenia Canon Image Runner Advance Color 3525i, które przystępujący w swoich wyjaśnieniach całkowicie pominął. Wynika z nich m.in., iż możliwość szybkiego uruchomienia zależy od stanu urządzenia (nie zawsze będzie w stanie uruchomić się szybciej), energia wykorzystywana przez tryb gotowości jest zużywana nawet wtedy, gdy zasilanie jest wyłączone, a ponadto istnieje szereg sytuacji, gdy urządzenie nie uruchomi się szybciej nawet przy zastosowaniu funkcji szybkiego uruchamiania, zatem nie zostanie spełniony parametr maksymalnego czasu nagrzewania wymagany przez zamawiającego. Oczywistym

jest zatem, że nie jest to standardowy parametr techniczny urządzenia określany jako czas nagrzewania, jaki był wymagany, co jasno potwierdza deklaracja samego producenta urządzenia Canon, który ustalił go na 34 sekundy lub mniej. Na potwierdzenie tego w odwołaniu przedstawił fragment Podręcznika użytkownika dla urządzenia Canon Image Runner Advance Color 3525i (dalej jako „Podręcznik”) pobranego ze strony Canon potwierdzający bezzasadność argumentacji przystępującego.

Dodatkowo w jego ocenie na uwzględnienie w tym zakresie nie zasługują także wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego w dniu 19 kwietnia 2018 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2018 r., w których przystępujący udzielił wymijającej odpowiedzi na pytanie zamawiającego dotyczące możliwości uruchomienia urządzenia Canon Image Runner Advance Color 3525i w czasie max. 30 sekund po wystąpieniu konkretnych sytuacji (których wystąpienie, zgodnie z Podręcznikiem, będzie równoznaczne z tym, że parametr maksymalnego czasu nagrzewania wymagany przez zamawiającego nie zostanie spełniony). W tym kontekście podniósł, że brak udzielenia przez przystępującego stosownych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

[Zaoferowanie Urządzenia A - Canon Image Runner Advance Color 3525i jako czyn nieuczciwej konkurencji - zarzut b)]

W zakresie tego zarzutu wyjaśnił, że zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, przy czym art. 3 ust. 2 UZNK zawiera katalog przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji, a w nich „utrudnianie dostępu do rynku”. Tę stypizowaną postać czynu konkurencji ustawodawca wyróżnił także w art. 15 ust. 1 UZNK, wskazując, że: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku

W jego ocenie właśnie z taką stypizowaną postacią czynu nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia w przypadku oferty złożonej przez przystępującego (tym bardziej mamy tu do czynienia z klasyczną postacią czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 UZNK). Wskazał, że zasady logiki nie pozwalają na przyjęcie, że przystępujący nieświadomie zaoferował urządzenie, które nie spełnia parametru Czasu nagrzewania wymaganego przez zamawiającego. Przeciwnie, zaoferowanie takiego urządzenia było działaniem świadomym; przystępujący musiał posiadać wiedzę co do tego, że jego urządzenie nagrzewa się w czasie maksymalnie 34 sekund, skoro informacja ta pochodzi od

samemu producenta. Niewątpliwym celem takiego działania było uzyskanie zamówienia niezgodnie z przepisami Pzp, tj. w sposób niekonkurencyjny, naruszający dobre obyczaje i

7
bezprawny, co od chwili złożenia przez przystępującego oferty w oczywisty sposób zagrażało interesom pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, konkurujących na uczciwych zasadach, a w chwili wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu naruszyło te interesy. Innymi słowy, zamiarem przystępującego było utrudnienie pozostałym wykonawcom, konkurującym na uczciwych, zgodnych z dobrymi obyczajami i prawem zasadach dostępu do rynku, rozumianego jako rynek określony zakresem postępowania i zamówienia. Z tego względu oferta przystępującego winna zostać odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp.

[Wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania przez Urządzenie A - Canon Image Runner Advance Color 3525i parametru Czas nagrzewania - zarzut c)]

W tym kontekście wyjaśnił, że samo zaoferowanie przez przystępującego Urządzenia A - Canon Image Runner Advance Color 3525i niespełniającego parametru Czas nagrzewania określonego w SIWZ implikuje także konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem odwołującego, jak to wynika z wcześniejszych uwag, przystępujący świadomie i celowo zaoferował zamawiającemu urządzenie, które nie spełnia parametru Czas nagrzewania. Niemniej wskazał, że dla spełnienia komentowanej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji; wystarczającym jest, że takie wyobrażenie mogło powstać. Innymi słowy, istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (zob. wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2007/17; KIO 2014/17). Wprowadzenie zamawiającego w błąd mające istotny wpływ na decyzje zamawiającego podjęte w postępowaniu spowodowane zaoferowaniem przez przystępującego urządzenia niespełniającego parametru Czas nagrzewania jest w jego niewątpliwe. Przedstawienie tych informacji jego zdaniem doprowadziło do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Podkreślił przy tym podkreślić, co ma związek z komentowaną przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, że należyta staranność profesjonalisty, do której zachowania obowiązany jest

8
na podstawie art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego wykonawca, nakłada na wykonawcę obowiązek zapewnienia, aby deklarowany przez niego w dokumentach, oświadczeniach itd. stan odpowiadał rzeczywistości (zob. wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1901/17). Zaprezentowane wyżej okoliczności w jego ocenie niezbitnie dowodzą, że takiej staranności w postępowaniu przystępujący nie dochował.

Zwrócił także uwagę, że jako przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd należy kwalifikować nie tylko samo zaoferowanie przez przystępującego Urządzenia A - Canon Image Runner Advance Color 3525i niespełniającego parametru Czas nagrzewania, ale także:

- wybiórcze przedstawienie zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2018 r. okoliczności związanych z trybem szybkiego uruchomienia, z pominięciem danych, które wprost świadczą o sprzeczności urządzenia z wymaganiem zamawiającego;
- udzielenie w wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2018 r. wymijającej odpowiedzi na pytanie zamawiającego, która sugeruje, że uruchomienie urządzenia Canon Image Runner Advance Color 3525i w czasie max. 30 sekund jest możliwe w każdej sytuacji wskazanej przez zamawiającego w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień.

[Niezgoda z SIWZ w zakresie wykupu licencji za 1 zł za 1 licencję - zarzuty d), e) i f)]

Odwołujący wskazał, że zamawiający w Załączniku nr 5 Opis przedmiotu

zamówienia - Inne wymagania (patrz strona 36 SIWZ) oczekiwał:

„Oferta Wykonawcy obejmuje opcję wykupu przez Zamawiającego licencji oprogramowania po okresie dzierżawy. Koszt wykupu 1 licencji: 1 zł”;

„Oferta Wykonawcy części urządzeń wielofunkcyjnych po zakończeniu dzierżawy. Koszt wykupu 1 urządzenia: 1 zł”.

Takie samo wymaganie przewidziane zostało w treści umowy w § 4 ust. 5 - Inne wymagania (patrz strona 53. SIWZ).

Natomiast przystępujący w formularzu oferty (strona 9 oferty), wypełniając wymagane informacje w zakresie opisu oferowanego oprogramowania, w punkcie dotyczącym terminu ważności licencji wskazał: „Bezterminowo pod warunkiem posiadania umowy wsparcia technicznego produktu (po okresie, na jaki jest prowadzone obecne postępowanie)”.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający wprost wymagał zaoferowania opcji wykupu licencji oprogramowania po okresie dzierżawy za 1 zł per 1 licencja bez możliwości ustalania dodatkowych warunków jej funkcjonowania po tym okresie, dalsze funkcjonowanie licencji po wykupie (to jest korzystanie z oprogramowania po zakończonym okresie dzierżawy) nie mogło być uzależnione od wykupu wsparcia technicznego. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający zastrzegł sobie także opcję wykupu urządzeń za 1 zł, co w oczywisty sposób powiązane jest z uprawnieniem do nabycia licencji na oprogramowanie za 1 zł za 1 licencję bez dodatkowych zastrzeżeń. Tymczasem z treści Formularza oferty przystępującego wynika, że ważność licencji po okresie dzierżawy uzależniona jest od wykupu wsparcia technicznego produktu. Takie zastrzeżenie jest wprost niezgodne z treścią SIWZ, a oferta, która takie zastrzeżenie zawiera powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z treścią SIWZ. Przy tym stwierdził, że za niedopuszczalne należy uznać skierowanie przez zamawiającego do przystępującego wezwań: z dnia 16 marca 2018 r oraz z dnia 18 kwietnia 2018 r. do wyjaśnienia treści złożonej przez tego wykonawcę oferty w zakresie możliwości wykupu przez zamawiającego licencji oprogramowania po okresie dzierżawy. Oferta przystępującego nie budzi bowiem według niego wątpliwości - wykonawca ten zaoferował opcję wykupu licencji oprogramowania, ale pod warunkiem posiadania umowy wsparcia technicznego produktu. Wobec takiej wyraźnej treści oferty przystępującego, skierowanie do wykonawcy wezwań w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zapoczątkowało proces prowadzenia między zamawiającym a przystępującym - niedopuszczalnych na gruncie przywołanego przepisu - negocjacji dotyczących oferty złożonej przez tego wykonawcę. Tym samym w jego ocenie w wyniku udzielenia przez przystępującego odpowiedzi na ww. wezwania: z dnia 19 marca 2018 r. oraz z dnia 19 kwietnia 2018 r. doszło natomiast do zakazanej w art. 87 ust. 1 Pzp zmiany treści oferty tego wykonawcy. W odpowiedziach tych przystępujący oświadczył, inaczej niż uczynił to w Formularzu oferty, że nie obwarował opcji wykupu urządzenia po okresie dzierżawy warunkami/zastrzeżeniami do wymagań zamawiającego, a także, że po nabyciu przez zamawiającego licencji oprogramowania, zamawiający stanie się właścicielem pełnowartościowych licencji nawet wtedy, gdy zamawiający nie wykupi usługi wsparcia.

W dniu 11 maja 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Canon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 28 maja 2018 r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wykonawca Canon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany nadal „przystępującym”) skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Na rozprawie w dniu 28 maja 2018 odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty oznaczone w odwołaniu lit. g), h) oraz i), zatem pozostały one poza rozpoznaniem przez Izbę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 23 maja 2018 r. w tym w szczególności z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej nadal „SIWZ”) wraz załącznikami, oferty przystępującego, pism z wyjaśnieniami przystępującego z dnia 22 lutego 2018 r., 19 marca 2018 r. i 19 kwietnia 2018 r., str. 1317 i 1319 Podręcznika Użytkownika zaoferowanego sprzętu oraz złożone na rozprawie przez odwołującego:

- wyciąg z Podręcznika Użytkownika dotyczącego m. in. zaoferowanego przez przystępującego urządzenia;
- kartę katalogową urządzenia wyższej serii produkcji przystępującego niż zaproponowany w ofercie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z tym, że odwołujący poprzez wycofanie zarzutów oznaczonych lit. g), h) oraz i) ograniczył katalog zarzutów do siedmiu, Izba odniesie w pierwszej części do zarzutów oznaczonych lit. a), b) i c) - dotyczących wymaganego czasu nagrzewania zaoferowanego urządzenia A, a oddzielnie do zarzutów oznaczonych lit. d), e) i f) - dotyczących wykupu licencji za 1 zł za 1 licencję, na koniec pozostawiając zarzut oznaczony lit. j) - dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutów oznaczonych lit. a), b) i c) Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający w treści SIWZ w zakresie wymagań dla urządzenia A (Tabela 1) parametr czas nagrzewania wyspecyfikował poprzez oznaczenie max. 30s (str. 40 SIWZ).

Przystępujący w swojej ofercie jako urządzenia A zaoferował produkt Canon Image Runner Advance Color 3525i.

W zakresie spełnienia tego parametru przez zaoferowane urządzenie zamawiający dwukrotnie tj. pismami z dnia 21 lutego br. oraz 18 kwietnia br. wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień. Na swoje wezwanie otrzymał odpowiedzi od przystępującego pismami odpowiednio z dnia 22 lutego br. oraz 19 kwietnia br.

Izba zważyła co następuje.

Zgodnie przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli nie odpowiada ona treści SIWZ (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zasady tworzenia oferty i wymogi odnośnie jej treści. Co istotne, oferta podlega odrzuceniu jedynie w przypadku niezgodności jej treści z SIWZ, a nie w przypadku niezgodności jej formy z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący w tym zakresie wyjaśniał, że czas nagrzewania zaoferowanego przez przystępującego urządzenia wynosi 34 sekundy zatem nie spełnia wymogu wynikającego z SIWZ, a ponadto wskazywał na przyjętą na rynku nomenklaturę techniczną, uwzględnianą w danych technicznych podawanych przez producentów w zakresie podziału parametru czasu nagrzewania. Niemniej w ocenie Izby decydujące znaczenie w rozstrzygnięciu tej kwestii mają postanowienia określone dokumentacji przetargowej przez zamawiającego i przede wszystkim postawionymi w niej wymaganiami należy się kierować przy ocenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tymczasem jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie sprecyzował on w SIWZ, w stosunku do żadnego z urządzeń (od A do F), dalszych wymagań związanych z czasem nagrzewania urządzenia, w szczególności zamawiający nie dokonał podziału tego wymagania na czas nagrzewania ogólny, czas nagrzewania z trybu uśpienia i czas nagrzewania z trybów eco lub innych trybów szczególnych,

jakie to opcje w zakresie startu urządzeń do druku wskazał odwołujący. Zamawiający wymagał jedynie, aby urządzenie nagrzewało się w czasie nie dłuższym niż 30 sekund — bez uszczegóławiania i określania dalszych warunków dla tego parametru.

Wskazana w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 22 lutego 2018 r. opcja trybu szybkiego uruchamiania, jaką posiada to urządzenie, to czas maksymalnie 10 sekund. Dodatkowo zamawiający wyjaśnił, że w Podręczniku użytkownika dotyczącego zaoferowanego urządzenia, który jest dostępny na stronie internetowej producenta potwierdzono, że to urządzenie, dostępne na dzień złożenia oferty w przetargu przez przystępującego oraz będące przedmiotem tej oferty (jako urządzenia A) ma czas nagrzewania się maksymalnie 30 s (str. 1317 Podręcznika - wydruk strony znajduje się w aktach sprawy).

Izba przyjęła powyższe wyjaśnienia i uznała, że potwierdzają one słuszność działania zamawiającego. Wymóg dotyczący czasu nagrzewania w zakresie jego rozumienia czy też możliwych wariantów jego zastosowania nie został szczegółowo określony w SIWZ. W takiej sytuacji na tym etapie postępowania jedyną możliwością interpretacji postanowień SIWZ jest próba ich wykładni w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został pogląd, iż nieścisłości w treści SIWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy. W związku z tym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zatem w tym kontekście zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty zatem Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, nie ma także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 UZNK, gdyż w związku z uznaniem przez Izbę zgodności oferty przystępującego w zakresie czasu nagrzewania z treścią SIWZ nie ma podstaw do odrzucenia jej jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, iż czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Z kolei art. 15 ust. 1 UZNK wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

W przedmiotowym przypadku żadna z powyżej wskazanych sytuacji nie wystąpiła. Działania przystępującego w postaci złożenia oferty oraz wyjaśnień zmierzały przede wszystkim do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz „obrony” swojej oferty, przy czym ta „obrona” odbywała się zgodnie z przepisami Pzp zatem Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Potwierdzenia nie znalazł także kolejny zarzut dotyczący przedmiotowej grupy zarzutów tj. dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zgodnie z tym przepisem wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z dość utrwalonym orzecznictwem Izby należy uznać, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

- przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
- przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
- informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Jak wskazano powyżej wszystkie przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie co oznacza, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania wszystkie ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

Już sam zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd w kontekście powyższych rozstrzygnięć nie może się ostać skoro Izba uznała, że przystępujący zaoferował sprzęt zgodny z wymaganiami SIWZ. W związku z powyższym Izba przyjęła, że przedmiotowy zarzut należy oddalić.

W zakresie zarzutów oznaczonych lit. d), e) i f) Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający w Załączniku nr 5 Opis przedmiotu zamówienia - Inne wymagania tiret 2 i 3 (str. 36 SIWZ) wskazał następujące postanowienia:

„Oferta Wykonawcy obejmuje opcję wykupu przez Zamawiającego licencji oprogramowania po okresie dzierżawy. Koszt wykupu 1 licencji: 1 zł.

Oferta Wykonawcy części urządzeń wielofunkcyjnych po zakończeniu dzierżawy. Koszt wykupu 1 urządzenia: 1 zł”.

Takie same wymagania przewidziane zostały w treści umowy (str. 52 SIWZ).

Przystępujący w swojej ofercie na str. 9 w punkcie dotyczącym terminu ważności licencji wskazał: „Bezterminowo pod warunkiem posiadania umowy wsparcia technicznego produktu (po okresie, na jaki jest prowadzone obecne postępowanie”. Natomiast na str. 4 oferty przystępujący złożył oświadczenie woli z którego wynikało, że akceptuje w całości warunki zawarte w SIWZ, a na str. 22 znajduje się potwierdzenie, że jego oferta obejmuje opcję wykupu przez zamawiającego licencji oprogramowania po okresie dzierżawy (koszt wykupu 1 licencji: 1zł).

Na żądania zamawiającego przystępujący pismami z dnia 19 marca 2018 r. oraz 19 kwietnia 2018 r. złożył w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnienia w zakresie wykupu tych licencji.

Izba zważyła co następuje.

Odnosnie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust 1 Pzp Izba uznała, że należy je oddalić.

Jeśli chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp to jak Izba wskazała powyżej zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli nie odpowiada ona treści SIWZ.

Jeśli chodzi o kolejny zarzut to należy generalnie wskazać, że zamawiający, dokonując oceny ofert, sprawdza czy wykonawcy spełniają wymogi określone w Pzp i SIWZ. W przypadku gdy zaistnieją wątpliwości co do treści oferty, zamawiający może również żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Norma zawarta w art. 87 ust. 1 Pzp dopuszcza wyjaśnienie przez wykonawców na żądanie zamawiającego treści złożonych ofert, nie zaś dokonywanie w nich jakichkolwiek zmian, poza poprawieniem oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu, w tym samej oferty, co stanowiłoby obejście prawa. Ponadto zgodnie z tym przepisem w trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z Pzp. Ofertą niezgodną z Pzp i podlegającą tym samym odrzuceniu będzie oferta, która w jakikolwiek sposób uchybia przepisom Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przesłanka ta będzie miała zastosowanie, gdy na podstawie innych szczegółowych przesłanek nie można oferty odrzucić, a jednocześnie naruszanie przez nią przepisów o zamówieniach publicznych sprawia, że nie może być przyjęta. I

Izba stanęła na stanowisku, że w związku ze złożoną przez przystępującego ofertą u zamawiającego mogły pojawić się wątpliwości co do jej oceny w zakresie objętym zarzutami, które uzasadniały skorzystanie z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp. Wątpliwości te mogły wynikać z tego, że przystępujący w ofercie z jednej strony złożył oświadczenie woli z którego wynikało, że akceptuje w całości warunki zawarte w SIWZ (str. 4 oferty) oraz potwierdził, że jego oferta obejmuje opcję wykupu przez zamawiającego licencji oprogramowania po okresie dzierżawy na warunkach określonych przez zamawiającego (str. 22 oferty) natomiast z drugiej strony w punkcie dotyczącym terminu ważności licencji wskazał: „Bezterminowo pod warunkiem posiadania umowy wsparcia technicznego produktu (po okresie, na jaki jest prowadzone obecne postępowanie” (str. 9 oferty). W związku z tym

skorzystanie z dyspozycji wynikającej z art. 87 ust. 1 Pzp było w przedmiotowym postępowaniu uzasadnione ponieważ zmierzało do wyjaśnienia tych wątpliwości.

Dodatkowo Izba uznała, że treść złożonych wyjaśnień nie naruszała wskazanych powyżej przepisów, a przystępujący nie prowadził niedopuszczalnych negocjacji z zamawiającym w zakresie złożonej oferty ani nie dokonał zmiany treści oferty. W wyjaśnieniach z marca 2018 potwierdził generalnie zgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie wykupu licencji, a w wyjaśnieniach z 19 kwietnia 2018 r. dookreślił je wskazując, „że po nabyciu przez zamawiającego licencji oferowanego w ramach oferty oprogramowania Uni Flow (po zakończeniu dzierżawy) zamawiający staje się właścicielem pełnowartościowych licencji które zachowują pełną pierwotną funkcjonalność i będą aktywne oraz będą działać nawet w sytuacji w której zamawiający nie wykupi usługi wsparcia (maitenancu) w Canon ani u żadnego innego dostawcy”. W ocenie Izby tak złożone wyjaśnienia nie doprowadziły do zmiany jej treści, a jedynie do rozwiania wątpliwości jakie mogły się pojawić w związku z poszczególnymi fragmentami oferty, szczególnie w zakresie ważności i funkcjonalności licencji w kontekście braku wykupienia usług wsparcia.

W konsekwencji niepotwierdzenia się żadnego z powyższych zarzutów Izba uznała także, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ w ustalonym stanie prawnym nie znalazła potwierdzenia naruszenia przedmiotowych zasad.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: