Sygn. akt:KIO 100/19

WYROK

z dnia 8 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Poprawa

Protokolant:Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2019 roku przez Odwołującego **Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
w Zielonej Górze
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa Izba Administracji Skarbowej w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy**
przy udziale wykonawcy **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J. W. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.**Uwzględnia odwołanie.**

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 11 stycznia 2019 roku wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. W. KC Consulting z siedzibą w Poznaniu na podstawie
art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp
w postępowaniu na zadanie, którego przedmiotem jest „Usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów na potrzeby jednostek Izby Administracji Skarbowej w Bydgoszczy'

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. W. KC Consulting z siedzibą**
w Poznaniu:

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

2.2.zasądza od wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J. W. z siedzibą w Poznaniu na rzecz Odwołującego Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze kwotę 18 600 zł 00 gr **(**słownie: osiemnaście tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,
do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:……...……..

Sygn. akt KIO 100/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Skarb Państwa Izba Administracji Skarbowej
w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów na potrzeby jednostek Izby Administracji Skarbowej w Bydgoszczy" Numer referencyjny: 0401-ILZ.260.2.4.2018. zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 maja 2018 roku pod numerem 2018/S 091-206782. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn.) zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp".

Dnia 21 stycznia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie, przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Zielonej Górze (zwanego dalej Odwołującym) wobec czynności Zamawiającego - wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania, iż ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca J. W. prowadzący działalność pod firmą:
„KC Consulting J. W." w z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „KCC").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa zamówień publicznych:

1. Art. 7 Pzp w związku z prowadzeniem Postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.
2. Art. 22 ust. 1 poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który nie mógł ubiegać się o zamówienie, gdyż podlega wykluczeniu z Postępowania i nie spełnia postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia KCC z Postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.
4. Art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia KCC z Postępowania pomimo, iż Wykonawca ten świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.
5. Art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia KCC z Postępowania pomimo, iż Wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu tj. wprowadzające Zamawiającego w błąd co do doświadczenia i oferowanego produktu poprzez przedstawienie do testów produktu innego niż wskazany w ofercie.
6. Art. 26 ust. 2f Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie zastosowania pomimo istniejących wątpliwości co do oświadczeń KCC złożonych w toku Postępowania w zakresie warunków udziału w postępowaniu.
7. Art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenie oferty KCC pomimo, iż oferta tego wykonawcy nie jest zgodna z treścią SIWZ.
8. Art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i zaniechanie odrzucenie oferty KCC pomimo, iż KCC nie przedstawił stosownych wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z dowodami potwierdzającymi, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (kosztu) w stosunku do przedmiotu zamówienia.
9. Art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenie oferty KCC pomimo, iż Wykonawca ten winien być wykluczony z Postępowania;
10. Art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty KCC, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
11. Art. 91 ust. 1 Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty KCC pomimo konieczności wykluczenia KCC z postępowania i Odrzucenia oferty KCC.
12. §2 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie dokumentów, jakich może zażądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - dalej: „rozporządzenie o dokumentach" - w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp i 22 d ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie zastosowania pomimo istniejących wątpliwości co do oświadczeń KCC złożonych w toku Postępowania w zakresie warunków udziału w postępowaniu

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie dokonania ponownej czynności oceny ofert i odrzucenie oferty KCC,
3. nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów tj.:

1. z protokołu Postępowania wraz z załącznikami - w szczególności:
   a. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obowiązującej w postępowaniu - dalej: „SIWZ - na okoliczność:
      - •ustalenia przedmiotu zamówienia,
      - •ustalenia wymagań Zamawiającego co do sposobu ustalania ceny oferty,
   b. z oferty złożonej przez Odwołującego i dokumentów złożonych na wezwanie

Zamawiającego na okoliczność:

•że przedmiot oferty nie jest zgodny z przedmiotem zamówienia,

•braku zgodności oferowanego przedmiotu oferty,

•niespełniania warunków udziału w postępowaniu,

c.z wezwań Zamawiającego skierowanych do KCC dotyczących wyjaśnienia kwestii związanych z ceną oferty KCC i udzielonych odpowiedzi na okoliczność istnienia rażąco niskiej ceny i wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do faktycznie oferowanego produktu.

d.dokumentów obrazujących przebieg testów produktu przedstawionego przez KCC do tych testów na okoliczność niezgodności produktu testowanego z produktem wskazanym w ofercie.

e.dokumentu - notatki służbowej załączonej do odwołania na okoliczność niespełniania warunku udziału w Postępowaniu przez KCC.

2.dokumentów przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych, zatem posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta nie została wybrana. Naruszenia przepisów ustawy ma bezpośredni wpływ na udzielenie zamówienia, a zatem (o ile Krajowa Izba Odwoławcza potwierdzi postawione zarzuty) odwołanie - zgodnie z dyspozycją wynikającą z art. 192 ust. 2 Pzp - winno być uwzględnione.

W przypadku dokonania czynności zgodnie z postanowieniami ustawy oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Wskazał, iż Odwołujący poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w Postępowaniu nie uzyska zamówienia, gdyż „przegra" z wykonawcą, który winien być wykluczony z postępowania a jego oferta winna być odrzucona.

Przebieg postępowania.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przytoczył stan sprawy i wskazał, że:

przedmiotem zamówienia jest usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów na potrzeby jednostek Izby Administracji Skarbowej w Bydgoszczy. Zamawiający podzieli przedmiot zamówienia na trzy części. Zarówno Galaxy jak i KCC złożyli oferty na wszystkie części i we wszystkich częściach za najkorzystniejszą uznano ofertę KCC. Odwołanie dotyczy wszystkich trzech części.

W terminie wyznaczonym do składania ofert wpłynęło 3 oferty.

a.Zamawiający skutecznie wykluczył z postępowania DKS sp. z o.o. z siedzibą w Kowalach.

b.Ostatecznej ocenie podlegały dwie oferty: oferta Galaxy i oferta KCC.

Początkowo - pismem z dnia 26 sierpnia 2018r. - Zamawiający odrzucił ofertę KCC na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Czynność ta była przedmiotem skutecznego odwołania KCC. Krajowa Izba Odwoławcza - dalej: „KIO" - wyrokiem z dnia 17 sierpnia 2018r. sygn. akt KIO 1560/18 unieważniła odrzucenie oferty dokonane na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - sentencja wyroku nie odnosi się do art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a zatem oferta KCC może być odrzucona na tej podstawie gdyż nie znajduje tu zasada powagi rzeczy osądzonej.

Orzeczenie KIO zostało zaskarżone przez Odwołującego poprzez wniesienie skargi do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy - dalej: „SO", który wyrokiem z dnia 20 grudnia 2018 r. oddalił skargę (uzasadnienie nie zostało jeszcze doręczone Odwołującemu).

Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i pismem z dnia 11 stycznia 2019r. poinformował, iż we wszystkich trzech częściach zamówienia za najkorzystniejszą uznał ofertę KCC.

Istota sprawy.

Odnosząc się do istoty sprawy, Odwołujący wyjaśnia, iż:

1.KCC nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ, a zatem KCC winno być wykluczone z Postępowania a jego oferta winna być odrzucona.

2.KCC przedstawił do testów produkt inny niż wskazano w ofercie czym wprowadził Zamawiającego w błąd a zatem winien być wykluczony z postępowania.

3.Ponieważ testy nie potwierdziły parametrów deklarowanych w ofercie (badano inny produkt) to oferta powinna być odrzucona.

4.Oferta złożona przez KCC zawiera rażąco niską cenę w każdej z trzech części zamówienia i powinna być odrzucona z tego powodu.

.Warunek.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XII SIWZ wykonawcy ubiegający się o zamówienie musieli wykazać się spełnianiem warunku określonego w pkt 2 następująco:

1) wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert

(…)

a) dla CZĘŚCI I zamówienia - co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto (słownie: trzysta tysięcy złotych, 00/100) każda oraz załączą dokument potwierdzający ich należyte wykonanie,

b) dla CZĘŚCI II zamówienia - co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł brutto (słownie: trzysta pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) każda oraz załączą dokument potwierdzający ich należyte wykonanie,

c) dla CZĘŚCI III zamówienia - co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) każda oraz załączą dokument potwierdzający ich należyte wykonanie.

Wykonawca KCC złożył ofertę na wszystkie części zamówienia a zatem zgodnie z SIWZ *winien wykazać posiadanie doświadczenia wymaganego łącznie dla tych części zamówienia, na które składa ofertę: np. jeżeli Wykonawca składa ofertę na I, II i III część winien wykazać, że wykonał lub wykonuje co najmniej:*

-sześć usług w tym dwie o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych, 00/100) każda, dwie o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł (słownie: trzysta pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) każda oraz dwie o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) każda lub

-dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 zł (słownie: osiemset tysięcy złotych, 00/100) każda brutto oraz załączą dokument potwierdzający ich należyte wykonanie.

W celu wykazania spełniania warunku wykonawca KCC powołał się na doświadczenie rzekomo zdobyte podczas realizacji dwóch usług:

a. pierwszą z nich była usługa outsourcingu polegająca na dostawie wraz z wdrożeniem i 24 miesięczną dostawą oraz serwisem 88 laserowych urządzeń wielofunkcyjnych drukująco-kopiująco-skanujących świadczonej na rzecz Urzędu Miasta Poznania - dalej: „UM Poznań",

b. drugą była usługa outsourcingu polegająca na dostawie i obsłudze serwisowej systemu drukowania, kopiowania i skanowania obejmująca wielofunkcyjne urządzenia drukujące wraz z systemem monitorowania i zarządzania Pritoscope świadczona na rzecz Jeremias sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie - dalej: „,Jeremias"

c. Stosowne oświadczenie o spełnieniu warunku KCC złożyło na druku stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ i załączyło referencje.

Według Odwołującego usługa dla Urzędu Miasta Poznań nie dowodzi spełnienia warunku.

Zgodnie z danymi w tabeli, usługa była świadczona od 27 lutego 2015r. do 26 lutego 2017r.

Jeżeli świadczenie usług trwało do 26 lutego 2017r. to potwierdzenie należytego wykonania tej usługi mogło zostać dokonane nie wcześniej niż tego właśnie dnia, natomiast wykonawca KCC w celu potwierdzenia należytego wykonania umowy, przedstawił dokument zatytułowany „REFERENCJE" wystawiony przez Urząd Miasta Poznań w dniu 2 stycznia 2017r.

(In-I.272.60.2014; lotus 020117-2312). Jeżeli usługa była realizowana do dnia 26 lutego 2017r. jak wynika z oświadczenia KCC to referencje z dnia 2 stycznia 2017r. nie potwierdzają tego, że cała umowa była wykonana należycie a jedynie to, że usługa była wykonywana należycie do dnia wystawienia tej referencji. Innymi słowy należyte wykonanie tej umowy nie jest potwierdzone.

O słuszności ww. tez świadczy literalna treść referencji, gdyż w ostatnim wersie wystawca stwierdza: „ *Z zawartej umowy **Wykonawca wywiązuje się bez zastrzeżeń*** " [wyróżnienie Odwołujący], a nie wywiązał się.

Realizacje tej usługi była w toku w chwili wystawienia referencji a zatem nie została ona jeszcze „wykonana" - tym samym nie można potwierdzić jej należytego wykonania co jest warunkiem wynikającym tak z SIWZ i jak i ustawy.

W ocenie Odwołującego usługa dla podmiotu Jeremias nie dowodzi spełnienia warunku.

Z treści referencji wystawionej przez Jeremias wynika, iż usługa była realizowana na podstawie jednej umowy. Zgodnie z informacjami uzyskanymi od Jeremias strony (tj. KCC i Jeremias) łączyły dwie umowy i żadna z nich nie miała cech pozwalających na uznanie warunku za spełniony - w szczególności wartość tych umów była niższa niż wskazana w SIWZ.

•DOWÓD: notatka służbowa z rozmowy z Jeremias.

Sama referencja z dnia 14 marca 2018r. wystawiona przez Jeremias wskazuje na to, iż w okresie od 1 stycznia 2015r. do 31 grudnia 2017r. wartość umowy opiewała na kwotę ~931 tys. zł ale nie

wskazuje wartości wykonanych usług.
Referencja:

- potwierdza, iż należycie wykonano wdrożenie,
- nie potwierdza należytego wykonania dostawy i obsługi serwisowej systemu drukowania, kopiowania i skanowania wraz z systemem monitorowania i zarządzania Pritoscope na co KCC powołuje się w oświadczeniu

Odwołujący wskazuje, że różnice pomiędzy treścią oświadczenia KCC i złożonych dokumentów wystawionych przez podmioty trzecie (tj. UM Poznań i Jeremias) powinny skłonić
Zamawiającego do szczególnie wnikliwej weryfikacji dokumentów złożonych przez KCC.
W tych okolicznościach koniecznym i zasadnym było zwrócenie się bezpośrednio
do podmiotów, na których rzecz były wykonywane usługi - zgodnie z dyspozycją §2 ust. 6 rozporządzenia o dokumentach i art. 26 ust. 2f Pzp.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp wykonawca składa aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli zatem KCC powołuje się na doświadczenie zdobyte w toku realizacji jeszcze nie zakończonej, to nie można uznać,
iż jest ono aktualne na dzień składania ofert. Być może odbiorca usługi uzna po zakończeniu jej realizacji, że została wykonana należycie jednak do tego czasu powoływanie się na nią nie jest skuteczne dla wykazania spełnienia warunku, a zatem KCC winien być wykluczony
z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12) i pkt 16) Pzp.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest
w okolicznościach niniejszej sprawy niedopuszczalne, gdyż KCC powinno zostać wykluczone z postępowania a jego oferta odrzucona na podstawie przesłanek opisanych w niniejszym odwołaniu.

/. Test (prezentacja).

Rozdział XV pkt 12 SIWZ stanowi: *„Przed dokonaniem ostatecznego wyboru oferty Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od Wykonawcy, którego oferta zostanie wstępnie oceniona jako najkorzystniejsza, przetestowania oferowanego rozwiązania (tj. oferowanych systemów oraz urządzeń) w zakresie spełnienia wymogów SIWZ, tj. dokonania prezentacji oferowanego systemu i co najmniej części urządzeń. Opis wymagań Zamawiającego dotyczących prezentacji zawarto w opisie przedmiotu zamówienia. W przypadku negatywnego wyniku prezentacji tj. gdy w wyniku prezentacji zostanie potwierdzone, że oferowane systemy lub urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona."*

Załącznik nr 2 do SIWZ czyli Opis przedmiotu zamówienia - dalej: „ OPZ„; stanowi w Rozdziale VI:

„3.1 W celu potwierdzenia, ze oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żądać będzie:

(...)

d)oferowanego oprogramowania w formie pozwalającej na dokonanie prezentacji we współpracy z dostarczonymi urządzeniami.

3.3Prezentacja bez względu na jej wynik nie może być uzupełniana ani powtarzana, z zastrzeżeniem pkt. 3.4.

3.4*Zamawiający może wyznaczyć kolejny termin na dokonanie prezentacji wyłącznie w przypadku gdy w trakcie dokonywania prezentacji w pierwotnym terminie wystąpią okoliczności powodujące obiektywnie niemożność przeprowadzenia prezentacji i dokonania oceny prezentowanego Systemu lub urządzeń, w szczególności w przypadku:*

a)nie dającej się usunąć awarii urządzeń, za pomocą których dokonywana jest prezentacja,

b) awarii sieci elektrycznej w miejscu dokonywania prezentacji uniemożliwiająca przeprowadzenie prezentacji;

Ostateczną decyzję o wyznaczeniu drugiego terminu podejmuje Zamawiający.

SIWZ dawała Zamawiającemu prawo selektywnej weryfikacji oferowanego produktu. Cytowane wyżej postanowienie dotyczy prawa do testowania oferowanych urządzeń
i programu komputerowego a celem testu było potwierdzenie spełniania przez oferowany produkt wymagań postawionych w SIWZ. Oczywistym jest zatem, że każdy wezwany
do testów wykonawca musiał dostarczyć do testów ten produkt, który wskazał w ofercie. KCC nie spełnił tego wymagania.

SIWZ wskazywała, że przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń i dostawa programu komputerowego, który ma sterować pracą oferowanych urządzeń i zapewniać
tzw. druk podążający - program ten był wspólny dla wszystkich oferowanych urządzeń
we wszystkich częściach zamówienia. Druk podążający (zamiennie nazywany też wędrującym lub z ang. follow me

printing) to rodzaj funkcjonalności programu sterującego urządzeniami drukującymi w taki sposób, że (w uproszczeniu) dokument można wydrukować na dowolnym uprzednio zdefiniowanym urządzeniu. Oczywistym jest to, że druku podążającego nie zapewni ani sam program ani same urządzenia - wymagana jest „współpraca" tych elementów
i tę współpracę miała potwierdzić prezentacja urządzeń i programu. Nie każde urządzenie będzie współpracowało z konkretnym programem komputerowym i nie każdy program może „obsługiwać" urządzenie. Wpływ na tę współpracę może mieć każda modyfikacja dokonana
w urządzeniu lub w programie komputerowym - dlatego empiryczna weryfikacja deklaracji wykonawców była celowa i zasadna.

KCC na stronie 17 oferty złożył oświadczenie, iż oferuje program produkcji Solution4office sp. z o.o. o nazwie Printoscope w wersji WEB 2.0.

Z dokumentu Prezentacja - weryfikacja funkcjonalności systemu z dnia 3 stycznia 2019r. wynika, iż testom poddano program o nazwie Printoscope w wersji WEB 2.10.1.

Poza sporem jest to, że w postępowaniu o zamówienie publiczne można złożyć tylko jedną ofertę (por. art. 82 ust. 1 Pzp) która może być zmieniona do chwili wyznaczonego przez Zamawiającego terminu składania ofert (por. art. 84 Pzp) - dlatego przedstawienie
na prezentacji innego programu komputerowego niż wskazano w ofercie stanowi niedozwoloną próbę zmiany oferty i dlatego wersja programu WEB 2.10.1. nie może być brana pod uwagę przy badaniu i ocenie oferty KCC.

Z informacji za strony internetowej http://www.printoscope.pl/produkty/ wynika,
iż Printoscope jest nazwą zbiorczą grupy programów komputerowych:

„System Printoscope składa się z kilku współpracujących ze sobą modułów realizujących różnorodne funkcje:

-Printoscope Cost Control (PCC) - monitorowanie, gromadzenie, administracja
i prezentacja danych

-Printoscope Terminal Server (PTS) - autoryzacja dostępu do urządzeń drukujących oraz druk wędrujący

-Printoscope Printouts Repository (PPR) - archiwizacja i podgląd treści wydruków

-Printoscope Pre Paid (PPP) - kopiowanie i drukowanie w systemie przedpłatowym ".

A zatem w ofercie nie wskazano nazwy programu a jedynie grupę programów co samo w sobie winno skutkować odrzuceniem oferty, gdyż przedmiot oferty nie został precyzyjnie określony. Z przywołanych wyżej danych wynika, iż modułem zapewniającym zarządzanie druku podążającego jest Printoscope Terminal Server-dalej: „PTS".

Jak już wskazano, w ofercie podano, iż oferowany jest program - zapewne PTS choć
nie wynika to z oferty - w wersji oznaczonej jako WEB 2.0. i taka właśnie - tj. oferowana - wersja programu musiała być dostarczona Zamawiającemu celem przeprowadzenia testów. Zamawiający wskazał, iż będzie badał wersję oferowaną a nie żadną inną - nie lepszą,
nie gorszą, nie najnowszą tylko właśnie „oferowaną"-co wprost wynika z Rozdziału XV pkt 12 SIWZ.
W ocenie Odwołującego, oferowanie na obecnym etapie postępowania innej wersji programu niż wersja WEB 2.0. stanowi faktyczną i niedopuszczalną zmianę oferty.
Ponadto, poddanie testom wersji WEB 2.10.1. nie potwierdza tego, iż wersja oferowana, czyli WEB 2.0 spełnia wymagania postawione w SIWZ.
Zatem, skoro test nie może być powtórzony, co wynika z cytowanych wcześniej postanowień SIWZ, to oferta musi być odrzucona z tego powodu.

Odpowiedzialność za dokonanie prezentacji właściwych - czyli oferowanych - urządzeń i właściwego - czyli oferowanego - programu komputerowego spoczywała wyłącznie
na wykonawcy wezwanym na prezentację. Nie jest pewne, czy wersja WEB 2.0. prawidłowo
(i czy w ogóle) może współpracować z zaoferowanymi urządzeniami Kyocera: Ecosys M3655idn, Taskalfa 356ci, Taskalfa 4002i i zapewnić wymagane i oferowane parametry
i funkcjonalności. KCC wprowadziło w błąd Zamawiającego dostarczając na testy najnowszy - jak zaznaczono w dokumencie z 3 stycznia 2019r. - program zamiast programu w wersji WEB 2.0. o którym mowa w ofercie. W konsekwencji, zdanie Odwołującego, KCC podlega wykluczeniu z postępowania. Jednocześnie, skoro nie zostały potwierdzone parametry oferowanego produktu, to oferta winna być odrzucona na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 - gdyż treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ.

. **Cena.**

Jak wskazano, KIO i SO zajmowały się kwestiami związanymi z faktem rażąco niskiej ceny
w ofercie KCC na skutek odwołania i skargi Galaxy - pomimo tego brak przesłanek
do odrzucenia odwołania lub pozostawienia bez rozpoznania zarzutów dot. ceny
a postawionych w niniejszym odwołania.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5) Pzp odwołania podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności wykonanej zgodnie z

wyrokiem KIO lub SO.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4) Pzp odwołania podlega odrzuceniu, jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na takie okoliczności, które już wcześniej przedstawił KIO
do rozstrzygnięcia.

Dopiero po testach, czyli po 3 stycznia 2019r. okazało się że KCC faktycznie chce zainstalować u Zamawiającego inną wersję programu niż zaoferowana. Jest to okoliczność nowa, która nie była przedmiotem rozpoznania ani KIO ani SO. Okoliczność ta nie była uwzględniona w wyjaśnieniach a zatem są one niewystarczające albo wprowadzają w błąd.
W pierwszym przypadku (jeśli są niewystarczające) oferta powinna być odrzucona
na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art. 90 ust 3 Pzp .
W drugim przypadku (jeśli wprowadzają w błąd) KCC powinno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17) Pzp.

Dnia 28 stycznia 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J. W. (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania.

Dnia 1 lutego 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w treści której złożył oświadczenia, iż całości uwzględnia zarzuty podniesione w odwołaniu.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu
w całości, Przystępujący J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J. W. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. dalej: „Pzp”
lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 stycznia 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia
11 stycznia 2019 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.
Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu,
a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J. W. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną
do akt sprawy, dowody załączone do odwołania i złożone na rozprawie, a także stanowiska
i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów na potrzeby jednostek Izby Administracji Skarbowej
w Bydgoszczy”. Przedmiot zamówienia podzielony jest na 3 części wg lokalizacji jednostek Zamawiającego wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty przez jednego wykonawcę w zakresie wszystkich części.
Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia pkt I:
1. na przedmiot zamówienia składa się:
a) usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów
za pomocą dostarczonych przez Wykonawcę fabrycznie nowych urządzeń.

b) obsługa (dostarczanie materiałów eksploatacyjnych i naprawa tych urządzeń),

c) wdrożenie systemu drukowania centralnego (system rozliczania kosztów, system wydruku podążającego i bezpiecznego oraz system monitoringu stanu urządzeń).

W treści SIWZ pkt XIII ppkt. 2 Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia:

2. W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają następujący warunek:

1) Wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) dla CZĘŚCI I zamówienia - co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto (słownie: trzysta tysięcy złotych, 00/100) każda oraz załączą dokument potwierdzający ich należyte wykonanie,

b) dla CZĘŚCI II zamówienia - co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł brutto (słownie: trzysta pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) każda oraz załączą dokument potwierdzający ich należyte wykonanie,

c) dla CZĘŚCI III zamówienia - co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) każda oraz załączą dokument potwierdzający ich należyte wykonanie.

Jeżeli Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, winien wykazać posiadanie doświadczenia wymaganego łącznie dla tych części zamówienia, na które składa ofertę: np. jeżeli Wykonawca składa ofertę na I, II i III część winien wykazać, że wykonał lub wykonuje co najmniej:

-sześć usług w tym dwie o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych, 00/100) każda, dwie o wartości nie mniejszej niż 350.000,00 zł (słownie: trzysta pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) każda oraz dwie o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) każda,

lub

-dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 zł (słownie: osiemset tysięcy złotych, 00/100) każda brutto oraz załączą dokument potwierdzający ich należyte wykonanie.

W zakresie oceny, Zamawiający w treści SIWZ pkt XV ppkt 12 określił, iż :

12.Przed dokonaniem ostatecznego wyboru oferty Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od Wykonawcy, którego oferta zostanie wstępnie oceniona jako najkorzystniejsza, przetestowania oferowanego rozwiązania (tj. oferowanych systemów oraz urządzeń) w zakresie spełnienia wymogów SIWZ, tj. dokonania prezentacji oferowanego systemu i co najmniej części urządzeń. Opis wymagań Zamawiającego dotyczących prezentacji zawarto w opisie przedmiotu zamówienia.

W przypadku negatywnego wyniku prezentacji tj. gdy w wyniku prezentacji zostanie potwierdzone, że oferowane systemy lub urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.

W opisie Przedmiotu Zamówienia – Załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający wskazał w pkt. VI,

3.1.W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żądać będzie:

(…)

d) oferowanego oprogramowania w formie pozwalającej na dokonanie prezentacji we współpracy z dostarczonymi urządzeniami.

3.2.Wynik prezentacji będzie potwierdzał zgodność lub niezgodność funkcjonalności oferowanego Systemu i urządzeń z wymaganiami SIWZ. Prezentacja zostanie przeprowadzona w oparciu o formularz „Prezentacja – weryfikacja funkcjonalności systemu", który stanowi Załącznik nr 3 do Opisu przedmiotu zamówienia.

3.3. Prezentacja bez względu na jej wynik nie może być uzupełniana ani powtarzana, z zastrzeżeniem pkt. 3.4.

3.4.Zamawiający może wyznaczyć kolejny termin na dokonanie prezentacji wyłącznie w przypadku gdy w trakcie dokonywania prezentacji w pierwotnym terminie wystąpią okoliczności powodujące obiektywnie niemożność przeprowadzenia prezentacji

i dokonania oceny prezentowanego Systemu lub urządzeń, w szczególności w przypadku:

a) nie dającej się usunąć awarii urządzeń, za pomocą których dokonywana jest prezentacja,

b) awarii sieci elektrycznej w miejscu dokonywania prezentacji uniemożliwiająca przeprowadzenie prezentacji;

Ostateczną decyzję o wyznaczeniu drugiego terminu podejmuje Zamawiający.

3.5.W przypadku negatywnego wyniku prezentacji tj. gdy w wyniku prezentacji zostanie potwierdzone, że oferowane systemy lub urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.

W treści wzoru umowy – Załącznik nr 10 do SIWZ, w § 6 ust. 1 pkt 4, widnieje wymóg:

1.Wykonawca gwarantuje, że:

(…)

4)oprogramowanie dostarczone w ramach Umowy działa i będzie działać prawidłowo oraz zawiera, a także będzie zawierać wszelkie uaktualniane wersje oprogramowania.

Izba ustaliła, że w treści złożonej oferty, Przystępujący zaoferował jako oprogramowanie zarządzające systemem druku podążającego, oprogramowanie Printoscope w wersji WEB 2.0 producenta Solution4office Sp. z o.o.

Pismem z dnia 21 grudnia 2018 roku Przystępujący, na podstawie postanowień SIWZ, rozdziału VI 3 i 3.1. OPZ został zaproszony do dokonania prezentacji funkcjonowania urządzeń i systemów zaproponowanych w złożonej ofercie, celem potwierdzenia spełnienia wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

W ramach prezentacji, Przystępujący zaprezentował działanie urządzeń przy użyciu oprogramowania Printoscope wersja WEB 2.10.1. (najnowsza).

Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Przystępującego za najwyżej ocenioną, w związku z powyższym pismem z dnia 4 stycznia 2019 roku wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia m.in. wykazu wykonanych usług potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, aktualnych na dzień ich złożenia. Przystępujący w dniu 8 stycznia 2019 roku złożył dokumenty aktualne na dzień złożenia oferty, tj. 29 czerwca 2018 roku,

w związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2F Pzp wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia.

Przystępujący w ramach posiadanego doświadczenia wykazał realizację dwóch usług odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia:

1. usługa autsordcingu – dostawa wraz z wdrożeniem i 24 miesięczna dzierżawą oraz serwisem 88 laserowych urządzeń wielofunkcyjnych drukująco-skanująco-kopiujących, o wartości zamówienia 2.152.893,60, realizowana w okresie 27.02.2015 – 26.02.2017 dla Urzędu Miasta Poznań,
2. usługa autsordcingu – dzierżawa i obsługa serwisowa sytemu drukowania, kopiowania i skanowania obejmująca wielofunkcyjne urządzenia drukujące wraz z systemem monitorowania i zarządzania Printoscope, o wartości 930.827,90 realizowana w okresie 01.01.2015 – 31.12.2017 dla Jeremias Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie.

Dla potwierdzenia należytego wykonania ww. usług Przystępujący złożył Referencje wystawione:

-02 stycznia 2017 roku przez Urząd Miasta Poznania, potwierdzające wywiązywanie się bez zastrzeżeń z zawartej umowy,

-14 marca 2018 roku przez Jeremias Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie, potwierdzające należyte wykonanie umowy wskazanej w wykazie usług.

W dniu 11 stycznia 2019 roku, po analizie dokumentów złożonych przez Przystępującego, jego oferta została uznana za najkorzystniejsza w zakresie wszystkich części.

Izba zważyła:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym, w ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów naruszenia art. 7 Pzp, 22 ust. 1 Pzp, 24 ust. 1 pkt 12 Pzp,24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, które to naruszenia miały wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp: Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

#x200eo udzielenie zamówienia.
Zarzuty podniesione przez Odwołującego można pogrupować jako dotyczące:

1. wyboru wykonawcy, który podlega wykluczeniu,
2. wyboru wykonawcy, którego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ,
3. wyboru wykonawcy, którego oferta zawiera rażąco niska cenę.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, w ramach którego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wybór wykonawcy który podlega wykluczeniu z uwagi na potwierdzenie się okoliczności określonych w 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 22 ust. 1 Pzp
i art. 7 Pzp wskazać należy na zasadność zarzutu.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp :
Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, wszystkie przesłanki zawarte w tych przepisach muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzania, że zamawiający nie wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył przepisów Pzp (wyroki z: 14 marca 2017 r. sygn. akt 348/17, 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17, 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, 10 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1257/17).
Izba uznaje zatem, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu;
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga łącznego zaistnienia przesłanek:

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

Zawarta w obu przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega
na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne
z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotne znaczenie ma charakter informacji, gdyż zaznaczyć należy,
że w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw
do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy
w postępowaniu.
Z kolei wskazanie w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp informacji wprowadzających zamawiającego
w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego
w postępowaniu oznacza, że jest to norma o charakterze generalnym, którą należy wykładać mając na uwadze systemowo uregulowane zasady prawa zamówień publicznych
i każdorazowo oceniać przez pryzmat zaistniałych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2705/17). Dla stwierdzenia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, błędne przekonanie zamawiającego powinno mieć znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Izba wypowiedziała się o tej przesłance m.in. w wyrokach z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17 i 30 października

2017 r. sygn. akt KIO 2151/17.
Badając zależności pomiędzy omawianymi podstawami wykluczenia, Izba wielokrotnie wskazywała, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, będąca kwalifikowanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd, absorbuje hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (m.in. w wyrokach
z 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17, 20 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1132/17,
czy z 19 września 2017 r. sygn. akt KIO 1829/17).
W orzecznictwie wyrażony został również pogląd, że wprowadzające w błąd informacje dotyczą nie tylko oświadczenia własnego wykonawcy, ale także mogą dotyczyć oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, które wykonawca przedkłada zamawiającemu (wyrok z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17) (por. Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej
w 2017 roku).
Izba podkreśliła, że dla zbadania czynności wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp niezbędne jest ustalenie, czy wykonawca działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego
w błąd (wina umyślna), czy też nieumyślnie, jednakże z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny (kwalifikowany stopień winy nieumyślnej). Pojęcie „zamierzone działanie" wymaga wykazania, że jest to świadome zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Z kolei „rażące niedbalstwo" odnoszone jest do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Jest to szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania wykonawcy, kiedy stopień naganności czynności tak znacząco odbiega od modelu właściwego w danym stanie faktycznym, że nie można go pogodzić nawet z miernikiem typowym dla zwykłej formy winy nieumyślnej. Zatem o przypisaniu winy w tej postaci decyduje zachowanie się wykonawcy,
w określonych warunkach sprawy, w sposób znacząco odbiegający od właściwego miernika staranności. Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy,
gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien był przewidzieć. Stosownie do art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w tym zakresie, stosuje się art. 355 § 1 k.c., zatem przypisanie wykonawcy niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy ten zachował się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego miernika staranności, podwyższonego zgodnie z art. 355 § 2 k.c. w związku z zawodowym charakterem działalności wykonawcy. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia,
aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Pogląd taki został wyrażony w wyrokach z: 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, 7 czerwca 2017 r. sygn. akt 1004/17 oraz z 3 lipca 2017 r. sygn. akt 1243/17.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należy przede wszystkim na fakt, iż Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazał usługę realizowaną dla Jeremias Sp. z o.o., której realizacji (co do wartości i zakresu) nie potwierdziła firma Jeremias Sp. z o.o. (pismo z dnia 29 stycznia 2019 skierowanie przez Jeremias Sp. z o.o. do Zamawiającego podpisane przez prokurenta oraz dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego). Co więcej, Przystępujący
dla potwierdzenia należytego wykonania umowy posłużył się referencją wystawioną przez ww. firmę, której autentyczności nie potwierdził prokurent, z uwagi na sporządzenie jej na papierze opatrzonym nieaktualnym od 2010 roku logo oraz opatrzenie jej pieczęcią wycofaną z obiegu w 2013 roku. Ponadto, prokurent podkreślił, iż żadna osoba z działów odpowiedzialnych
za kontakt z Przystępującym nie wystawiła przedmiotowej referencji, ani nie odnaleziono żadnej innej osoby, która wystawiłaby przedmiotową referencję poza wiedzą powyższych osób.
W ocenie Izby, poza wszelką wątpliwością pozostaje fakt, iż w związku z brakiem potwierdzenia przez Jeremias Sp. z o.o. wykonania wdrożenia systemu monitorowania
oraz zarządzania Printoscope i brakiem potwierdzenia kwoty za realizację przedmiotowego zamówienia wskazanych w wykazie usług, stanowiących warunek udziału w postępowaniu, Przystępujący świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.
Podczas rozprawy, Przystępujący zaprzeczał celowemu wprowadzeniu w błąd i podkreślał,
że działanie takie byłoby nielogiczne, bowiem Przystępujący spełnia warunki udziału
w postępowaniu, na co złożył dowód - referencję wystawioną przez Urząd Miasta Poznania, potwierdzającą realizację umowy z dnia 29 sierpnia 2011 roku, zawartą na okres 46 miesięcy, oraz wydruk korespondencji mailowej (dwa maile) z przedstawicielem firmy Jeremias

Sp. z o.o. W ocenie Izby złożony dowód - referencja nie może być uznany za prawidłowy
dla wykazania doświadczenia wymaganego zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, bowiem dotyczy realizacji umowy obejmującej okres wcześniejszy niż wymagany okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składnia ofert.
Dowód z korespondencji mailowej – z 2 marca 2018 roku stanowi prośbę o wystawienie referencji dotyczących przebiegu współpracy ze szczególnym uwzględnieniem okresu ostatniego wdrożenia. Zdaniem Izby, treść maila w żaden sposób nie wskazuje, że chodzi
o realizację umowy, którą Przystępujący wskazał w wykazie usług, dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu a nie inną usługę, inną realizację, zwłaszcza
że dotychczasowa współpraca pomiędzy Przystępującym a Jeremias Sp. z o.o. nie została
w żaden sposób zakwestionowana. W treści maila mowa jest o ostatnim wdrożeniu, jednak nie wiadomo o jakie wdrożenie chodzi, nie ma żadnego wyjaśnienia lub odniesienia
w tym zakresie. Korespondencja ta nie stanowi również dowodu na to, iż w odpowiedzi
na treść maila zostały wystawione sporne referencje.
Wydruk z korespondencji mailowej z dnia 10 sierpnia 2016 roku nie stanowi zdaniem Izby dowodu na to, że przedmiot umowy wykazanej w wykazie usług na potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu obejmował swym zakresem system zarządzania drukiem.
Z treści maila wynika jedynie, iż w ramach letniej akcji promocyjnej wdrażane zostały stałym klientom licencje systemu zarządzania drukiem. Z maila nie wynika, iż wdrożenie
to ma jakikolwiek związek z usługą na którą powołuje się Przystępujący, wręcz przeciwnie, jest w nim wyraźne wskazanie że chodzi o akcję promocyjną skierowaną dla stałych klientów
– co nie oznacza, iż jest to wdrożenie systemu zarządzanie drukiem, który był objęty przedmiotową usługą. Zatem i ten dowód w ocenia Izby nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy i nie może stanowić potwierdzenia informacji podanych w wykazie usług
oraz wiarygodności referencji z dnia 18 marca 2018 roku wystawionych na potwierdzenie realizacji umowy z Jeremias Sp. z o.o.
Przystępujący twierdził, iż posiada wymagane doświadczenie o zakresie i o wartości wskazanej w wykazie usług, jednak nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, choćby w postaci protokołów odbioru czy faktur potwierdzających sporna kwotę. Wskazał również,
iż nie wie dlaczego Jeremias Sp. z o.o. nie potwierdził realizacji spornej umowy, a celem referencji jest jedynie poświadczenie należytego wykonania umowy, a to zostało poświadczone.

Izba podziela stanowisko Przystępującego, iż celem referencji jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia i nie ma konieczności aby w ich treści znajdowała
się informacja o zakresie i wartości realizacji usługi. Te informacje winny zostać podane
w wykazie wykonanych usług, a referencja potwierdzać jedynie należyte wykonanie wskazanej usługi. Jednakże w sytuacji, kiedy podmiot wskazany przez wykonawcę jako odbiorca usługi, na rzecz którego usługa ta miała być wykonana nie potwierdza jej zakresu i wartości wskazanych w referencji, to sam fakt iż poświadczone zostało należyte wykonanie usługi
nie może stanowić o wiarygodności referencji. Skoro nie została potwierdzona realizacja usługi, to nie można mówić o należytym wykonaniu takiej usługi, która nie była nigdy wykonana. Fakt ten przesądza zdaniem Izby o niewiarygodności złożonej referencji, a ponadto w związku z podaniem w wykazie usług informacji niepotwierdzonych przez odbiorcę usług, niewątpliwie oznacza celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Wobec powyższego, działaniu Przystępującemu można przypisać świadome wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem zarzut niezastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania jest zasadny.

Tym samym, Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo
że ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. wprowadzające w błąd
co do posiadanego doświadczenia.

Odnosząc się do umowy realizowanej dla Urzędu Miasta w Poznaniu, wskazać należy iż na potwierdzenie należytego wykonania usługi, jako usługi zakończonej, zrealizowanej, Przystępujący winien zgodnie z wymogami SIWZ XIV a pkt 2 złożyć dowody określające
czy usługa została wykonana należycie. Referencja złożona przez Przystępującego została wystawiona 02 stycznia 2017 roku przed zakończeniem realizacji umowy, nie może potwierdzać stanu, który miał miejsce po dacie jej wystawienia. Zatem aby móc stwierdzić

czy przedmiotowa usługa została wykonane należycie, dokument potwierdzający ten fakt musi być wystawiony po jej zrealizowaniu. W przedmiotowym postępowaniu referencja taka,
nie mogła być wystawiona wcześniej niż w dniu 27 lutego 2017 roku, kiedy to nastąpiło zakończenie realizacji umowy. Zgodzić się tu należy z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż referencja ta podlegałaby uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyby nie konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp. Przystępujący złożył podczas rozprawy jako dowód - referencję wystawioną z datą 31 stycznia 2019 przez Urząd Miasta Poznania, potwierdzającą należyte wykonanie ww. umowy. Jednakże w dalszym ciągu oznacza to wykazanie się realizacją tylko jednej usługi, a nie dwóch o zakresie i wartości wymaganych przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, nie można stwierdzić, iż Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Zatem zmaterializowała
się obligatoryjna przesłanka wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określona w art. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zgodnie z ww. przepisem: *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony*
do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Podkreślenia wymaga, iż dyspozycja ww. przepisu odnosi się do konieczności wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nie jedynie do wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Konieczność wykluczenia wykonawcy uzależniona jest od tego, czy wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia. Konstrukcja omawianego przepisu wskazuje, że to na wykonawców nałożony został ciężar udowodnienia istnienia omawianych okoliczności, tj. wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu
oraz że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać,
że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu. Fakt ten musi wynikać bezspornie z dokumentów złożonych przez wykonawcę, bowiem
to na ich podstawie następuje wykazanie że wykonawca spełnienia wymagane warunki udziału lub nie podlega wykluczeniu.

Dodać należy, iż w sytuacji stwierdzenia wprowadzenia w błąd przy przedstawieniu informacji że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, albo mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, obowiązkiem Zamawiającego
jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 albo 17 Pzp. Zastosowanie
w tym przypadku instytucji, wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp umożliwiające wezwanie wykonawcy do złożenie lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu zmierzałoby do zastąpienia nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi, co jest niedopuszczalne.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp należy uznać
za zasadny.

Za zasadny należy również uznać zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp zgodnie z którym
o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zamawiający poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania naruszył ww. przepis.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo
że ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. wprowadzające w błąd
co do oferowanego produktu przez przedstawienie do testów innego produktu niż wskazany w ofercie, wskazać należy iż zarzut jest zasadny.

Przystępujący w treści oferty zaoferował oprogramowanie Printoscope w wersji WEB 2.0. Zgodnie z zapisami SIWZ w ramach testów oferowanego (czyli wskazanego w ofercie) rozwiązania Przystępujący winien zaprezentować działanie systemu z oprogramowaniem
i urządzeniami wskazanymi w ofercie, bowiem celem prezentacji było ustalenie zgodności treści oferty z wymaganiami wskazanymi w treści SIWZ oraz potwierdzenie zgodności
lub niezgodność funkcjonalności oferowanego Systemu i urządzeń z wymaganiami SIWZ. Przystępujący do testów zaprezentował działanie systemu z oprogramowaniem w wersji WEB 2.10.1, zatem w wersji innej niż podana w ofercie. Oznacza to, iż do testów zostało zaprezentowane rozwiązanie inne, niż wskazane w ofercie.

Z dowodu złożonego na rozprawie przez Przystępującego (oświadczenia producenta oprogramowania) wynika, iż oprogramowanie Prontoscope w wersji WEB 2.0
oraz oprogramowanie Printoscope w wersji WEB 2.10.1 to to samo oprogramowanie, jednakże wersja WEB 2.10.1 została wzbogacona o nowe funkcjonalności, stanowi rozwój
i wzbogacenie oprogramowania bazowego o nowy element i oznacza podniesienie jego atrakcyjności i funkcjonalności. Nie ulega wątpliwości, iż z oświadczenia producenta wyraźnie wynika, iż oprogramowanie w wersji WEB 2.0 zaoferowane w ofercie nie posiada wszystkich funkcjonalności i jest uboższe niż rozwiązanie, które posiada oprogramowanie w wersji WEB 2.10.1, będące przedmiotem testów prowadzonych przez Zamawiającego. Zamawiający nie dokonał zatem oceny czy treść złożonej oferty jest zgodna z treścią SIWZ, a dokonał oceny czy treść zmienionej oferty jest zgodna z treścią SIWZ, co w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Działanie takie należy tym bardziej uznać
za niedopuszczalne, zwłaszcza w kontekście tego, iż przeprowadzona prezentacja miała potwierdzić zgodność lub niezgodność funkcjonalności oferowanego Systemu i urządzeń
z wymaganiami SIWZ.

Aby dokonać wyboru oferty, Zamawiający musi mieć pewność, że jej treść jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Tymczasem Zamawiający ocenił ofertę w wersji zmienionej, rozszerzonej, innej niż wersja wskazana w ofercie, co w konsekwencji doprowadziło
do sytuacji, że Zamawiający dokonał wyboru oferty, nie mając pewności, że zaoferowane
w ofercie rozwiązanie jest zgodne z SWIZ. Nie ulega wątpliwości, iż działanie Przystępującego stanowiło niedozwolona zmianę treści oferty, bowiem w wyniku przeprowadzonej prezentacji, Zamawiający nie uzyskał potwierdzenia, że zaoferowane w ofercie rozwiązanie spełnia wymogi SIWZ również w zakresie wymaganej funkcjonalności, lecz że oprogramowanie
w nowej wersji, udoskonalone, wzbogacone o nowe rozwiązania i funkcjonalność spełnia
te wymogi.

Izba wskazuje, iż Przystępujący przedkładając do testów oprogramowanie w nowej wersji wprowadził Zamawiającego w błąd, co do okoliczności mających decydujący wpływ
na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem dotyczą one zgodności oferty
z treścią SIWZ. Przystępujący na rozprawie podniósł, iż zaprezentowana zmieniona wersja oprogramowania nastąpiła na wniosek Zamawiającego, jednak nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, np. informacji w protokole z prowadzonych testów. Ponadto, z treści art. 87 ust. 1 Pzp jednoznacznie wynika, iż nie ma możliwości dokonywania zmiany treści oferty
z zastrzeżeniem przepisów tam wskazanych: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści*.

Na gruncie prawa unijnego wyraz tej zasadzie dał również Trybunał Sprawiedliwości
w orzeczeniu w sprawie SAG ELV Slovensko (orzeczenia z dnia 29 marca 2012 roku
w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie, ECLI:EU:C:2012:191 Zdaniem Trybunału zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą
a wykonawcą w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku
z czym co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy wykonawcy (A. Kowalski „Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009-2017" Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017).

Nie można zgodzić się również z Przystępującym, iż z zapisu wzoru umowy § 6 ust. 1 pkt 4 wynika, iż do testów wykonawca winien przedstawić najnowszą wersję oprogramowania. Zapisy wzoru umowy odnoszą się do etapu realizacji umowy a nie wyboru wykonawcy. Wykonawca, aby mógł uzyskać zamówienie publiczne i realizować umowę musiał zaoferować system wraz z oprogramowaniem zgodny z wymogami SIWZ.
Natomiast, na etapie realizacji umowy wykonawca będzie gwarantować prawidłowe działanie oprogramowania oraz dostarczenie go w wersji aktualnej.

Z uwagi na powyższe, wskazać należy iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp został potwierdzony.
W związku z powyższym, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 ust. 5 Pzp zgodnie z którym *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego*
do składania ofert.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp dotyczący przeprowadzenia postępowania w sposób

niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z wyborem wykonawcy, który podlegał wykluczeniu.

Odnosząc się do zarzutu w ramach którego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wybór wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, co skutkowało naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazać należy, iż ocenie Izby zarzut nie został potwierdzony.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Aby dokonać odrzucenia oferty, Zamawiający musi mieć pewność, że jej treść
nie odpowiada treści SIWZ, bowiem odrzucenie oferty możliwe jest tylko w przypadku braku wątpliwości, że oferta nie zapewni realizacji celu zamówienia, a realizowana usługa nie będzie odpowiadała wymogom z SIWZ. Dla dokonania odrzucenia oferty wykonawcy, musi zaistnieć sytuacja ustalenia w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonał oceny czy treść oferty
jest zgodna z treścią SIWZ, lecz dokonał oceny czy treść zmienionej oferty jest zgodna
z treścią SIWZ, zatem nie można potwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt Pzp, bowiem przeprowadzone testy nie wykazały braku zgodności oferowanego oprogramowania z treścią SIWZ. Aby jednoznacznie stwierdzić, czy treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ Zamawiający musiałby dokonać takiej oceny.

Wobec powyższego, w związku z brakiem oceny oprogramowania w wersji WEB 2.0 wskazanej w ofercie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ, nie można stwierdzić,
iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem nie dokonał ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oprogramowanie w wersji WEB 2.0 jest niezgodne z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu wyboru wykonawcy, którego oferta zawiera rażąco niską cenę, poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz 90 ust. 3 Pzp wskazać należy iż zarzut
nie może zostać uwzględniony.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku
do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp:

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, iż powyższy zarzut był przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego rozpoznającego skargę w tym zakresie w ramach tego samego postępowania. Odwołujący podniósł, iż z uwagi na przedstawienie do testów oprogramowanie w innej wersji, niż wersja badana w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, okoliczność ta stanowi nową podstawę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, bowiem przedmiotem badania rażąco niskiej ceny były elementy składowe ceny, w tym również cena oprogramowania. Konstrukcja ceny
w zakresie jej elementów składowych nie uległa zmianie, żaden element nie został dodany ani usunięty w ramach kalkulacji ceny. Mamy zatem do czynienie z taką samą ilością elementów cenotwórczych, natomiast zgodnie oświadczeniem producenta oprogramowania Solution4office Sp. z o.o. cena oprogramowania w wersji WEB 2.10.1 nie uległa zmianie. Wobec powyższego zmiana funkcjonalności oprogramowania nie ma przełożenia na cenę oprogramowania, co oznacza iż zarzut nie może zostać uwzględniony.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 26 ust. 2f Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechania zastosowania, pomimo istniejących wątpliwości
co do oświadczeń Przystępującego złożonych w toku postępowania w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2f Pzp:

Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania
o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Wskazać należy, iż Urząd Zamówień Publicznych rozstrzygnął, „że art. 26 ust. 2f Pzp. nabiera szczególnego znaczenia w przypadku postępowań wieloetapowych, takich jak np. przetarg ograniczony: „(...) w postępowaniach wieloetapowych ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia odbywa się na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie oświadczenia,
o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp. Następnie zamawiający ocenia oferty złożone przez wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji. Jeżeli wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, nie potwierdzi (na wezwanie zamawiającego) wymaganymi dokumentami, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub że nie zachodzą w stosunku
do niego przesłanki wykluczenia, wówczas będzie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. (…)
W celu zapobiegnięcia ewentualnej konieczności unieważnienia postępowania w przypadku negatywnego wyniku weryfikacji wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, wydaje się uzasadnione, aby zamawiający korzystali z dyspozycji art. 26 ust. 2f Pzp już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy liczba wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest większa niż liczba wykonawców, którzy zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zostaną zaproszeni do składania ofert” (https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow/na-jakim-etapie-postepowania-prowadzonego-w-trybie-przetargu-ograniczonego-zamawiajacy-powinien-wzywac-do-skladania-dokumentow
dostęp 07.02.2019)

W analizowanym stanie faktycznym zastosowanie mogłaby mieć jedynie druga część przepisu: a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń
lub dokumentów. Wskazać należy, iż ta część przepisu dotyczy m.in. sytuacji, kiedy wykonawca w postępowaniu złoży aktualne dokumenty, a w wyniku trwania postępowania dokumenty te utracą aktualność. Jednakże przedmiotowa sytuacja nie wpisuje
się w dyspozycję przepisu, bowiem podane przez Przystępującego informacje, nie wskazywały na ich nieaktualność i nie budziły wątpliwości Zamawiającego w zakresie warunków udziału
w postępowaniu. Dopiero w wyniku wniesionego odwołania, Zamawiający powziął wątpliwość w zakresie złożonych dokumentów i podjął stosowne działania w tym zakresie.
Zarzut należy uznać zatem za niezasadny.

Również za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia §2 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie dokumentów, jakich może zażądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp i 22 d ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie zastosowania, pomimo istniejących wątpliwości co do oświadczeń Przystępującego złożonych w toku postępowania w zakresie warunków udziału w postępowaniu.
Zgodnie z §2 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie dokumentów, jakich może zażądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie
Zamówienia:

> *Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.*

Zgodnie z art. 22 d ust. 2 Pzp:

> *Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.*

Informacje podane w ofercie Przystępującego nie budziły wątpliwości Zamawiającego
w zakresie doświadczenia, wskazanego celem wykazania spełnienia warunków udziału
w postępowaniu. Zatem Zamawiający nie miał podstaw aby powyższe wyjaśniać. Czynności takie podjął w wyniku złożonego odwołania.
Zarzut należy uznać zatem za niezasadny.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp zgodnie z którym:

> *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówieni*

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych,
niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na

nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.
Zarzut należy uznać za niezasadny.
Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie
do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:……..