Sygn. akt KIO 851/19

WYROK

z dnia 23 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Ernest Klauziński
Daniel Konicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2019 r. przez wykonawcę J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J.W., ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 59A, 10-950 Olsztyn

przy udziale wykonawcy DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach, ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 851/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 6 naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach, ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale bo treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzutu nr 2 naruszenia art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy, która to

oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach, ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale;

2) ponownego badania i oceny złożonych ofert.

2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 9 naruszenia art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2

Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z uwagi na wycofanie zarzutu przez odwołującego przed otwarciem rozprawy.

3. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 59A, 10-950 Olsztyn

i:

3.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J.W., ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań tytułem wpisu od odwołania;

3.2) zasądza od zamawiającego Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 59A, 10-950 Olsztyn na rzecz wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J.W., ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 851/19

Uzasadnienie

Zamawiający Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 59A, 10-950 Olsztyn wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego na »usługę systemu druku podążającego wraz z dzierżawą i kompleksową obsługą serwisową urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25.03.2019 r. pod nrem 2019/S 059-137354.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

29.04.2019 r. zamawiający poinformował o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy DKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kowalach, ul. Energetyczna 15, 890-180 Kowale (dalej wykonawca D);

2) odrzuceniu oferty wykonawcy J.W prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J.W., ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

9.05.2019 r. wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KC

Consulting J. W., ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań, zgodnie

z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

1) badaniu i ocenie ofert;

2) rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3) wyborze najkorzystniejszej oferty oraz

4) odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

2) art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp tj. dokonanie wyboru oferty wykonawcy D, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego;

4) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia (niewykluczenie)

wykonawcy D z powołaniem na okoliczność, że wykonawca D nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

5) art. 24 ust. 4 Pzp, bo ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;

6) kumulatywnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia

oferty (nieodrzucenie oferty) wykonawcy D bo treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, UWAGA! W przypadku gdy oferta podlega odrzuceniu, zamawiający nie wzywa wykonawcy do złożenia, uzupełniania lub poprawienia niekompletnych dokumentów, lub zawierających błędy (por. art. 26 ust. 3 Pzp in fine);

7) ewentualnie gdyby Izba przyjęła, że treść oferty wykonawcy D odpowiada jednak treści SIWZ, to odwołujący zgłasza żądanie ewentualne zobowiązania zamawiającego do wezwania wykonawcy D do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z których będzie wynikało, że wykonawca D spełnia warunki udziału w postępowaniu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wykonane usługi, które miały legitymować spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostały wykonane należycie; zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 7;

8) naruszenie art. 5, art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 Pzp tj. przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

9) takie działanie zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 oraz z 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert. Ma to doprowadzić do dokonania:

1) uchylenia (unieważnienia) czynności rozstrzygnięcia postępowania;

2) uchylenia (unieważnienia) wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) uchylenia (unieważnienia) bezprawnej czynności odrzucenia oferty odwołującego;

4) ponownego badania i oceny ofert;

5) wykluczenia wykonawcy D i wynikowo odrzucenia oferty wykonawcy D bo

kumulatywnie zachodzą przesłanki obu wskazanych instytucji mających charakter obligatoryjny (przymusowy);

6) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

7) udzielenia odwołującemu zamówienia publicznego.

Argumentacja odwołującego

Argumenty dotyczące bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego z postępowania

Zamawiający w Rozdz. X SIWZ wskazał następujący sposób przygotowania oferty.

»1. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w jednym z następujących formatów danych: .pdf, .doc, ,docx, .rtf, ,xps, .odt i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty w tym zaszyfrowania oferty opisany został w »Instrukcji dla wykonawcy« zamieszczonej na Platformie Marketplanet [dalej MP],

2. Do oferty należy dołączyć następujące oświadczenia i dokumenty:

1) Formularz cenowo-ofertowy (wypełniony, podpisany elektronicznie i przesłany w formie elektronicznej) - wzór stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ.

W przypadku niekorzystania z ww. druku, oferta musi zawierać w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności, sposobu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SIWZ i Istotnych postanowień umowy bez zastrzeżeń, a także informacją którą część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy;

2) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) przesłany w formie elektronicznej zgodnie z zasadami określonymi w Rozdz. VI ust. 1 SIWZ;

3) Zestawienie parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego, wg wzoru załączonego przez zamawiającego stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ;

4) pełnomocnictwo-jeśli dotyczy;

5) inne dokumenty, zgodnie z wytycznymi opisanymi w Rozdz. VI ust. 1 SIWZ.

3. Ofertę, oświadczenia a także wykaz usług i osób zaleca się sporządzić na drukach stanowiących załączniki do SIWZ.

4. W przypadku, gdy Wykonawca nie skorzysta z załączonego Formularza cenowo-ofertowego (Załącznik nr 2 do SIWZ) zobowiązany jest złożyć ofertę w taki sposób, by treść oferty odpowiadała treści SIWZ.«.

Ponadto zamawiający wymagał, aby sposób złożenia oferty pozostawał w zgodzie z „Instrukcją Użytkownika" zamieszczoną na Platformie MP, która następująco określa formę i sposób składania oferty (str. 7 Instrukcji):

»8 Składanie ofert drogą elektroniczną - przez Platformę

Oferty oraz wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym dokument JEDZ, muszą być:

- Przygotowane w postaci elektronicznej,

- Podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Dokumenty, które podpisuje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to:

A. Oferta (formularz ofertowy), czyli oświadczenia oferenta, które dotyczą istotnych postanowień przyszłej umowy, w szczególności o dane dotyczące przedmiotu zamówienia, sposobu jego wykonania, wysokości wynagrodzenia i sposobu jej obliczenia, wskazania warunków płatności, terminu realizacji zamówienia, udzielenia gwarancji oraz jej warunków

i terminu,

B. dokument JEDZ,

C. rysunki, plany, opisy, kosztorysy, harmonogramy prac mogą stanowić element oferty, jeżeli służą jej doprecyzowaniu, dookreśleniu, a nie są jedynie materiałem poglądowym, informacyjnym,

D. oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a także brak podstaw wykluczenia z postępowania,

E. pełnomocnictwo do złożenia oferty przetargowej,

F. oświadczenia dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a Pzp,

G. oświadczenia dotyczące podwykonawców,

H. oświadczenie o przynależności (lub jej braku) do grupy kapitałowej.

WAŻNE! Dokumenty, które mogą być podpisane w aplikacji, to:

A. oferta (formularz ofertowy)

B. lub jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ)

Pozostałe dokumenty (C, D, E, F, G, H) wykonawcy muszą podpisać poza aplikacją.«.

Ponadto określono (str. 27 Instrukcji):

»18 Procedura przygotowania i składania oferty / wniosku

18.1 Czynności wykonywane poza Platformą

Krok 1 - Użytkownik - na podstawie wytycznych przedstawionych przez zamawiającego w SIWZ oraz ogłoszeniu - przygotowuje:

A- treść swojej oferty, w szczególności o dane dotyczące przedmiotu zamówienia, sposobu jego wykonania, wysokości wynagrodzenia i sposobu jej obliczenia, wskazania warunków płatności, terminu realizacji zamówienia, udzielenia gwarancji

oraz jej warunków i terminu; ZAŁĄCZNIKI - wymagane w danym postępowaniu:

B- rysunki, plany, opisy, kosztorysy, harmonogramy prac, jeżeli służą doprecyzowaniu,

oferty;

C- oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a także brak podstaw wykluczenia z postępowania;

D- pełnomocnictwo do złożenia oferty przetargowej;

E- oświadczenia dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a Pzp;

F- oświadczenia dotyczące podwykonawców;

G- oświadczenie o przynależności (lub jej braku) do grupy kapitałowej

Krok 2 - Użytkownik podpisuje wymagane w danym postępowaniu załączniki (wyszczególnione w lit. B-G powyżej) - z wykorzystaniem oprogramowania do składania kwalifikowanego podpisu elektronicznego na swoim komputerze.

18.2 Czynności wykonywane na Platformie

Krok 3 - Użytkownik wykonuje zestaw czynności związanych z wypełnieniem formularza ofertowego i złożeniem oferty (wraz z wymaganymi dokumentami):

- Przystępuje do postępowania;
- Przygotowuje i podpisuje formularz JEDZ;

- Wypełnia formularz ofertowy«.

Por. „Instrukcja Użytkownika" Platformy MP str. 7; str. 27.

Kwestią sporną w rozpoznawanym stanie faktycznym jest sposób podpisania oferty przez odwołującego. Odwołujący, bowiem przygotował ofertę przez wypełnienie Załącznika nr 2 do SIWZ - Formularza cenowo-ofertowego oraz Formularza ofertowego - aktywnego formularza wypełnianego bezpośrednio, w trybie online na Platformie MP opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający pismem z 29.04.2019 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty podając, jako uzasadnienie prawne art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz faktyczne wskazując, że formularz ofertowy dostępny na Platformie MP został prawidłowo podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jednak formularz ten nie zawiera wszystkich danych, których zamawiający wymagał do złożenia oferty. Zamawiający zalecał złożenie oferty na wzorze formularza cenowo-ofertowego zamieszczonym przez zamawiającego, a w przypadku nie skorzystania z formularza cenowo-ofertowego zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli złożyć ofertę w taki sposób, by treść oferty odpowiadała treści SIWZ. Formularz cenowy złożony przez wykonawcę D (zgodny ze wzorem zamieszczonym przez zamawiającego) zawierał wszystkie wymagane dane, ale nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W związku z powyższym oferta wykonawcy D podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, ponieważ odwołujący sporządził ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i „Instrukcji Użytkownika" oraz odwołujący opatrzył ofertę podpisem elektronicznym, tym samym czynność złożenia oferty dokonana została zgodnie z obowiązującymi przepisami. Odwołujący postępował ściśle według „Instrukcji Użytkownika", która „prowadziła" przez cały proces wypełniania i podpisywania oferty. Zgodnie z SIWZ odwołujący wypełnił Załącznik nr 2 formularz cenowo-ofertowy oraz aktywny Formularz ofertowy, a następnie zgodnie ze wskazówkami z Platformy odwołujący opatrzył ofertę podpisem elektronicznym, co potwierdzone zostało komunikatem z Platformy „potwierdzam, że zapoznałem się z dokumentami zamówienia i chcę złożyć ofertę"; „podpisz: - co zgodnie z „Instrukcją" oznacza podpisanie oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożenie oferty / wniosku - zgodnie z przepisami Pzp, następnie status oferty „oferta złożona".

Odwołujący wskazał, że w ustawie Pzp brak jest definicji oferty. Zgodnie z treścią art. 66 § 1 Kc (stosowanego na podstawie art. 14 ust. 1 Pzp), oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Pzp oferta to dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegółowiające jego zakres czy sposób wykonania. Na ofertę w rozumieniu przepisów Kc, zwaną ofertą sensu sticto, czyli odnoszącą się do postanowień przyszłej umowy, zwłaszcza ceny, opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) i warunków jego wykonania - składają się standardowo formularze ofertowe, formularze cenowe, formularze opisujące parametry techniczne, kosztorysy itp.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył ofertę wypełniając formularz ofertowy, który opatrzony został podpisem elektronicznym. Formularz zawierał istotne postanowienia przyszłej umowy tj. przedmiot świadczenia, cenę oferty netto i brutto, elementy oferty podlegające ocenie tj. termin wdrożenia usługi, parametry dot. prędkości pracy urządzenia wielofunkcyjnego MFP1 i MFP2.

Odwołujący nie zgadza się z zarzutem będącym podstawą odrzucenia oferty odwołującego, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty należy rozumieć, jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez OPZ oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

W analizowanym stanie faktycznym nie zachodzi żadna z ww. przesłanek skutkująca niezgodnością treści oferty z SIWZ, ponieważ oświadczenie woli w postaci oferty opatrzonej

podpisem elektronicznym zawierało istotne postanowienia odpowiadające wymogom zawartym w SIWZ. W tym miejscu należy wskazać, że zamawiający błędnie uznał, że „formularz cenowy złożony przez wykonawcę (zgodny ze wzorem zamieszczonym przez zamawiającego) zawierał wszystkie wymagane dane, ale nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym".

Istotne postanowienia dot. realizacji zamówienia znajdowały się zarówno w dokumencie pn. formularz cenowo-ofertowy jak i formularz ofertowy. Wzorzec stanowiący Załącznik Nr 2 - formularz cenowo-ofertowy zawierał ponadto informacje dot. m.in. zapoznania się z SIWZ w tym z warunkami dostawy urządzeń drukujących na podstawie umowy i nie wnoszenia w stosunku do nich żadnych uwag, a w przypadku wyboru oferty wykonania zamówienie zgodnie z OPZ, posiadania koniecznych informacji i wyjaśnień do przygotowania oferty, zapoznania się z postanowieniami umowy, akceptacji terminów i warunków płatności za wykonanie przedmiotu zamówienia na zasadach opisanych we wzorze umowy, zobowiązania się w przypadku przyznania zamówienia do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego, terminie związania ofertą, wpłacie wadium, zobowiązania wpłaty zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Trudno uznać aby brak tych elementów stanowił o niezgodności oferty z SIWZ, gdyż stanowią one naturalia negotii, czyli składniki nieistotne, których brak nie może przesądzać o nieważności czynności prawnej - złożenia oferty, ponieważ elementy te zostały ściśle określone przez zamawiającego w SIWZ i nie stanowiły obszaru podlegającego kreowaniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 78^1 § 1 Kc do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie oświadczenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wszystkie te wymagania zostały przez odwołującego spełnione. Oferta została sporządzona i przesłana w wersji elektronicznej, stanowiąc tym samym dokument elektroniczny. Stosownie do definicji dokumentu elektronicznego sformułowanej w art. 3 pkt 35 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/V/E (Dz.U. UE. L. z 2014 r. Nr 257. str. 73) za dokument elektroniczny należy uznać każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne zgodnie zaś z definicją dokumentu elektronicznego znajdującą się w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r, o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 570 ze zm.) dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Niewątpliwie wszystkie te wymogi dokumentu elektronicznego spełnia oferta odwołującego.

Nie może zmieniać tej oceny fakt, że podpis znajduje się na jednym z dwóch dokumentów. Fakt opatrzenia oferty podpisem nie jest kwestionowany przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga również fakt, że z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego nie wynika bowiem czego konkretnie brakowało zamawiającemu, aby uznać ofertę za kompletną. Tymczasem znajdowały się tam wyłącznie zbędne oświadczenia lub treść, która miała zostać tam zawarta, wynika z innych dokumentów oferty jak np. oferowane oprogramowanie zarządzające systemem „druku podążającego" czy z kolei wymagane oświadczenie odnośnie podwykonawstwa, które zostało zawarte w formularzu JEDZ.

Do pierwszej kategorii należy zaliczyć wszelkie oświadczenia wykonawcy o zapoznaniu się z treścią SIWZ, w tym wzoru umowy, niewnoszeniu do tej treści zastrzeżeń, wykonaniu zamówienia na warunkach i w terminie określonym w SIWZ, zgodności przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia (OPZ) itp. Pomimo powszechnej praktyki zamawiających, którzy domagają się złożenia tego typu oświadczeń, są one bez znaczenia dla prowadzonego postępowania, gdyż samo złożenie oferty sprecyzowanej co do przedmiotu i ceny - co odwołujący uczynił podpisując kwalifikowanym podpisem elektronicznym formularz oferty, stanowi równocześnie wyraz akceptacji postanowień SIWZ, w tym co do powyżej wymienionych okoliczności.

Podobnie, z uwagi na art. 85 ust. 1 (w tej sprawie znaczenie ma pkt 3) Pzp, zgodnie z którym wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ (jednak nie dłużej niż 60 dni), co stanowi lex specialis w stosunku do regulacji wynikającej z Kodeksu cywilnego, złożenie oferty oznacza również wyrażenie gotowości do oczekiwania na przyjęcie oferty przez okres wskazany przez zamawiającego. Według utrwalonego w doktrynie i orzecznictwie poglądu zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez OPZ oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty, jako najkorzystniejszej.

W okolicznościach tej sprawy złożenie formularza cenowo-ofertowego jest wymaganiem, co do formy, a nie treści oferty, gdyż nie precyzuje w żaden sposób treści oferty ponad formalne potwierdzenie akceptacji postanowień SIWZ. Wszelkie istotne postanowienia składające się na treść oferty zostały przez odwołującego zawarte w Formularzu oferty opatrzonym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dlatego też nie ma podstaw faktycznych ani prawnych do uznania oferty za podlegającą odrzuceniu, co odwołujący z należytą starannością i wnikliwością wykazał.

Argumenty dotyczące bezprawnego zaniechania wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy D z postępowania

Zamawiający postawił warunek zdolności technicznej lub zawodowej udziału w postępowaniu, który stypizował w następujący sposób (Rozdz. V ust. 1 pkt 2 SIWZ):

»O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 i art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 Pzp;

2) spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:
w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie co najmniej dwie usługi drukowania świadczone w postaci „wydruku centralnego" o wartości każdej z nich co najmniej 250 000,00 zł brutto (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych).

Uwaga:

Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości usług z różnych kontraktów w celu uzyskania wartości minimalnej;

- W przypadku kiedy wyżej wymagany przez zamawiającego zakres usługi będzie stanowił część usługi o szerszym zakresie, wykonawca powinien w wykazie usług wyodrębnić usługi, o których mowa w powyższym warunku;

- W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, wymagania odnośnie: zakresu i wartości (co najmniej 250 000,00 zł) wymaganej usługi, dotyczą części kontraktu już zrealizowanego (tj. od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi do upływu terminu składania ofert) i te parametry (zakres, wartość) wykonawca zobowiązany jest podać w wykazie usług;

- W przypadku, gdy wartość zamówienia kontraktu określona jest w innej walucie niż w złotych polskich, zamawiający dokona przeliczenia tej wartości na złote polskie na podstawie średniego kursu złotego w stosunku do walut obcych określonych w Tabeli Kursów Narodowego Banku Polskiego (NBP) na dzień opublikowania Ogłoszenia o Zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeżeli w dniu publikacji Ogłoszenia o Zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (DUUE) nie będzie opublikowany średni kurs walut przez NBP zamawiający przyjmie kurs przeliczeniowy z ostatniej opublikowanej Tabeli Kursów NBP przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w DUUE.

Wykonawca D załączył do oferty wykaz, w którym wykazał 2 usługi:

Referencje 1 - Port Gdańsk

Umowa została zawarta 1.05.2016 r. na trzy lata. Referencje wystawione z datą 22.01.2018 r., czyli „około" połowy odcinka czasu na jaki została zawarta umowa.

Kwota wskazana w referencjach opiewa na kwotę całej umowy 260 000,00 zł netto, czyli 319 800,00 zł brutto, a nie na wartość usług zrealizowanych do czasu wystawienia dokumentu. Nadto należy zauważyć, że umowa na usługę druku wraz z dzierżawą maszyn drukujących, co do zasady wykazuje tę prawidłowość, że w stałych odcinkach czasu (co miesiąc) realizowane są usługi o mocno zbliżonych kwotach. Zatem przyjmując, że średnia wartość usługi, jaka wynika z podzielenia wartości umowy 260 000 zł na 36 miesięcy, to daje miesięczną wartość usługi na poziomie ok. 7 500 zł. Zatem do momentu wystawienia referencji, kwota wykonanych usług opiewa na wartość maksymalną ok. 150 000 zł, a nie na wymaganą wartości 250 000 zł brutto. Więcej, jaka kwota została zgodnie z postawionym warunkiem „skonsumowana z tej umowy" nie wynika także ze złożonego przez wykonawcę D wykazu usług, bo dokument ten nie zawiera informacji w sprawie kwot wykonanych usług o charakterze ciągłym, a nawet dokładnych dat ich realizacji (sic!).

Referencje 2 - Powiat Pruszkowski

Umowa została zawarta od 1.06.2016 r. do 31.10.2019 r. Referencje zostały wystawione z datą 3.01.2018 r., czyli również „w okolicach" trwania połowy kontraktu.

Kwota wskazana w poświadczeniu referencji opiewa na kwotę całej umowy 570 000 zł brutto a nie na wartość zrealizowanej do czasu wystawienia dokumentu. Ergo w żadnym miejscu, czyli zarówno w wykazie usług, jak i w referencji niewykazane zostało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), dokumentami tymi powinny być: wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadał wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

Proste porównanie dokumentów złożonych zamawiającemu z ww. przepisem prawa pozwala postawić wniosek, że zamawiający ma obowiązek wynikający z wyraźnego przepisu prawa zakwestionować moc dowodową tych dokumentów (sic!).

Nadto, co najważniejsze zamawiający nie może żądać ich uzupełnienia lub zmiany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bo oferta wykonawcy D podlega kumulatywnie odrzuceniu w rygorze art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

UWAGA! W tym miejscu odwołujący składa dodatkowe zarzuty o charakterze ewentualnym, uzupełniając ich listę z petitum, ergo odwołujący zarzuca zamawiającemu

zaniechanie wykluczenia wykonawcy D w oparciu o dwie dodatkowe podstawy prawne, tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, gdyż wykonawca ten jak można domniemywać czy to przez zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo wprowadza zamawiającego w błąd, co do kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu bo nie jest - jak widać - w stanie przedstawić wymaganych przez zamawiającego dokumentów na tę okoliczność tj. spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp).

Tak samo kumulatywnie zachodzi przesłanka wykluczenia z pkt 17 ust. 1 art. 24 Pzp, która stanowi, że wyklucza się także wykonawcę, który w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd lub mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co jest okolicznością notoryjną, gdyż zamawiający dokonał przecież wadliwego wyboru oferty tego wykonawcy, a więc - ze skutkiem tego rodzaju, o jakim mowa w ww. przepisie mamy w tym stanie faktycznym do czynienia, co nie wymaga dodatkowego dowodu.

Nadto brak w złożonym wykazie usług jakichkolwiek informacji o datach wykonania umów, ich zakresie, „kamieniach milowych" dotyczących wartości wykonania finansowego umów na dany moment w czasie, dowodzi, że zamawiający nie zweryfikował czy dane usługi zgodnie z obowiązkiem jaki nałożył na wykonawców, zostały wykonane na podstawie jednej umowy czy wielu umów. Tym samym w podobnym zakresie jak powyżej, odwołujący czyni to zarzutem domagając się na tej podstawie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie ww. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Fakt ten sugeruje chociażby to, że w referencjach wystawionych przez Starostwo Powiatowe w Pruszkowie, mowa jest, że umowa najmu została zawarta na okres 41 miesięcy, a w środku referencji, napisano, że umowa w zakresie usługi serwisowej trwa przez okres 42 miesięcy. Tego rodzaju sprzeczności, dowodzą prawdziwość postawionego zarzutu i słuszności żądania wykluczenia wykonawcy D o ww. podstawy prawne.

Kumulatywnie oferta wykonawcy D podlega odrzuceniu w rygorze art. 89 ust. 2 pkt 2 Pzp, bo treść oferty wykonawcy D jest merytorycznie sprzeczna z treścią SIWZ:

Por.: oferta ww. wykonawcy, MFP2 - urządzenia wielofunkcyjne monochromatyczne z obsługą wydruku w formacie do A4.

Lp.	Opis cech wymaganych	Parametry oferowanych urządzeń Należy podać konkretne, jednoznaczne wartości, zakresy itp. oferowanych parametrów
18.	Obsługiwana gramatura papieru: od 70 g/m2 do 200 g/m2	Obsługiwana gramatura papieru: od 60 g/m2 do 200 g/m2

Wykonawca D potwierdził, że oferowane urządzenie obsługuje papier o gramaturze do 200 g/m^2 natomiast w dokumencie złożonym do ww. postępowania znajduje się informacja przeciwna, tj. wg specyfikacji w karcie katalogowej tego urządzenia (w załączeniu), maksymalna gramatura wynosi 199 g/m^2.

Ergo oznacza, to, że wykonawca ten nie spełnia jednego z postawionych wymogów odnośnie przedmiotu zamówienia, a w ślad za tym jego oferta podlega obowiązkowemu odrzuceniu.

Kolejna sprzeczność treści tej oferty z treścią SIWZ dotyczy urządzeń MFP1, parametru z pkt 28 odnośnie tzw. maksymalnego miesięcznego wolumenu kopiowania lub druku dopuszczalnego przez producenta. Zamawiający wymagał minimum 45 000 stron A4, natomiast urządzenia zaoferowane przez wykonawcę D posiadają o wiele mniejszy dopuszczalny wolumen druku, tj. 8 000 stron A4 (rekomendowany), a maksymalny 33 000.

Dowodzi to jednoznacznie, że oferta ta musi zostać kumulatywnie odrzucona jako sprzeczna z treścią SIWZ.

Wymienione w przepisie przesłanki stanowią bezwzględne podstawy wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki, zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Ewentualne zaniechanie zamawiającego oznaczałoby przyzwolenie na czynność prawną (zaniechanie) sprzeczną z prawem i jako taka byłaby ona wprost objęta dyspozycją art. 58 Kc. Ponadto, jeśli na podstawie takiej oferty wykonawca zostałby dopuszczony do podpisania umowy, wówczas pozostałym wykonawcom, których oferty były ważne, przysługiwałoby prawo do wystąpienia o uznanie umowy za bezskuteczną, o co mógłby on wystąpić do Prezesa UZP lub bezpośrednio do sądu (por. roszczenie z art 59 Kc).

Uwzględnienie żądania wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty wypływa z konieczności przestrzegania zasady równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Uznanie oferty wykonawcy D jako ważnej, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie zatem wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty - stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art 5 Kc w zw. z art 14 Pzp jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe.

Reasumując zaniechanie wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty wykonawcy D oznaczałoby także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych tj. (Dz. U. z 2018 r., poz. 1458 z późn. zm.).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 9.05.2019 r. (art. 180

ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 9.05.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

13.05.2019 r. (poniedziałek) wykonawca D złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (art. 186 ust. 1 Pzp) 20.05.2019 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 7, czyli zamawiający uwzględnił odwołanie częściowo.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania:

I. Stanowisko zamawiającego w zakresie zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego z postępowania

Zamawiający ustanowił w Rozdz. X SIWZ wymogi sporządzenia oferty. Ponadto zgodnie z Rozdz. VI ust. 1 SIWZ zamawiający wymagał, aby oferta była sporządzona według wzoru określonego w Załączniku nr 2 do SIWZ stanowiącego »Formularz cenowo-ofertowy«, oraz podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z „Instrukcją Użytkownika" zamieszczoną na Platformie MP w pkt 8 i 18 zostały określone dokumenty, które należy przygotować w postaci elektronicznej i podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Pkt 18 Instrukcji wskazuje dokumenty, które mogą być podpisane w aplikacji, a które dokumenty wykonawcy muszą podpisać poza aplikacją. Poza aplikacją należało podpisać m.in. załączniki wymagane w danym postępowaniu, zgodnie z opisem Kroku 2 „użytkownik podpisuje wymagane w danym postępowaniu załączniki (wyszczególnione w lit. B-G), czyli również Formularz ofertowy sporządzony wg wzoru określonego w Załączniku nr 2 do SIWZ oraz Załącznik nr 7 do SIWZ - Zestawienie parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego.

Zamawiający w toku badania ofert nie mógł zweryfikować czy pliki, figurujące w systemie jako załączniki do elektronicznego Formularza ofertowego zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W związku z tym zamawiający 10.04.2019 r. zwrócił się do podmiotu MP - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. w Warszawie z prośbą o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji (dowód: pismo zamawiającego 2801-111.260.5.2019 z 10.04.2019 r.). W odpowiedzi zamawiający otrzymał pocztą elektroniczną informację od Zespołu Wsparcia MP, potwierdzającą, że funkcjonalność podpisywania Kwalifikowanym Podpisem Elektronicznym dotyczy tylko elektronicznego formularza ofertowego nie dotyczy plików załączanych do tak składanej oferty, a wykonawca musi „wszystkie wymagane dokumenty podpisać poza aplikacją i dołączyć do oferty pliki, które są już oznaczone Kwalifikowanym Podpisem Elektronicznym" (dowód: wydruk z poczty elektronicznej z 10.04.2019 r.).

Stosownie do art. 10a ust. 5 Pzp - oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym JEDZ, sporządza się pod rygorem ich nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu w rozumieniu ustawy o podpisie elektronicznym jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w spawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320) doprecyzowano, że ich przekazanie następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia co najmniej: spełnienie wymagań przewidzianych dla systemu informatycznego w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną, identyfikację podmiotów przekazujących, np. oferty, ustalenie dokładnego czasu i daty odbioru ofert, ochronę przed dostępem do ich treści przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia. Dokumenty elektroniczne przekazywane zatem powinny być za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, natomiast sporządzane w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy o informatyzacji

działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

Zamawiający określając dopuszczalne formaty danych, w jakich mogą zostać złożone dokumenty, skorzystał z katalogu formatów wskazanych w załącznik nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych.

Odwołujący podpisał Formularz ofertowy dostępny w aplikacji na Platformie MP kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wraz z ofertą odwołujący złożył Formularz cenowo-ofertowy sporządzony na druku stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ oraz wypełniony druk stanowiący Załącznik nr 7 - Parametry oferowanych urządzeń i systemu druku podążającego, które jednak nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym i w związku z tym nie były przez zamawiającego oceniane (dowód: oferta odwołującego wraz z załączonymi oświadczeniami i dokumentami).

Brakuje w nim informacji o wysokości miesięcznej ceny ryczałtowej za dzierżawę jednego urządzenia typu MFP1 oraz MFP2 w ramach zamówienia podstawowego. Informacja ta jest niezwykle istotna z uwagi na przyjęty przez zamawiającego we wzorze umowy sposób rozliczenia usługi. Zgodnie z § 6 ust. 7 pkt 4 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ „miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy, w ramach wykonania Przedmiotu Umowy w zakresie zamówienia podstawowego, obejmuje dzierżawę wszystkich użytkowanych urządzeń drukujących". W § 6 ust. 7 pkt 5 wzoru umowy wskazano, że „w ramach wykonania Przedmiotu Umowy w zakresie prawa opcji, miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy obejmuje dzierżawę dodatkowo użytkowanych urządzeń drukujących otrzymanych w zakresie prawa opcji" (w Rozdz. II ust. 6 SIWZ zamawiający zaznaczył, że rozliczenie prawa opcji będzie uruchamiane do wysokości 10% wartości zamówienia podstawowego przy zachowaniu niezmiennych stawek miesięcznych za dzierżawę urządzeń). Dodatkowo w § 6 ust. 7 pkt 6 wzoru umowy zamawiający wskazał, że „w przypadku dzierżawy urządzeń w niepełnym wymiarze miesiąca wynagrodzenie zostanie obliczone proporcjonalnie do faktycznej liczby dni świadczenia dzierżawy urządzeń w danym miesiącu".

Nie mając wiążącej informacji w ofercie odnośnie miesięcznej zryczałtowanej ceny za dzierżawę jednego urządzenia danego typu (prawidłowego oświadczenia woli w tym zakresie), zamawiający nie wiedziałby, w oparciu o jakie ceny cząstkowe rozliczać wykonanie usługi, dla faktycznie użytkowanych urządzeń konkretnego typu i w określonym czasie. Zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie ustalić zryczałtowanej stawki miesięcznej dla każdego z typów urządzeń. O ile jest to możliwe matematycznie w zakresie ogólnych kosztów prawa opcji (10% ceny za wykonanie zamówienia podstawowego) to nie jest możliwe w zakresie ceny za dzierżawę poszczególnych urządzeń w ramach zamówienia podstawowego. Miesięczna zryczałtowana cena za dzierżawę urządzenia wielofunkcyjnego kolorowego A3 (MFP1) jest bowiem inna niż miesięczna zryczałtowana cena za dzierżawę urządzenia wielofunkcyjnego monochromatycznego A4 (MFP2). Ponadto potrzeby zamawiającego w zakresie ilości tych urządzeń w ramach zamówienia podstawowego są różne w ramach każdego typu urządzenia, urządzeń MFP1 ma być 20, a urządzeń MFP2 - 230. Zamawiający nie mógł zatem domniemywać, jakie kwoty miesięczne za każde urządzenie przyjął do obliczeń odwołujący.

Formularz ofertowy wypełniony i złożony przez odwołującego na Platformie MP nie zawiera ponadto nazw i modeli oferowanych urządzeń drukujących MFP1 i MFP2. Zamawiający przyjmując złożoną przez odwołującego ofertę, jako prawidłową, nie miałby żadnej możliwości ustalenia, jakie urządzenia oferuje odwołujący oraz czy urządzenia te spełniają minimalne wymogi w zakresie warunków technicznych i funkcjonalności zamawiającego postawione w SIWZ, tj. wymogi postawione w Załączniku nr 1 do SIWZ - szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Formularz ofertowy wypełniony i złożony przez odwołującego na Platformie MP nie zawiera również nazwy oraz parametrów funkcjonalnych oprogramowania systemu druku podążającego oferowanego przez odwołującego. Zestawienie parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego systemem druku podążającego należało złożyć według wzoru określonego Załącznikiem nr 7 do SIWZ. Wypełniony i podpisany przez wykonawców Załącznik nr 7 był wymagany przez zamawiającego już na etapie składania oferty, co oznacza, że zamawiający nadał mu rangę dokumentu przedmiotowego, stanowiącego jednocześnie treść oferty. Bez niego zamawiający nie mógłby ocenić, czy oferta odwołującego jest zgodna z minimalnymi wymaganiami postawionym w zakresie sprzętu, konfiguracji oprogramowania oraz sposobu realizacji usług w pozostałym zakresie. Formę tego formularza określa zatem przepis art. 10a ust. 5 Pzp, zgodnie z którym dokument taki, jako ofertę, sporządza się w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tymczasem odwołujący złożył Zestawienie parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego

w postaci dokumentu word (plik z rozszerzeniem ,docx), również nieopatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Żaden przepis Pzp nie pozwala na uzupełnianie oferty po upływie terminu składania ofert. Zamawiający na etapie badania oferty odwołującego uznał za nieuprawnione zwrócenie się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści Formularza ofertowego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia te prowadziłyby do nieuprawnionego uzupełnienia oferty i w efekcie zmiany jej treści, co jest ewidentnym naruszeniem przepisów Pzp.

Pliki przesłane zamawiającemu jako załączniki, składające się na ofertę (Formularz cenowo-ofertowy sporządzony wg wzoru określonego w Załączniku nr 2 do SIWZ oraz Załącznik nr 7 do SIWZ - Zestawienie parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego systemem druku podążającego) nie zostały opatrzone kwalifikowanym

podpisem elektronicznym.

Jedyny prawidłowo podpisany przez odwołującego Formularz ofertowy (wypełniony i złożony przez odwołującego na Platformie MP) nie zawiera jednak wszystkich elementów, wymaganych zgodnie z SIWZ, składających się na merytoryczną treść oferty. Wobec powyższych argumentów zamawiający prawidłowo uznał, że odwołujący złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zaś zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający uważa za bezpodstawne i wnosi o oddalenie odwołana w tym zakresie.

II. Stanowisko zamawiającego w zakresie zarzutu bezprawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy D z postepowania

W Rozdziale V SIWZ (sekcja III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu) Zmawiający postawił warunek zdolności technicznej lub zawodowej udziału w postępowaniu, który sprecyzował w następujący sposób:

»1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: [...]

2) spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie co najmniej dwie usługi drukowania świadczone w postaci „wydruku centralnego" o wartości każdej z nich co najmniej 250 000,00 zł brutto (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych).

Uwaga:

- Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości usług z różnych kontraktów w celu uzyskania wartości minimalnej;

- W przypadku, kiedy wyżej wymagany przez zamawiającego zakres usługi będzie stanowił część usługi o szerszym zakresie, wykonawca winien w wykazie usług wyodrębnić usługi, o których mowa w powyższym warunku;

W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, wymagania odnośnie: zakresu i wartości (co najmniej 250 000,00 zł) wymaganej usługi, dotyczą części kontraktu już zrealizowanego (tj. od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi do upływu terminu składania ofert) i te parametry (zakres, wartość) wykonawca zobowiązany jest podać w wykazie usług;

Ocena spełnienia ww. warunku odbywać się będzie metodą spełnia albo nie spełnia. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, że wykonawca spełnia wyżej wymieniony warunek«.

Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu została dokonana na podstawie ww. postanowień SIWZ. Wykonawca D w złożonym w oparciu o art. 26 ust. 1 Pzp wykazie usług wymienił 2 usługi:

1) dzierżawę urządzeń wielofunkcyjnych wraz z systemem druku podążającego oraz kompleksową obsługą serwisową na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. na kwotę 319 800,00 zł brutto;

2) usługę wynajmu urządzeń wielofunkcyjnych wraz z system zarządzania drukiem, systemem druku podążającego oraz kompleksową obsługą serwisową na rzecz Starostwa Powiatowego w Pruszkowie na kwotę 570 000,00 zł brutto.

Zamawiający zbadał Wykaz oraz załączone do niego dowody potwierdzające należyte wykonywanie usług i ustalił, że liczba usług, ich przedmiot oraz zrealizowane wartości brutto są zgodne z opisanym powyżej warunkiem udziału w postępowaniu.

Na dowód, że każda z wymienionych w wykazie usług była należycie wykonywana wykonawca załączył stosowne potwierdzenie.

Z poświadczenia wystawionego 22.01.2018 r. przez Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. wynika, że umowa z wykonawcą D została zawarta 1.05.2016 r. na trzy lata (36 miesięcy). Kwota umowy przekroczy 260 000,00 zł netto, co daje ponad 319 800,00 zł brutto, zamawiający przyjął zatem, podobnie jak odwołujący, że koszty usług w poszczególnych miesiącach będą bardzo zbliżone.

Według obliczeń zamawiającego średnia miesięczna wartość usługi wynosiła około 8 800,00 zł brutto. Oznacza to, że od dnia zawarcia tej umowy do upływu terminu składania ofert (8.04.2019 r.), czyli okresie badanym zgodnie z warunkiem opisanym w Rozdziałem V ust. 1 pkt 2 SIWZ, upłynęło prawie 36 miesięcy. W określonym przez zamawiającego okresie wykonawca zrealizował zatem prawie całą umowę. Dla potrzeb badania dokumentu zamawiający obliczył, że do 1.03.2019 r., tj. przez okres pełnych 35 miesięcy trwania ww. umowy, wykonawca wykonał usługę za kwotę 308 000,00 zł brutto. Kwota zrealizowana przez wykonawcę D mieści się w minimalnych wymaganiach opisanych przez zamawiającego w tym zakresie, wbrew twierdzeniom odwołującego.

Z referencji wystawionych 3.01.2018 r. przez Starostwo Powiatowe w Pruszkowie wynika, że umowa z wykonawcą D została zawarta na okres od 1.06.2016 r. do 31.10.2019 r. Wartość umowy przekracza 570 000,00 zł brutto. Zamawiający, podobnie jak w pierwszym przypadku i podobnie jak odwołujący przyjął, że średnia miesięczna wartość usługi była zbliżona i wynosiła około 13 900,00 zł brutto. Oznacza to, że od dnia zawarcia tej umowy do upływu terminu składania ofert (8.04.2019 r.), czyli w okresie badanym zgodnie z warunkiem opisanym w Rozdziałem V ust. 1 pkt 2 SIWZ, upłynęło prawie 35 miesięcy. Dla potrzeb badania dokumentu zamawiający obliczył, że do 1.03.2019 r., tj. przez okres pełnych 34 miesięcy trwania ww. umowy, wykonawca wykonał usługę za kwotę 472 600,00 zł brutto, co oznacza, że podobnie jak w przypadku pierwszej z usług i wbrew twierdzeniom odwołującego, kwota ta mieści się w minimalnych wymaganiach opisanych przez zamawiającego.

Nie jest prawdą, co podnosi odwołujący, że w złożonym wykazie usług brak jest jakichkolwiek informacji o datach wykonania usług, ich zakresie, „kamieniach milowych dotyczących wartości wykonania finansowego umów na dany moment w czasie". Co prawda w samym Wykazie usług brak jest informacji na temat dat wykonywania usługi, ale wykaz ten należy zawsze rozpatrywać łącznie z innymi dokumentami, które wykonawca zobowiązany jest do tego Wykazu załączyć; w tym przypadku z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług. Z dowodów tych wynikają informacje, które odwołujący odczytał nieprawidłowo. Wynika z nich jasno wartość kontraktu, okres na jaki został zawarty oraz fakt, że usługi wykonywane były na podstawie jednej, a nie kilku umów (zarówno Starostwo Powiatowe w Pruszkowie oraz Zarząd Morskiego Portu Gdańsk SA. posługują się terminem „umowa", a nie „umowy").

W przypadku obu usług dokumenty potwierdzają prawidłową realizację ok. 2/3 każdej umowy. Żądanie przez odwołującego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest zdaniem zamawiającego nadinterpretacją stanu faktycznego. W ocenie zamawiającego nie było żadnych podstaw prawnych, by uznać, że wykonawca D w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca D nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Zamawiający nie miał również podstaw, by uznać, że wykonawca D 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.

Zamawiający przyznaje, że nie wziął pod uwagę, że oba dowody należytego wykonania usług zostały wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, co jest niezgodne z § 4 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 oraz z 2018 r. poz.1993). Gdyby jednak w toku rozprawy Izba przyjęła, że treść oferty wykonawcy D odpowiada treści SIWZ i nie podlega odrzuceniu, zamawiający zobowiązuje się do powtórzenia czynności

badania przesłanek wykluczenia wykonawcy D z postępowania w zakresie spełnienia opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu i wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia aktualnych dokumentów.

Wobec powyższych argumentów zamawiający zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 Pzp (przy niezamierzonym braku wyczerpania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i ewentualnie ust. 4 Pzp) oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający uważa za bezpodstawne.

III. Stanowisko zamawiającego dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy D z postępowania

Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ - parametry oferowanych urządzeń i systemu druku podążającego wymagał aby urządzenia MFP1 (urządzenia wielofunkcyjne kolorowe z obsługą wydruku w formacie do A3) posiadały, tzw. maksymalny miesięczny wolumen kopiowania lub druku dopuszczalny przez producenta: minimum 45 000 stron. Wykonawca D zaoferował urządzenie CANON Image RUNNER C5535i wpisując, że zaoferowane urządzenie posiada maksymalny miesięczny wolumen kopiowania lub druku dopuszczalny przez producenta na poziomie 45 000 stron.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowane urządzenie posiada o wiele mniejszy dopuszczalny wolumen druku, tj. 8 000 stron A4 (rekomendowany), a maksymalny 33 000.

Zamawiający przyjął oświadczenie złożone w wypełnionym Załączniku nr 7 do SIWZ za prawidłowe.

Analizując zarzuty odwołującego zamawiający zwrócił się również do firmy CANON Polska Sp. z o. o. w Warszawie o podanie maksymalnego miesięcznego wolumenu kopiowania lub druku dopuszczalnego przez producenta dla ww. urządzenia. W odpowiedzi firma CANON poinformowała, że: „żywotność urządzenia iRAC 5535i wynosi 2 000 000 wydruków (nie dłużej niż 5 lat). Maksymalne obciążenie miesięczne - jednorazowo (strony A4) dla urządzenia 5535i wynosi 100 000 (jest to parametr typu duty cycle podawany przez większość producentów)"; (dowód: wydruk z poczty elektronicznej z 09.05.2019 r.).

Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ - Parametry oferowanych urządzeń i Systemu Druku podążającego wymagał aby urządzenia MFP2 (urządzenia wielofunkcyjne monochromatyczne z obsługą wydruku w formacie do A4) obsługiwały gramaturę papieru: od 70 g/m^2 do 200 g/m^2. Wykonawca D zaoferował urządzenie CANON Image RUNNER 525i wpisując, że zaoferowane urządzenie obsługuje gramaturę papieru od 60 g/m^2 do 200 g/m^2. Odwołujący zarzucił, że wg specyfikacji w karcie katalogowej tego urządzenia maksymalna gramatura wynosi 199 g/m^2.

Zamawiający przyjął oświadczenie złożone w wypełnionym Załączniku nr 7 do SIWZ za prawidłowe. Analizując zarzuty odwołującego zamawiający zwrócił się również do firmy CANON z pytaniem, czy ww. urządzenie obsłuży papier o gramaturze 200 g/m^2. Do 20.05.2019 r. zamawiający nie otrzymał pisemnej odpowiedzi od producenta urządzenia odnośnie powyższego parametru.

Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy D jest zgodna z treścią SIWZ, nie podlega odrzuceniu i wobec odrzucenia pozostałych ofert wybrał ją jako najkorzystniejszą. Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, naruszenia art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający uważa za bezpodstawne i wnosi o oddalenie odwołana w tym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów szóstego i drugiego.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) zamawiającego:

1) jako załączniki do odpowiedzi na odwołanie - korespondencja z 10.04.2019 r. zamawiającego z firmą MP na wykazanie, że nie wszystkie pliki załączone do oferty odwołującego zostały opatrzone Kwalifikowanym Podpisem Elektronicznym;

2) jako załączniki do odpowiedzi na odwołanie - korespondencja zamawiającego z firmą Canon na wykazanie, że maksymalna wydajność urządzenia oferowanego przez wykonawcę D spełnia wymagania zamawiającego określone w SIWZ;

3) (dowód nr D3) na posiedzeniu z udziałem stron przed otwarciem rozprawy - trzy strony pism (pytania zamawiającego i odpowiedzi firmy Canon) z czterema faksami w sprawie obsługiwania przez model kopiarki oferowany przez wykonawcę D papieru o gramaturze 200 g/1m^2 na wykazanie, że przedmiot oferowany przez wykonawcę D odpowiada przedmiotowi zamówienia określonego przez zamawiającego w SIWZ;

B) odwołującego:

4) (dowód nr D4) na rozprawie - karta katalogowa firmy Canon urządzenia zaoferowanego przez wykonawcę D na wykazanie, że producent rekomenduje wydajność 8 000 do 33 000 wydruków na miesiąc, a nie jak wymagał tego zamawiający 45 000 wydruków na miesiąc;

5) (dowód nr D5) na rozprawie - trzy karty katalogowe urządzeń firmy Canon zaoferowanych przez wykonawcę D, gdzie w języku polskim i angielskim (z fragmentarycznym tłumaczeniem) jest wykazane, że oferowany sprzęt osiąga górny parametr gramatury papieru od 60 do 199 g/1m^2, a zamawiający wymagał - do 200 g/m2;

C) przystępującego:

6) (dowód nr D6) na rozprawie - trzy dokumenty (referencje od zamawiających Zarząd Morskiego Portu Gdańsk i od Powiatu Pruszkowskiego oraz preliminarz płatności wykonawcy D z Powiatem Pruszkowskim) na wykazanie wartości umów referencyjnych i pokazanie braku podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp;

7) (dowód nr D7) na rozprawie - dwa dokumenty od firmy Canon na wykazanie możliwości maksymalnego obciążenia miesięcznego na ponad 100 000 egzemplarzy oraz możliwości obsługiwania gramatury papieru od 70 g/m2 do 200 g/m2, jednak z adnotacją cyt. »w dokumentacji technicznej zakres obsługiwanego papieru podany jest jako 60-199 gramów [...]«.

Izba przedstawia swoje uzasadnienie w innej kolejności niż odwołujący zgłosił zarzuty biorąc pod uwagę przede wszystkim wagę zarzutów mających wpływ na orzeczenie.

W ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D ponieważ treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ - zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Izba stwierdza, że zamawiający wymagał w SIWZ aby wykonawca zaoferował cyt. »Opis cech wymaganych Parametry oferowanych urządzeń Należy podać konkretne, jednoznaczne wartości, zakresy itp. oferowanych parametrów Lp. 18. Obsługiwana gramatura papieru: od 70 g/m^2 do 200 g/1m^2« model kopiarki obsługujący papier o gramaturze od 70 g/m^2 do 200 g/1m^2. Tak też w ofercie oświadczył wykonawca D »Obsługiwana gramatura papieru: od 60 g/m^2 do 200 g/1m2«, jednak wykonawca D w rzeczywistości zaoferował model, który zgodnie z deklaracjami producenta obsługuje papier do 199 g/1m2. Wynika to z dowodu nr D5a - karta katalogowa Canon oferowanego urządzenia str. 3 z 4 cyt. »Obsługiwana gramatura nośników Taca uniwersalna 60-199 g/m^2«, dowodu nr D5b karta katalogowa Canon oferowanego urządzenia w języku angielskim z fragmentarycznym tłumaczeniem na język polski str. 3 z 4 cyt. »Obsługiwana gramatura nośników Taca uniwersalna 60-199 g/m^2«, dowodu nr D5c - karta katalogowa Canon oferowanego urządzenia w języku angielskim z fragmentarycznym tłumaczeniem na język polski, str. 3 z 4 cyt. »Z podajnika ręcznego 60-199 g/m^2«, dowodu nr D7b cyt. »Jako producent zaoferowanego modelu urządzenia Canon IRA 525i oświadczam, że w dokumentacji technicznej zakres obsługiwanego papieru podany jest jako 60-90 gramów, jednak zgodnie z naszymi testami (wydruk 250 stron) maszyna drukuje nawet na papierze 210 gramów«.

Izba stwierdza, że przy tak szczegółowo określnych przez zamawiającego wymaganiach cyt. (»Należy podać konkretne, jednoznaczne wartości«) wykonawca nie może podać danych przybliżonych czy jednostkowo osiąganych wartości, ale wykonawca musi wykazać te osiąganie tych wartości w oficjalnych dokumentach producenta czy dystrybutora. Samo stwierdzenie, nawet producenta, że przeprowadził test na innego rodzaju papierze (210 gram) nie zmienia postanowień kart katalogowych bez dodatkowych zapewnień, np. że w przypadku awarii producent nie będzie brał pod uwagę zmienionej gramatury papieru. Jako że postanowienia SIWZ obowiązują nie tylko wykonawców, ale obowiązują także zamawiającego, zamawiający nie może uznać, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ, jeżeli dane techniczne oferowanego przedmiotu nie w pełni obejmują wymagania zamawiającego, które zostały określone w SIWZ.

W związku z tym Izba uznaje, że treść oferty wykonawcy D nie odpowiada treści SIWZ i dlatego Izba jest zobligowana uznać, że zarzut szósty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D, jako że treść oferty wykonawcy D nie odpowiada treści SIWZ - zasługuje na uwzględnienie.

Izba musi również stwierdzić, za odwołującym, że w rozpoznawanym przypadku chodzi o rozdźwięk między postanowieniami SIWZ a treścią oferty wykonawcy D, który to rozdźwięk nie może być zniwelowany mimo zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Ponadto, odwołujący w zarzucie szóstym wskazał na niezgodność zaoferowanego urządzenia przez wykonawcę D w zakresie parametru z pkt 28 odnośnie tzw. maksymalnego miesięcznego wolumenu kopiowania lub druku dopuszczalnego przez producenta. Zamawiający wymagał minimum 45 000 stron A4, natomiast urządzenia zaoferowane przez wykonawcę D posiadają o wiele mniejszy dopuszczalny wolumen druku, tj. 8 000 stron A4 (rekomendowany), a maksymalny 33 000.

Jednak Izba na postawie przedstawionych dowodów - dowód nr D3 str. 2 z 3 cyt. »Żywotność urządzenia [...] wynosi 2 miliony wydruków (nie dłużej niż 5 lat). Maksymalne obciążenie miesięczne - jednorazowo (strony A4) dla urządzenia [...] wynosi 100 000 [...]« oraz dowód nr D7a oświadczenie producenta cyt. »Jako producent zaoferowanego modelu urządzenia [...] oświadczam, że maksymalne obciążenie miesięczne - jednorazowo (strony A4) [...] wynosi ponad 100 000 [...]«, a więc zdaniem Izby zarzut szósty w zakresie wydajności miesięcznej 45 000 egzemplarzy wydruków formatu A4 nie może zostać uwzględniony ze względu na tak kategoryczną deklarację producenta i to wskazującą na ponad dwukrotnie większą wydajność niż wymagana przez zamawiającego w SIWZ.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp - przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy D, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej - zasługuje na uwzględnienie.

Art. 2 pkt 5 Pzp brzmi »Ilekroć w ustawie jest mowa o [...] najkorzystniejszej ofercie - należy przez to rozumieć ofertę [a] która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo [b] z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt«.

Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Izba stwierdziła konieczność odrzucenia oferty wykonawcy D, o czym wyżej. Zamawiający nie może brać pod uwagę oferty wykonawcy D przechodząc do kolejnej czynności oceny ofert, która to kolejność czynności zamawiającego została unormowana w art. 20 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2] badania i [3] oceny ofert«. Dlatego Izba stwierdza, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż w trakcie oceny ofert oceniał oferty z udziałem oferty wykonawcy D, której to oferty zamawiający nie powinien brać już pod uwagę podczas dokonywania czynności oceny ofert.

W związku z tym Izba uznaje, że zamawiający dokonał oceny i wyboru wszystkich ofert, a w tym oferty wykonawcy D, która wcześniej powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Tym samym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, dlatego zarzut drugi naruszenia art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp - przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy D, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej - zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu siódmego postawionego »ewentualnie gdyby Izba przyjęła, że treść oferty wykonawcy D odpowiada jednak treści SIWZ, to odwołujący zgłasza żądanie ewentualne zobowiązania zamawiającego do wezwania wykonawcy D do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z których będzie wynikało, że wykonawca D spełnia warunki udziału w postępowaniu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wykonane usługi, które miały legitymować spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostały wykonane należycie«, gdyby Izba uznała, że oferta wykonawcy D nie podlega odrzuceniu to oferta ta powinna zostać uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba stwierdza, że nie jest to zarzut, ale żądanie odwołującego tylko postawione w dosyć specyficznej formie cyt. »odwołujący zgłasza żądanie ewentualne zobowiązania zamawiającego do [...]«. Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«. Ponadto „zarzut" ten został uwzględniony przez zamawiającego w »Odpowiedzi na odwołanie« wniesionej do Izby przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy, a Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy D podlega odrzuceniu, a więc w postępowaniu nie powinien mieć zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp i „zarzut" nie był rozpoznawany.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego - nie

zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w rozdz. X SIWZ ustanowił wymogi sporządzania oferty, a w rozdz. VI ust. 1 SIWZ zamawiający wymagał sporządzenia oferty wg wzoru określonego w zał. nr 2 do SIWZ. Ponadto w pkt 18 Instrukcji Użytkownika zamieszczonej na platformie MP przewidzianej do składania ofert zostały wskazane dokumenty, które powinny być podpisane w aplikacji, a które dokumenty wykonawcy muszą podpisać poza aplikacją. Wynika z tego, że poza aplikacją należało podpisać m.in. załączniki wymagane w postępowaniu, zgodnie z opisem kroku 2 użytkownik podpisuje wymagane w danym

postępowaniu załączniki (wyszczególnione w lit. B-G), czyli również »Formularz ofertowy« sporządzony wg wzoru określonego w zał. nr 2 do SIWZ oraz Załącznik nr 7 do SIWZ - »Zestawienie parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego«.

Ze względu na zaistniałe wątpliwości zamawiający 10.04.2019 r. (dowód: nr 1) zwrócił się do podmiotu prowadzącego platformę MP - Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. w Warszawie z prośbą o zweryfikowanie czy pliki, figurujące w systemie jako załączniki do elektronicznego »Formularza ofertowego« zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez odwołującego. W odpowiedzi zamawiający otrzymał pocztą elektroniczną informację od Zespołu Wsparcia MP, potwierdzającą, że funkcjonalność

podpisywania Kwalifikowanym Podpisem Elektronicznym dotyczy tylko elektronicznego formularza ofertowego nie dotyczy plików załączanych do tak składanej oferty, a wykonawca musi „wszystkie wymagane dokumenty podpisać poza aplikacją i dołączyć do oferty pliki, które są już oznaczone Kwalifikowanym Podpisem Elektronicznym".

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 10a ust. 5 Pzp , który to przepis brzmi »Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym« - oferty (sensu largo) sporządza się pod rygorem ich nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w spawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320) wskazano, że przekazanie ofert następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia co najmniej (w szczególności): [1] spełnienie wymagań przewidzianych dla systemu informatycznego w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną, [2] identyfikację podmiotów przekazujących (w szczególności) oferty, ustalenie dokładnego czasu odbioru ofert, [3] ochronę przed dostępem do treści ofert przed upływem terminu ich otwarcia. Dlatego Izba musi stwierdzić, za zamawiającym, że dokumenty elektroniczne powinny być przekazywane za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, natomiast sporządzane w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

Odwołujący podpisał »Formularz ofertowy« kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jednak wykonawcy byli obowiązani z ofertą złożyć »Formularz cenowo-ofertowy« na druku stanowiącym zał. nr 2 do SIWZ oraz wypełniony druk stanowiący zał. nr 7 - Parametry oferowanych urządzeń i systemu druku podążającego, a tych dokumentów odwołujący nie opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym i dlatego nie mogły być te dokumenty oceniane przez zamawiającego podczas badania ofert, zgodnie z wyżej przytaczanym art. 20 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Izby zamawiający musiał skonstatować (co zresztą uczynił zamawiający), że w ofercie odwołującego brakuje informacji o wysokości miesięcznej ceny ryczałtowej za dzierżawę jednego urządzenia MFP1 oraz MFP2 w ramach zamówienia podstawowego, a jest to dla zamawiającego informacja istotna, gdyż opiera się na tym sposób rozliczenia przez zamawiającego usługi podstawowej, a zwłaszcza usługi wynikającej z prawa opcji; § 6 ust. 7 pkt 4 wzoru umowy (zał. nr 6 do SIWZ) stanowi: „miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy, w ramach wykonania Przedmiotu Umowy w zakresie zamówienia podstawowego, obejmuje dzierżawę wszystkich użytkowanych urządzeń drukujących", a § 6 ust. 7 pkt 5 wzoru umowy stanowi „w ramach wykonania Przedmiotu Umowy w zakresie prawa opcji, miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy obejmuje dzierżawę dodatkowo użytkowanych urządzeń drukujących otrzymanych w zakresie prawa opcji" oraz w § 6 ust. 7 pkt 6 wzoru umowy zamawiający ustanowił: „w przypadku dzierżawy urządzeń w niepełnym wymiarze miesiąca wynagrodzenie zostanie obliczone proporcjonalnie do faktycznej liczby dni świadczenia dzierżawy urządzeń w danym miesiącu".

Odwołujący złożył zamawiającemu jako załączniki do oferty pliki, składające się na ofertę (Formularz cenowo-ofertowy sporządzony wg wzoru określonego w zał. nr 2 oraz zał. nr 7 do SIWZ - Zestawienie parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego systemem druku podążającego). Załączniki te nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W związku z tym zamawiający nie dysponował niepodważalną informacją z oferty o miesięcznej zryczałtowanej cenie za dzierżawę jednego urządzenia danego typu. Dlatego zamawiający nie miałby podstaw na jakich cenach cząstkowych rozliczać faktycznie wykonanie usługi i zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie ustalić zryczałtowanej

stawki miesięcznej dla każdego z typów urządzeń. Miesięczna zryczałtowana cena za dzierżawę urządzenia wielofunkcyjnego kolorowego A3 jest bowiem inna niż miesięczna zryczałtowana cena za dzierżawę urządzenia wielofunkcyjnego monochromatycznego A4. Ponadto potrzeby zamawiającego w zakresie liczby tych urządzeń w ramach zamówienia podstawowego są różne (urządzeń do obsługi formatu A3 ma być 20, a urządzeń - A4 - 230. Dlatego zamawiający nie mógł samodzielnie ustalić miesięcznych kwot za każde z urządzeń, które to kwoty miałby przyjąć do obliczeń swojej ceny odwołujący.

Ponadto zamawiający ustalił, że formularz ofertowy wypełniony i złożony przez odwołującego na Platformie MP nie zawiera nazw i modeli oferowanych urządzeń drukujących MFP1 i MFP2. Dlatego zamawiający nie miał możliwości ustalenia, jakie urządzenia oferuje odwołujący oraz czy urządzenia te spełniają minimalne wymogi w zakresie warunków technicznych i funkcjonalności zamawiającego postawionych w załączniku nr 1 do SIWZ - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W formularzu tym odwołujący także zamieścił nazwy oraz parametrów funkcjonalnych oprogramowania systemu druku podążającego, a to było wymagane przez zamawiającego w zał nr 7 do SIWZ. Wypełnienie i podpisanie przez wykonawców zał. nr 7 było wymagany przez zamawiającego już na etapie składania oferty, co wskazuje, że był to dokument przedmiotowy, stanowiącego jednocześnie treść oferty (sensu largo). Bez tego dokumentu zamawiający nie mógł stwierdzić czy oferta wykonawcy jest zgodna z wymaganiami zamawiającego w zakresie sprzętu, konfiguracji oprogramowania oraz sposobu realizacji usług. Dlatego Izba musi stwierdzić, że do formy tego formularza ma zastosowanie przepis art. 10a ust. 5 Pzp, a więc dokument ten wykonawca ma obowiązek sporządzić w postaci elektronicznej i opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jednak odwołujący złożył »Zestawienie parametrów« sprzętu i oprogramowania jedynie w postaci dokumentu word (plik z rozszerzeniem ,docx) i nie opatrzył tego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przepisy Pzp nie pozwalają na uzupełnianie oferty po upływie terminu składania ofert, a zwłaszcza art. 87 ust. 1 Pzp, który brzmi »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«. Słusznie zdaniem Izby, zamawiający badając ofertę odwołującego uznał się za nieuprawnionego do zwrócenia się w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do odwołującego o wyjaśnienie treści Formularza ofertowego, gdyż mogłoby to prowadzić do naruszenia tego art. 87 ust. 1 Pzp. W związku z tym - zdaniem Izby - zamawiający musiał stwierdzić (co też zamawiający uczynił), że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a w treści tej oferty nie ma miejsc, które zamawiający mógłby poprawić w ramach procedury określonej w art. 87 ust. 2 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 Pzp brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie (1) oczywiste omyłki pisarskie, (2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, (3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

Również zdaniem odwołującego postępowanie zamawiającego naruszało art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, które to przepisy brzmią »1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości i »3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«. Odwołujący zamieścił uzasadnienie do tego zarzutu w części odwołania zatytułowanej »Argumenty dotyczące bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego z postępowania«. Jednak ze względu na brak dowiedzenia przez odwołującego, że zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę odwołującego, o czym wyżej, Izba nie może stwierdzić, że zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz zarzutu trzeciego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia (niewykluczenie) wykonawcy D z powołaniem na okoliczność, że wykonawca D nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu w uzasadnieniu odwołania zaniechanie wykluczenia wykonawcy D w oparciu o dwie dodatkowe podstawy prawne, tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, gdyż wykonawca ten jak można domniemywać czy to przez zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo wprowadza zamawiającego w błąd, co do kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bo wykonawca D nie jest w stanie przedstawić wymaganych przez zamawiającego dokumentów na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp brzmią » Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] (12) 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; [...]; (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«.

W rozdz. V SIWZ (sekcja III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu) Zmawiający postawił warunek zdolności technicznej lub zawodowej udziału w postępowaniu, który sprecyzował w następujący sposób:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: [...]

2) spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie co najmniej dwie usługi drukowania świadczone w postaci „wydruku centralnego" o wartości każdej z nich co najmniej 250 000,00 zł brutto (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych).

Uwaga:

- Zamawiający nie dopuszcza sumowania wartości usług z różnych kontraktów w celu uzyskania wartości minimalnej;

- W przypadku, kiedy wyżej wymagany przez zamawiającego zakres usługi będzie stanowił część usługi o szerszym zakresie, wykonawca winien w wykazie usług wyodrębnić usługi, o których mowa w powyższym warunku;

W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, wymagania odnośnie: zakresu i wartości (co najmniej 250 000,00 zł) wymaganej usługi, dotyczą części kontraktu już zrealizowanego (tj. od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi do upływu terminu składania ofert) i te parametry (zakres, wartość) wykonawca zobowiązany jest podać w wykazie usług;

Ocena spełnienia ww. warunku odbywać się będzie metodą spełnia albo nie spełnia. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, że wykonawca spełnia wyżej wymieniony warunek".

Izba stwierdza, że zamawiający dokonał oceny spełnienia tego warunku na podstawie przytoczonych postanowień SIWZ. Wykonawca D w złożonym w oparciu o art. 26 ust. 1 Pzp wykazie usług wymienił 2 usługi:

1) dzierżawę urządzeń wielofunkcyjnych wraz z systemem druku podążającego oraz kompleksową obsługą serwisową na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. na kwotę 319 800,00 zł brutto;

2) usługę wynajmu urządzeń wielofunkcyjnych wraz z system zarządzania drukiem, systemem druku podążającego oraz kompleksową obsługą serwisową na rzecz Starostwa Powiatowego w Pruszkowie na kwotę 570 000,00 zł brutto.

Zamawiający zbadał odpowiedni wykaz usług i dowody potwierdzające należyte wykonywanie usług. Zamawiający ustalił, że liczba usług, ich przedmiot oraz zrealizowane wartości brutto są zgodne z ustanowionym w SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu. Ponadto przystępujący na rozprawie złożył dowód nr D64 referencje z Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. i Zarządu Informatyki Powiatu Pruszkowskiego oraz Preliminarz płatności, z których to dokumentów również wynika, że wykonawca D spełnił warunek w zakresie wartościowym i terminowym.

Odwołujący podnosił, że w złożonym wykazie usług brak jest informacji o datach wykonania usług, ich zakresie, „kamieniach milowych dotyczących wartości wykonania finansowego umów na dany moment w czasie". Izba stwierdza, że rzeczywiście w samym wykazie usług załączonym do oferty wykonawcy D brak jest informacji na temat dat

wykonywania usługi, ale zamawiający wykaz ten rozpatrywał łącznie z innymi dokumentami, które wykonawca D załączył do oferty, a dokumentami tymi były potwierdzenia należytego wykonania usług. Wynika z nich wartość kontraktu, okres na jaki został zawarty oraz fakt, że usługi wykonywane były na podstawie jednej, a nie większej liczby umów.

Dokumenty potwierdziły prawidłową realizację ponad 60% każdej umowy. Dlatego Izba uznaje za bezpodstawne żądanie odwołującego wykluczenia wykonawcy, zwłaszcza na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, gdyż wykonawca D nie wprowadził zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ani w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co mogłoby stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy D na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Izba zauważa, że cyt. z odpowiedzi na odwołanie »Zamawiający przyznaje, że nie wziął pod uwagę, że oba dowody należytego wykonania usług zostały wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, co jest niezgodne z § 4 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 oraz z 2018 r. poz.1993). Gdyby jednak w toku rozprawy Izba przyjęła, że treść oferty wykonawcy D odpowiada treści SIWZ i nie podlega odrzuceniu, zamawiający zobowiązuje się do powtórzenia czynności badania przesłanek wykluczenia wykonawcy D z postępowania w zakresie spełnienia opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu i wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia aktualnych dokumentów«. Jednak wobec stwierdzenia przez Izbę konieczności odrzucenia oferty wykonawcy D zamawiający nie będzie zobligowany do zastosowania procedury uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp ani Izba nie może stwierdzić naruszenia art. 24 ust. 16 lub 17 Pzp, a ponadto wobec deklaracji zamawiającego nie zachodzi przesłanka naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia (niewykluczenie) wykonawcy D z powołaniem na okoliczność, że wykonawca D nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy D w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, gdyż wykonawca D przez zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo bądź lekkomyślność ewentualnie niedbalstwo wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca D nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie uznania oferty wykluczonego wykonawcy D za odrzuconą, bo ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą - nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 4 Pzp brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Izba stwierdza, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy D z postępowania i dlatego nie wykluczył wykonawcy D z postępowania, o czym wyżej w uzasadnieniu oddalenia zarzutu czwartego. Jako że zamawiający zasadnie nie wykluczył wykonawcy D z postępowania, to zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 24 ust. 4 Pzp i uznania oferty wykonawcy D za odrzuconą.

Dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutu piątego naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy D za odrzuconą.

W ocenie Izby, zarzut ósmy naruszenia art. 5, art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 Pzp - przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście - nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 5 Kc brzmi »Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony«.

Art. 58 § 1 i 2 Kc brzmią »§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego«.

Izba stwierdza, że odwołujący nie doprecyzował zarzutu ósmego. Jednak Izba zwraca uwagę, że przepis art. 14 ust. 1 Pzp, na którego zastosowanie powołuje się odwołujący, brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«. Ze względu na zastrzeżenie wyrażone na końcu przepisu art. 14 ust. 1 Pzp (»jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«) przepisy Kodeksu cywilnego mają zastosowanie w wypadku gdy (w tym przypadku) przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Izba ustaliła, że w rozpoznawanym zarzucie - zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy D - ma zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (o czym bliżej w uzasadnieniu uwzględnienia zarzutów drugiego i szóstego), a więc nie można żądać stosowania art. 5 ani art. 58 § 1 i 2 Kc.

Niezależnie od tego którym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 58 Kc trzeba mieć na względzie, że przepisy Pzp precyzyjnie określają wzorzec zachowań zamawiającego (przykładowo zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, o czym stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), zatem odesłanie do przywołanego przepisu Kc jest - w ocenie Izby - zbędne. Dodatkowo odwołujący - zarzucając zamawiającemu obrazę art. 58 § 2 Kc - nie wskazał jakie zasady współżycia społecznego zamawiający naruszył.

Wobec braku możliwości zastosowania przywołanych przez odwołującego przepisów Kodeksu cywilnego Izba musi oddalić zarzut ósmy naruszenia art. 5, art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 Pzp.

Odwołujący wycofał na rozprawie zarzut dziewiąty złamania art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 oraz

z 2001. Nr 28, poz. 319), który stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny. W związku z wycofaniem zarzutu przez odwołującego zarzut nie był rozpoznawany przez Izbą na rozprawie, a postępowanie odwoławcze w tym zakresie Izba umorzyła, zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze«.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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)

Przewodniczący: .....