

Sygn. akt: KIO 2314/20
Sygn. akt: KIO 2316/20

WYROK
z dnia 13 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę:

A. **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** (sygn. akt: KIO 2314/20),

B. **J.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” J.W.** (sygn. akt: KIO 2316/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Administracji Skarbowej w Poznaniu**,

przy udziale:

A. wykonawcy **CELLPOL s.c. G.Ł., M.Ł.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2314/20 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 2316/20 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **J.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” J.W.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2314/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt: KIO 2314/20:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego nr IV pkt 3 lit. a, b, c, e w uzasadnieniu odwołaniu dotyczącego oferowania produktu niezgodnego z SIWZ.
2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od odwołującego - **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** na rzecz zamawiającego - **Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu** kwotę **259 zł 10 gr** (słownie: dwieście pięćdziesiąt dziewięć złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na rozprawę.

II. w sprawie o sygn. akt: KIO 2316/20:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - **J.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” J.W.** i:
 - II.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - II.2. zasądza od odwołującego - **J.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” J.W.** na rzecz zamawiającego - **Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu** kwotę **259 zł 10 gr** (słownie: dwieście pięćdziesiąt dziewięć złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2314/20
Sygn. akt KIO 2316/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Najem i kompleksowa obsługa serwisowa urządzeń wielofunkcyjnych w jednostkach Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz kompleksowa obsługa urządzeń drukujących będących własnością Zamawiającego* numer referencyjny: 3001-ILZ.260.10.2020, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 25 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 100-241146.

Zamawiający w dniu 3 września 2020 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach postępowania, tj. o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę **CELLPOL s.c. G.Ł., M.Ł.**

Sygn. akt KIO 2314/20

Wykonawca - **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** (zwany dalej: „odwołującym

l" lub „GALAXY”) w dniu 14 września 2020 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu, a polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CELLPOL s.c. G.Ł. M. (dalej: „CELLPOL”) i zaniechaniu odrzucenia tej oferty;
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez KC Consulting J.W. (dalej: „KCC”);
- nie udostępnieniu odwołującemu załączników do protokołu postępowania.

W związku z powyższym odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości poprzez uznanie, iż oferta CELLPOL i KCC spełnia wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie zawiera rażąco niskiej ceny i spełnia wymagania równoważności;
2. art. 8 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia ofert i oświadczeń wykonawców CELLPOL i KCC pomimo, iż nie korzystają one z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert CELLPOL i KCC pomimo, iż ceny ofert są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp a w konsekwencji art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – gdyż CELLPOL nie został wykluczony z postępowania pomimo tego, że nie wykazał spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu czym wprowadził zamawiającego w błąd;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez CELLPOL i KCC pomimo, że oferty nie odpowiadają treści SIWZ;
6. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez CELLPOL i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KCC pomimo, iż złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
7. art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez CELLPOL i KCC a następnie uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, iż oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tych ofert, pomimo, iż wykonawcy ci nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący I wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. wydania odwołującemu oferty CELLPOL i wyjaśnień złożonych w toku postępowania;
2. wydania odwołującemu oferty KCC i wyjaśnień złożonych w toku postępowania;
3. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
5. wykluczenia CELLPOL;
6. odrzucenia oferty złożonej przez CELLPOL;
7. odrzucenia oferty złożonej przez KCC;
8. dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I podnosił, co następuje.

W punkcie I uzasadnienia odwołania odwołujący I krótko opisał przebieg postępowania, referując przedmiot zamówienia, kryteria oceny ofert, ilość złożonych ofert oraz treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Reasumując, stwierdził, że jego zdaniem oferty CELLPOL i KCC winny być odrzucone. Odnośnie podniesionych zarzutów odwołujący I powoływał się na następujące kwestie:

II. Rażąco niska cena w ofertach KCC i CELLPOL:

Odwołujący podnosił, że zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Istota tej ustawowej regulacji polega na tym, że brak wyjaśnień - na równi ze złożeniem pozornych lub nieudokumentowanych - obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty (por. art. 90 ust. 3 Pzp). Zamawiający powinien ocenić na ile przedstawione argumenty potwierdzają rynkowy charakter oferty i czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Rzetelne badanie wyjaśnień, jest gwarancją zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym, a także jego proporcjonalności i przejrzystości – zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Dokonywana przez zamawiającego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz okoliczności, na które nie mogą powołać się inni wykonawcy. Element unikalności jest o tyle istotny, iż przedmiot zamówienia jest taki sam dla wszystkich i będzie realizowany w tych samych realiach rynkowych. Odwołujący I wskazał, że konsekwencją tego stanu rzeczy jest to, że każdy z wykonawców użyje podobnych maszyn i urządzeń, zastosuje podobne materiały oraz zatrudni przy produkcji podobną ilość pracowników (pośrednio wynika to z zaoferowanego okresu realizacji).

Odwołujący I powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych podkreślił, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosząc się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz muszą wskazywać na obiektywne czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców. Ponadto stwierdził, że nie może zyskać akceptacji sytuacja, w której niska ceny uzyskiwana jest kosztem zastosowania rozwiązań sprzecznych z SIWZ - co ma miejsce w odniesieniu do konkurencyjnych ofert - w takim przypadku oferta winna być odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 Pzp, ale też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W ocenie odwołującego I wykonawcy CELLPOL i KCC winni wykazać w jaki sposób wykonają zamówienie za kwotę znacząco niższą od kwoty ustalonej przez zamawiającego i osiągną zysk, czego raczej nie uczynili.

Dalej, odwołujący I wskazał, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu złożonych wyjaśnień pomimo tego, iż CELLPOL nie utajnił swych wyjaśnień. Zdaniem odwołującego I praktyka taka jest niezrozumiała.

Reasumując, odwołujący I stwierdził, że:

- a)CELLPOL nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny - nie wykazał, iż oferowany wyrób jest zgodny z wymaganiami zamawiającego
- b)KCC nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny - nie wykazał, iż oferowany wyrób jest zgodny z wymaganiami zamawiającego.
- c)zaproponowane ceny są nierealnymi i nie pozwalają na należyte wykonanie zamówienia.

Ponadto, odwołujący I podał, że ceny zaoferowane przez KCC i CELLPOL są nierealne. Zamawiający wskazał, iż przewiduje skorzystanie z prawa opcji. Jednocześnie w zakresie Zamówienia gwarantowanego przewidział konkretne ilości wydruków, wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 6 i 10. Odwołujący I przytoczył w odwołaniu liczbę gwarantowanych stron wydruku i wskazał, że podane ilości gwarantowane to czwarta część sumy zamówienia gwarantowanego i opcji, przy czym wyliczenie ceny musiało być oparte na danych właściwych dla zamówienia podstawowego, a jak wiadomo opcja jest jedynie... opcją, zdarzeniem możliwym ale niepewnym.

III. Warunki udziału w postępowaniu:

W ramach przedmiotowego zarzutu odwołujący I podnosił, że CELLPOL nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego, a zatem winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Dodał też, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż CELLPOL winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W ocenie odwołującego I złożenie wprowadzającego w błąd oświadczenia stwierdzającego, że warunek jest spełniony winno skutkować wykluczeniem CELLPOL z postępowania i odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący I wskazał, że zgodnie z postanowieniami punktu 5.3. SIWZ wykonawca musiał wykazać się realizacją, w której jednocześnie istniały elementy wskazane przez zamawiającego. Następnie powołał treść punktu 5.3.1. i 5.3.2. SIWZ, tj.:

- „a. Dla pkt 5.3.1) dwie umowy na najem 300.200 urządzeń o wartości nie mniejszej niż 750.000,- zł każda umowa i każda umowa musiała dotyczyć obsługi kompleksowej.
- b. Dla pkt 5.3.2) dwie usługi z oferowanym systemem zarządzania i druku podążającego, co najmniej 5 lokalizacjach przez okres co najmniej 12 miesięcy”.

Odwołujący I podkreślił, że jeżeli realizacja na którą powołuje się CELLPOL nie spełnia kumulatywnie tych wymagań, to nie mogła być „zaliczona” przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego I CELLPOL i wskazany w ofercie podwykonawca nie mają wymaganego, opisanego w SIWZ doświadczenia. CELLPOL na potrzeby wykazania spełnienia warunku „łączy” różne umowy o różnych zakresach nie ma jednak doświadczenia w realizacji o stopniu skomplikowania wskazanym w SIWZ.

IV. Oferowanie produktu niezgodnego z SIWZ

W punkcie tym odwołujący I zawarł kilka zarzutów, przy czym w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9.10.2020 roku oświadczył, iż cofa zarzuty opisane w punkcie IV.3 litera a, b, c, e uzasadnienia odwołania, a podtrzymuje zarzuty opisane w punkcie IV.1 i 2 oraz 3 litera d).

Poniżej przytoczone zostanie wyłącznie uzasadnienie zarzutów z punktu IV uzasadnienia odwołania w zakresie w jakim zostały one podtrzymane przez odwołującego I.

Ad. 1 i 2

Odwołujący I wskazywał, że:

- 1. Zamawiający wymagał dostawy urządzenia Laserowego A4 (mono). Jak sama nazwa wskazuje miało to być urządzenie A4.
- 2. CELLPOL zaoferował w to miejsce urządzenie Sharp MX3071, które jest urządzeniem A3 (większym). Zamawiający wyraźnie określił w którym typie oczekuje urządzenia A3, a w którym A4. Są to różne rodzaje urządzeń. Urządzenie A3 jest urządzeniem wolnostojącym, natomiast A4 jest mniejszym, naburkowanym, lżejszym, mniej energochłonnym. Jest to produkt sprzeczny z wymaganiami i dlatego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie jest to też produkt równoważny.

Ad. 3 litera d)

Odwołujący I podnosił, że CELLPOL zaoferował system wydruków PRINTSCOPE wersja 3.0.10., który to system nie spełnia wymagań zamawiającego.

Odwołujący I przytoczył brzmienie punktu 19 (nie precyzując przy tym jakiego dokumentu ten punkt dotyczy), iż: „19. Oprogramowanie w ramach systemu druku podążającego musi zapewnić następujące funkcjonalności: 1) drukowanie: (...) - możliwość zdefiniowania warunku, przy którym zlecenie druku jest usuwane, np. po wystąpieniu błędu, przy wylogowaniu, przy zalogowaniu innego użytkownika, osobno dla każdego typu błędów (zacięcie, brak papieru, materiały eksploatacyjne, niezgodność papieru)”.

Odwołujący stwierdził, że zaoferowany system w połączeniu z zaoferowanymi urządzeniami nie spełnia tego wymagania. W większości systemów wydruk jest usuwany przy wylogowaniu użytkownika. Printscope w połączeniu z zaoferowanymi urządzeniami nie posiada takiej funkcjonalności.

Sygn. akt KIO 2316/20

Wykonawca – J.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” J.W. (zwany dalej: „odwołującym II” lub „KC Consulting”) w dniu 14 września 2020 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, ergo wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu wykluczenia/odrzucaenia oferty CELLPOL s.c. G.Ł., M.Ł. z siedzibą w Poznaniu.

W związku z powyższym odwołujący II 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. 22 ust. 1 Pzp 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 bezprawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, który stanowi, iż wyklucza się wykonawcę, który: (16) 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) 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;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CELLPOL s.c. G.Ł., M.Ł. z siedzibą w Poznaniu, albowiem treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

6. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, tj. wadliwe dokonanie oceny i badania oferty CELLPOL s.c. G.Ł., M.Ł. z siedzibą w Poznaniu która to oferta winna zostać odrzucona / wykonawca wykluczony na podstawie przesłanek opisanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podnosił, co następuje.

I. Argumenty dotyczące wadliwej oceny i badania oferty oraz bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty/ wykluczenia CELLPOL s.c. G.Ł., M.Ł. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „CELLPOL”).

Odwołujący II stwierdził, że na podstawie okoliczności wskazanych w tym punkcie zachodzą kumulatywnie okoliczności warunkujące czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

W ocenie odwołującego II wskazane przez CELLPOL w ofercie parametry dotyczące „maksymalnego czasu wydruku pierwszej strony” odnoszą się do innego (faktycznego) parametru, tj. „czasu wydruku pierwszej kopii”, a zatem zamawiający na podstawie błędnie wskazanych parametrów w specyfikacji technicznej oferowanych przez wykonawcę wielofunkcyjnych urządzeń drukujących nie był w stanie stwierdzić, czy oferowany parametr odpowiada jego wymaganiom. Odwołujący II podał, że zamawiający w załączniku nr 8 do SIWZ „Specyfikacja techniczna oferowanych przez wykonawcę wielofunkcyjnych urządzeń drukujących”, dla każdego typu urządzenia w kolumnie 1 określił wymagane parametry, a w kolumnie 2 minimalne dla nich wymagania. W odniesieniu do każdego typu urządzeń zamawiający wymagał podania parametru „Maksymalnego czasu wydruku pierwszej strony”, zawartego w sekcji „Parametry druku”. Odwołujący II podkreślił, że CELLPOL w tym polu podał parametr, który w karcie katalogowej oferowanego urządzenia odpowiada za „Czas wykonania pierwszej kopii”. Zauważył przy tym, że zamawiający w osobnym bloku definiuje wymagane parametry w zakresie kopiowania, nie określając jednakże wymagań minimalnych dotyczących maksymalnego czasu uzyskania pierwszej kopii.

Odwołujący II stanowczo podkreślił, że czas wydruku pierwszej strony nie jest tożsamy z czasem otrzymania pierwszej kopii, a CELLPOL wprowadził zamawiającego w błąd przypisując faktyczny czas otrzymania pierwszej kopii parametrowi dotyczącemu maksymalnego czasu wydruku pierwszej strony. Zauważył też, że ewentualne okazanie na rozprawie dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane urządzenia wymaganych parametrów dot. minimalnego czasu wydruku pierwszej strony prowadziłoby do zmiany treści oferty. Odwołujący II dodał ponadto, że w sytuacji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje, obowiązkiem jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 albo 17 Pzp, zaś zastosowanie w takim przypadku instytucji wezwania wykonawcy do złożenia/uzupełnienia dokumentów, wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne.

II. Argumenty dotyczące dokonania 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, wadliwej oceny i badania oferty, bezprawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy CELLPOL s.c. G.Ł., M.Ł. oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący II podniósł, że treść złożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. wykaz usług i oświadczenie o należyтым wykonaniu dostawy oraz umowa z podmiotem, na rzecz którego dostawa została wykonana nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez zamawiającego. Odwołujący II podał, iż zamawiający w SIWZ jako warunek udziału w postępowaniu wskazał, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej dwie usługi obejmujące swym zakresem system zarządzania i druku podążającego, realizowane jednocześnie w co najmniej 5 lokalizacjach zleceniodawcy w ramach jednej umowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca CELLPOL w celu potwierdzenia warunku, o którym mowa powyżej przedłożył wykaz oraz oświadczenie Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Poznaniu.

Odwołujący II podał, że z treści oświadczenia o należyтым wykonaniu zamówienia wynika, że potwierdza ono należyte wykonanie dostawy urządzeń wielofunkcyjnych wraz z systemem zarządzania i druku podążającego do 10 lokalizacji, która to dostawa miała miejsce 9 lipca 2019 roku. Ponadto, przedstawiona w wyniku wyjaśnień umowa zawarta pomiędzy CELLPOL a WZDW w Poznaniu, dotyczy dostawy urządzeń wraz z konfiguracją i przeszkoleniem pracowników z systemu zarządzania wydrukiem. Dodatkowo, odwołujący II zauważył, że CELLPOL w wyjaśnieniach z dnia 31 sierpnia 2020 roku, złożonych zamawiającemu, wskazał, iż po wykonanej dostawie świadczona jest jedynie gwarancja posprzedażowa na dostarczony sprzęt i oprogramowanie. W ramach tej usługi wykonawca wykonuje przeglądy gwarancyjne urządzeń zgodnie z zaleceniami producenta oraz usuwa pojawiające się awarie, wykonuje wsparcie techniczne i aktualizacje dostarczonego systemu zarządzania dokumentami. Umowa ta nie ma charakteru najmu, lecz zakupu ze wsparciem serwisowym, technicznym, powdrożeniowym i aktualizacyjnym. Potwierdza to kopia umowy z WZDW. Odwołujący powołał postanowienia przedmiotowej umowy (§ 4 pkt 1 i 3 oraz § 5).

Odwołujący II podkreślił, że różnice pomiędzy treścią oświadczenia WZDW w Poznaniu i złożonego wykazu przez CELLPOL powinny skłonić zamawiającego do szczególnie wnikliwej weryfikacji dokumentów złożonych przez wykonawcę. Jego zdaniem, w tych okolicznościach koniecznym i zasadnym było zwrócenie się bezpośrednio do podmiotu, na którego rzecz była wykonywana dostawa - zgodnie z dyspozycją § 2 ust. 6 rozporządzenia o dokumentach i art. 26 ust. 2f Pzp. Dodał, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest w okolicznościach niniejszej sprawy niedopuszczalne, gdyż CELLPOL powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Ponadto, zauważył, że 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 złożenia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu zmierzałoby do zastąpienia nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi, co jest niedopuszczalne. Odwołujący II podkreślił stanowczo, że wszystkie opisane zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ kumulatywnie i jednoznacznie dowodzą, że potwierdza się zarzut najdalej idący dotyczący usprawiedliwionego podejrzenia złożenia oświadczenia wprowadzającego w błąd, co mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania. Następnie wskazał, że zawarta w obu przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp 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. Dalej, odwołujący II odniósł się do charakteru informacji objętych dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz omówił kwestie dotyczące podstaw wykluczenia na podstawie powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp. Odwołujący II w powyższym zakresie powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując, odwołujący II podniósł, że na obecnym etapie postępowania bez dokonania wykluczenia/odrzućenia oferty wykonawcy CELLPOL nie da się zawrzeć ważnej umowy, gdyż jakakolwiek umowa, która byłaby zawarta z tym wykonawcą dotknięta byłaby wadą nieważności. Ponadto, wskazał, iż uwzględnienie żądania wykluczenia/odrzućenia oferty wywodzi z konieczności przestrzegania zasady równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Z zasadą uczciwej konkurencji nierozłącznie związana jest zasada równości, zgodnie z którą wszystkich wykonawców należy traktować na równi, z zachowaniem tożsamyh kryteriów wobec wszystkich. W okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający winien oceniać spełnienie warunku udziału w postępowaniu wedle wcześniej sformułowanych przez siebie wymagań i nie może on podczas oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu stosować wykładni rozszerzającej, gdyż działanie to stawia ocenianego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego II, uznanie oferty wykonawcy CELLPOL jako ważnej, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechanie wykluczenia/odrzućenia takiej oferty - stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 Pzp jest niedopuszczalne.

W konsekwencji odwołujący II wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania;
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
3. wykluczenia wykonawcy CELLPOL lub alternatywnie odrzućenia jego oferty;
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Zamawiający w dniu 15 września 2020 roku – za pośrednictwem poczty elektronicznej - przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania.

Pismami z dnia 15 września 2020 roku wykonawca CELLPOL s.c. G.Ł., M.Ł. (zwany dalej: „przystępującym I” bądź „CELLPOL”) zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczyh w sprawach odpowiednio o sygn. akt: KIO 2314/20 oraz o sygn. akt: KIO 2316/20 po stronie zamawiającego.

Ponadto, pismem z dnia 17 września 2020 roku, wykonawca J.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KC Consulting” J.W. (zwany dalej: „przystępującym II” bądź „KC Consulting”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2314/20 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniach odwoławczyh w charakterze uczestników tych postępowań.

W dniu 7 października 2020 roku zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie obu odwołań w całości.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 października 2020 roku przystępujący I złożył pismo procesowe, zawierające jego stanowisko w sprawach o sygn. akt KIO 2314/20 oraz o sygn. akt KIO 2316/20.

Przystępujący I wnosil o odrzućenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2314/20 w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia ofert i oświadczeń wykonawcy, albowiem odwołanie w tym zakresie zostało złożone z uchybieniem terminu, który upłynął w dniu 24.10.2010 roku, gdyż zamawiający poinformował odwołującego I o odmowie udostępnienia informacji w dniu 14 sierpnia 2020 roku. Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, przystępujący I wnosil o pozostawienie bez merytorycznego rozpoznania ww. zarzutu. Ponadto, przystępujący I wnosil o oddalenie obu odwołań w całości jako bezzasadnych.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w obu sprawach materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowań, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, iż odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2314/20 na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 października 2020 r. częściowo wycofał zarzuty odwołania, dotyczące oferowania produktu niezgodnego z SIWZ – opisane w numerze IV uzasadnienia odwołania – tj. zarzuty wskazane w numerze IV punkt 3 litera a, b, c oraz e) uzasadnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2314/20 w odniesieniu do wskazanych powyżej zarzutów, co znalazło swój wyraz w sentencji orzeczenia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, a także z dokumentów przedłożonych przez strony i uczestników postępowań odwoławczych złożonych w toku rozprawy w dniu 9.10.2020 roku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: Najem i kompleksowa obsługa serwisowa urządzeń wielofunkcyjnych oraz oprogramowania zarządzającego wraz z systemem druku podążającego i poufnego w jednostkach Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz kompleksowa obsługa urządzeń drukujących będących własnością zamawiającego wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych i serwisem w/w urządzeń.

Sygn. akt KIO 2314/20

1. Zarzut naruszenia art. 8 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia ofert i oświadczeń wykonawców CELLPOL i KC Consulting pomimo, iż nie korzystają one z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut bezpodstawny.

W pierwszej kolejności ustalono, że ww. zarzut został podniesiony w terminie. Nie jest zarzutem spóźnionym, co podnosił przystępujący I.

Z informacji z dnia 14 sierpnia 2020 roku przekazanej przez zamawiającego odwołującemu I wynika, że zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Jednocześnie zamawiający poinformował, że dokumenty skutecznie zastrzeżone przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostaną udostępnione. Jak oświadczył odwołujący I, zamawiający już po przesłaniu informacji z dnia 14 sierpnia 2020 roku przekazał mu dokumenty, które wcześniej nie zostały udostępnione odwołującemu (tj. pismo przewodnie wykonawcy CELLPOL z dnia 6 sierpnia 2020 roku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – pismo przekazane odwołującemu I w dniu 9 września 2020 roku). W tych okolicznościach Izba uznała, że zasadne jest liczenie terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie od daty przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, co też miało miejsce w tym przypadku.

Następnie należy wskazać, że zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący I nie wskazał w uzasadnieniu odwołania jakichkolwiek okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut naruszenia art. 8 Pzp w odniesieniu do oferty KC Consulting (tym samym zarzut sprowadzał się jedynie do stwierdzenia – wskazanego w *petitum* odwołania - iż oferta ta nie korzysta z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa). Nie można zatem uznać, że odwołujący postawił ww. zarzut w sposób prawidłowy, określony przepisami Pzp. Innymi słowy, Izba uznała, że odwołujący I nie podniósł w sposób skuteczny zarzutu naruszenia art. 8 Pzp w odniesieniu do oferty KC Consulting (pomijając fakt, że odwołujący nie wskazał jednostki redakcyjnej art. 8 Pzp, której naruszenie zarzuca zamawiającemu). Izba stwierdziła, że tak opisany zarzut nie nadawał się do merytorycznego rozpoznania, gdyż odwołujący I go nie sprecyzował.

Natomiast w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę CELLPOL odwołujący I w zakresie ww. zarzutu podnosił tylko, iż: „Zamawiający nie udostępnił odwołującemu złożonych wyjaśnień pomimo tego, iż Cellpol nie utajnił swych wyjaśnień – praktyka taka jest niezrozumiała”.

Jednakże Izba ustaliła, że wykonawca CELLPOL zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do złożonych przez siebie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Dopiero na rozprawie odwołujący I sprecyzował, iż chodzi mu o to, że wykonawca CELLPOL dokonał zastrzeżenia tajemnicy w tym zakresie w sposób nieskuteczny, a po drugie, że CELLPOL nie zastrzegł samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odwołujący I żąda wydania wyjaśnień wykonawcy CELLPOL co najmniej w odniesieniu do tego dokumentu.

W ocenie Izby, powyżej przedstawione stanowisko odwołującego I stanowi wyjście poza granice okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutu, czyli stanowi nieuprawnione jego rozszerzenie, niedopuszczalne na gruncie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert CELLPOL i KC Consulting pomimo, iż ceny ofert są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

oraz

zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez CELLPOL i KC Consulting, a następnie uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, iż oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tych

ofert, pomimo, iż wykonawcy ci nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei z art. 90 ust. 2 i 3 wynika, że:

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
3. 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.

Zarzut się nie potwierdził.

Zamawiający w dniu 30 lipca 2020 roku zwrócił się do wykonawców CELLPOL i KC Consulting w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. Obaj wykonawcy udzieliли obszernych, szczegółowych wyjaśnień i załączyli do nich dowody, zastrzegając przy tym jednocześnie, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, na podstawie przedłożonych wyjaśnień, iż żadna z tych ofert nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że odwołujący I w zasadzie nie sprecyzował zarzutu, posługując się ogólnikowymi stwierdzeniami oraz odwołując się do interpretacji przepisów art. 90 ust. 2 i 3 Pzp i przywołując na poparcie swoich twierdzeń bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. W szczególności odwołujący I nie wskazał na jakiegokolwiek uchybienia jakich mógłby dopuścić się zamawiający przy ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Poza akcentowaniem, iż złożone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe oraz wskazywać na obiektywne czynniki obniżające koszty i zawierać dowody nie przedstawił, żadnych dodatkowych argumentów. Jediną, skonkretyzowaną w miarę okolicznością faktyczną jaką odwołujący I podnosił w ramach ww. zarzutu była kwestia czy wykonawcy kalkulując cenę oparli się na danych właściwych dla zamówienia podstawowego (czy zysk przewidzieli także w sytuacji, gdy nie zostanie uruchomione prawo opcji). Dodatkowo wskazywał odwołujący przy tym na liczby gwarantowanych stron wydruku, nie formułując przy tym dalej idących wniosków, tj. co z podanych liczb ma wynikać, np. graniczny próg ceny itp., w oparciu o który można byłoby badać rzetelność przedstawionych kalkulacji.

Odnosząc się do powyższego, Izba ustaliła, że wykonawca CELLPOL w swoich wyjaśnieniach przedstawił koszty w rozbiciu na zamówienie gwarantowane i zamówienie w ramach prawa opcji. Natomiast wykonawca KC Consulting przedstawiał koszty odnosząc się głównie do gwarantowanego zamówienia podstawowego. Tym samym obaj wykonawcy dokonali kalkulacji kosztów w oparciu o dane właściwe dla zamówienia podstawowego.

Ponadto, odwołujący I w toku rozprawy powoływał się w szczególności na odwrócony ciężar dowodu, wynikający z brzmienia przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, iż: ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko przystępującego – wykonawcy CELLPOL – wyrażone za wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi, XIII Wydział Gospodarczy z dnia 5 grudnia 2016 roku (sygn. akt: XII Ga 1094/16), że odwrócony ciężar dowodu, nie zwalnia odwołującego z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu (czemu odwołujący nie sprostał w ocenie Izby) oraz następnie przedstawienia dowodów przeciwnych wobec tych, które przedstawił wykonawca, którego zaferowana cena jest kwestionowana jako rażąco niska.

W ocenie Izby wykonawcy CELLPOL oraz KC Consulting przedstawili rzetelne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, załączając do nich dowody, a zarzut jest bezpodstawny.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – gdyż CELLPOL nie został wykluczony z postępowania pomimo tego, że nie wykazał spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu czym wprowadził zamawiającego w błąd.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, iż: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

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.

Odwołujący I podnosząc ww. zarzut powołał się na brzmienie punktu 5.3.1 i 5.3.2. SIWZ.

Zarzut nie potwierdził się.

Ustalono, iż punkt 5.3. SIWZ jest o treści następującej:

„5.3. Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności zawodowych (doświadczenia), niezbędnych do wykonywania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy wykonawca wykaże łącznie, że :

1) wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną usługę polegającą na najmie wraz z kompleksową obsługą minimum 200 urządzeń drukujących, o wartości nie mniejszej niż 750 000 zł brutto wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy ta usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie. Pod pojęciem kompleksowej obsługi Zamawiający rozumie w szczególności zapewnienie ciągłości funkcjonowania urządzeń drukujących/wielofunkcyjnych,

serwis, naprawę urządzeń, dostawę materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do ich funkcjonowania. Wymagana wartość usługi obejmuje koszty z tytułu najmu urządzeń oraz kompleksowej obsługi urządzeń jak również może obejmować koszty kompleksowej obsługi urządzeń będących własnością podmiotu zamawiającego pod warunkiem, że w ramach danej umowy co najmniej 200 urządzeń drukujących zostało oddane zleceniodawcy w najem. Do wymaganych wartości usługi nie wlicza się ewentualnych kosztów wykupu od wykonawcy urządzeń czy też oprogramowania (jeżeli koszty te stanowiły odrębny składnik wynagrodzenia). Zamawiający nie dopuszcza możliwości sumowania ilości urządzeń czy też wartości wykonywanych usług realizowanych w ramach kilku (wielu) umów, w celu uzyskania ilości urządzeń czy też wartości usługi wymaganej dla wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału w postępowaniu. W przypadku usługi będącej w trakcie wykonywania, która nie została jeszcze ukończona, Zamawiający wymaga, aby do dnia składania ofert wykonawca faktycznie zrealizował już usługę na wartość minimum 750 000 zł brutto.

2) wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie usługi obejmujące swym zakresem system zarządzania i druku podążającego, realizowane jednocześnie w co najmniej 5 lokalizacjach zleceniodawcy w ramach jednej umowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający nie dopuszcza możliwości sumowania ilości lokalizacji czy też okresu wykonania usług realizowanych w ramach kilku (wielu) umów, w celu uzyskania ilości lokalizacji czy okresu realizacji umów wymaganych dla wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału w postępowaniu. W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, które nie zostały jeszcze ukończone, Zamawiający wymaga, aby do dnia składania ofert wykonawca faktycznie zrealizował już usługi przez okres minimum 12 miesięcy, w ramach odrębnych umów. Zamawiający dopuszcza wykazanie się przez wykonawcę tą samą usługą zarówno dla wykazania spełnienia warunku wskazanego w pkt 1 jak i pkt 2 (jako jedna z dwóch wymaganych usług) pod warunkiem, że usługa równocześnie polegała na: a) najmie (min. 200 urządzeń) wraz z kompleksową obsługą urządzeń drukujących o wartości min. 750 000 zł brutto oraz b) obejmowała swoim zakresem system zarządzania i druku podążającego, realizowany jednocześnie w co najmniej 5 lokalizacjach Zleceniodawcy w ramach jednej umowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy”.

Po pierwsze - jak słusznie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - odwołujący I nie uwzględnił aktualnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w punkcie 5.3 SIWZ (modyfikacja treści SIWZ w tym zakresie została dokonana przez zamawiającego w dniu 23 czerwca 2020 roku). A zatem, już z tych względów zarzut jest chybiony, skoro opiera się o nieaktualne brzmienie postanowień SIWZ.

Po drugie - odwołujący I podnosząc w odwołaniu ww. zarzut wskazywał, że: „Zgodnie z postanowieniami punkt 5.3 SIWZ wykonawca musiał wykazać się realizacją w której jednocześnie istniały elementy wskazane przez Zamawiającego (...) Jeżeli realizacja na którą powołuje się Cellpol nie spełnia kumulatywnie tych wymagań to nie mogła być „zaliczona”. Cellpol i wskazany w ofercie podwykonawca nie mają wymaganego, opisanego w SIWZ doświadczenia. Cellpol na potrzeby wykazania spełnienia warunku „łączy” różne umowy o różnych zakresach nie ma jednak doświadczenia w realizacji o stopniu skomplikowania wskazanym w SIWZ.”.

Tymczasem na rozprawie odwołujący I podnosił, że: „jedna dostawa została wykazana przez podmiot udostępniający, a jedna przez wykonawcę Cellpol. Żaden z tych podmiotów nie spełnia warunków łącznie, a tylko łącznie ich spełnienie potwierdza nabycie doświadczenia poprzez dany podmiot potwierdza ich nabycie.”.

Innymi słowy, zarzut odwołującego I sprowadza się do tego, iż jeden podmiot ma się wykazać realizacją umów w zakresie wynikającym z postawionego warunku, czyli albo CELPOL albo podmiot udostępniający swoje zasoby, a odwołujący I nie kwestionuje tego, że może to nastąpić w ramach dwóch różnych umów, co stanowiło podstawę zarzutu podniesionego w odwołaniu. Okoliczności zaś nowe, podnoszone na rozprawie, jako wychodzące poza granice podniesionego zarzutu, nie mogły stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez CELLPOL i KC Consulting pomimo, że oferty nie odpowiadają treści SIWZ.

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.

Zarzut podlega oddaleniu.

Odwołujący I zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazywał w odwołaniu na kilka niezgodności oferowanego przez CELLPOL produktu z wymaganiami opisanymi w SIWZ (niezgodności te zostały opisane w ramach punktu IV uzasadnienia odwołania). Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 9 października 2020 roku odwołujący I częściowo wycofał zarzuty w tym zakresie, a mianowicie wycofał zarzuty opisane w punkcie IV punkt 3 litera a, b, c, e uzasadnienia odwołania, podtrzymując zarzuty zawarte w punkcie IV punkt 1 i 2 oraz 3 litera d). W zakresie w jakim odwołujący I wycofał zarzuty Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Odnosnie zarzutów podtrzymanych przez odwołującego I.

1) odwołujący I podnosił, że: „Zamawiający wymagał dostawy urządzenia Laserowego A4 (mono). (...) Cellpol zaoferował w to miejsce urządzenie Sharp MX3071, które jest urządzeniem A3 (większym). Zamawiający wyraźnie określił w którym typie oczekuje urządzenia A3 a w którym A4. Są to różne rodzaje urządzeń. Urządzenie A3 jest urządzeniem wolnostojącym, natomiast A4 jest mniejszym, nabiurkowym, lżejszym mniej energochłonnym. Jest to produkt sprzeczny z wymaganiami i dlatego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Nie jest to też produkt równoważny.”.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Nie było sporne, że wykonawca CELLPOL zaoferował urządzenie Sharp MX3071, który jest urządzeniem A3. Sporne było to czy jest ono zgodne z Opisem Przedmiotu Zamówienia.

W załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia – zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób następujący: „*Przedmiotem zamówienia jest najem drukujących urządzeń wielofunkcyjnych wraz z oprogramowaniem zarządzającym oraz z systemem druku podążającego i poufnego (w tym licencjami do oprogramowania) w jednostkach organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz serwisem tych urządzeń obejmującym wymianę wszelkich niezbędnych materiałów eksploatacyjnych, a także kompleksowa obsługa urządzeń drukujących będących własnością Zamawiającego wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych i serwisem w/w urządzeń. Przedmiot zamówienia obejmuje także przeprowadzenie szkoleń dla pracowników Zamawiającego w zakresie zaproponowanego oprogramowania oraz w zakresie systemu druku podążającego.*”

Z kolei w załączniku nr 8 do SIWZ – Parametry techniczne – zamawiający określił Specyfikację techniczną oferowanych przez wykonawcę wielofunkcyjnych urządzeń drukujących (podzielił przy tym urządzenia na 3 typy – w tym Laserowe urządzenia formatu A4 (mono) – dla typu 3).

Izba oddalając zarzut, przychyliła się do stanowiska zamawiającego i przystępującego I, że oferowane przez wykonawcę CELLPOL urządzenie spełnia wszystkie wymagane parametry techniczne, w tym i co do możliwości wykonywania wydruków w formacie A4 oraz co do wymiarów. Izba zważyła też, że w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia zamawiający nie sprecyzował wymagań co do rodzaju urządzenia.

2) Ponadto, odwołujący I podnosił, że: „*Cellpoll zaoferował system wydruków PRINTOSCOPE wersja 3.0.10. - system ten nie spełnia wymagań Zamawiającego (...) 19. Oprogramowanie w ramach systemu druku podążającego musi zapewnić następujące funkcjonalności: 1) drukowanie: (...) - możliwość zdefiniowania warunku, przy którym zlecenie druku jest usuwane, np. po wystąpieniu błędu, przy zalogowaniu innego użytkownika, osobno dla każdego typu błędów (zacięcie, brak papieru, materiały eksploatacyjne, niezgodność papieru).*”

Zaoferowany system w połączeniu z zaoferowanymi urządzeniami nie spełnia tego wymagania. W większości systemów wydruk jest usuwany przy wylogowaniu użytkownika, Printoscope w połączeniu z zaoferowanymi urządzeniami nie posiada takiej funkcjonalności.”

W ocenie Izby także powyższy zarzut nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący I powołał się na nieaktualne brzmienie treści SIWZ.

Po dokonanej w dniu 12 czerwca 2020 roku modyfikacji treści SIWZ został usunięty zapis z punktu 19 Załącznika nr 1 do SIWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia, iż:

„19. Oprogramowanie w ramach systemu druku podążającego musi zapewnić następujące funkcjonalności:

1) drukowanie:

– możliwość zdefiniowania warunku, przy którym zlecenie druku jest usuwane, np. po wystąpieniu błędu, przy wylogowaniu, przy zalogowaniu innego użytkownika, osobno dla każdego typu błędów (zacięcie, brak papieru, materiały eksploatacyjne, niezgodność papieru);”

na który powoływał się odwołujący I podnosząc zarzut niezgodności z SIWZ oferowanego produktu. Zarzut jest bezpodstawny, skoro odwołujący I nie uwzględnił aktualnego brzmienia postanowień SIWZ w tym zakresie.

W odpowiedzi na pytanie numer 8 z dnia 2 czerwca 2020 roku zamawiający wskazał, że wykreśla zapis, o którym mowa powyżej oraz, że zamiarem zamawiającego jest niedopuszczenie do samoczynnego zwolnienia wydruku na urządzeniu po przywróceniu urządzenia do sprawności.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśniał, że zrezygnował z opisanej funkcjonalności oprogramowania w ramach systemu druku podążającego, ponieważ tą samą funkcjonalność może zapewnić urządzenie przez automatyczne kasowanie prac przekazanych do druku po określonym przez administratora czasie. W tym zakresie zarzut nie został podniesiony, a tylko i wyłącznie w odniesieniu do nieaktualnego brzmienia OPZ – iż system zaoferowany przez CELLPOL (Printscope) w połączeniu z oferowanymi urządzeniami nie zapewnia tej funkcjonalności.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie skoro odwołujący I nie uwzględnił aktualnego brzmienia postanowień SIWZ oraz nie objął tym zarzutem okoliczności podnoszonych następnie na rozprawie, a mianowicie, że „*zamawiający pozostawił warunek, iż urządzenia ma zapewniać funkcjonalność usuwania wydruku w momencie wylogowania bądź też awarii.*”

Z uwagi na powyższe Izba oddaliła ww. zarzut.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez CELLPOL i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KC Consulting pomimo, iż złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W tym miejscu, ponownie należy odwołać się do dyspozycji przepisu art. 180 ust. 3 Pzp, z którego wynika w jaki sposób należy konstruować zarzuty, aby mogły one następnie stanowić przedmiot rozpoznania Izby.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010, ze zm.) stanowi, iż: 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladowanie produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w ogóle nie został w jakikolwiek sposób skonkretyzowany przez odwołującego I, nie został uzasadniony żadnymi okolicznościami faktycznymi, a tym samym nie można uznać, że w ogóle został w sposób prawidłowy sformułowany. Odwołujący I jednym zdaniem, odnosząc się do kwestii związanych z rażąco niską ceną kwituje, iż: „Nie może zyskać akceptacji sytuacja, w której niska cena uzyskiwana jest kosztem zastosowania rozwiązań sprzecznych z SIWZ - co ma miejsce w odniesieniu do konkurencyjnych ofert - w takim przypadku oferta winna być odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 pzp ale też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp”.

Wobec powyższego Izba uznała powyższy zarzut za bezpodstawny.

6. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości poprzez uznanie, iż oferta CELLPOL i KC Consulting spełnia wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie zawiera rażąco niskiej ceny i spełnia wymagania równoważności.

W konsekwencji oddalenia pozostałych zarzutów odwołania, oddalić należało również postawiony w pierwszej kolejności zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ramach którego odwołujący I dopatrywał się naruszenia przepisów ustawy poprzez uznanie przez zamawiającego, iż oferty wykonawców CELLPOL i KC Consulting są zgodne z SIWZ, nie zawierają rażąco niskiej ceny i spełniają wymagania równoważności.

Sygn. akt KIO 2316/20

1. Argumenty dotyczące wadliwej oceny i badania oferty oraz bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty/ wykluczenia CELLPOL

W załączniku nr 8 do SIWZ - Specyfikacja techniczna oferowanych przez Wykonawcę wielofunkcyjnych urządzeń drukujących – zamawiający określił dla każdego z 3 typów urządzeń parametr druku – „maksymalny czas wydruku pierwszej strony”.

Odwołujący II zarzucał, iż wykonawca CELLPOL w polu tym podał parametr „czasu wykonania pierwszej kopii”, a nie parametr dotyczący „maksymalnego czasu wydruku pierwszej strony” oraz, że parametry te nie są tożsame na potwierdzenie czego przedłożył wydruki z kart katalogowych wskazujące na różnice w czasach wydruku pierwszej strony i wykonania pierwszej kopii.

Z kolei przystępujący I przedstawił dowód – oświadczenie przedstawiciela producenta urządzenia oferowanego przez niego - firmy Sharp, iż czas wydruku pierwszej strony w urządzeniach Sharp MX-3071 wynosi 4,7 sek. dla wydruku czarno-białego i 6,7 sek. dla wydruku kolorowego. Takie wartości zostały wskazane przez przystępującego I w wykazie zawierającym określenie parametrów technicznych oferowanych urządzeń w polu dotyczącym wskazania „maksymalnego czasu wydruku pierwszej strony”. Jednocześnie przystępujący I wyjaśnił, że w przypadku urządzenia Sharp MX-3071 czasy te są tożsame.

Z uwagi na to, że przystępujący I poparł swoje twierdzenia ww. dowodem, a odwołujący II nie przedstawił dowodów przeciwnych, dotyczących urządzenia oferowanego przez przystępującego I, tj. nie wykazał, że ten parametr jest inny w przypadku urządzenia oferowanego przez CELLPOL, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się. Zatem, odwołujący I nie wykazał, że wykonawca CELLPOL błędnie podał parametr i wprowadził zamawiającego w błąd.

2. Argumenty dotyczące dokonania 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, wadliwej oceny i badania oferty, bezprawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy CELLPOL oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby także ten zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający w punkcie 5.3.2. SIWZ określił, że: „5.3. Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności zawodowych (doświadczenia), niezbędnych do wykonywania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy wykonawca wykaże łącznie, że (...): 2) wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie usługi obejmujące swym zakresem system zarządzania i druku podążającego, realizowane jednocześnie w co najmniej 5 lokalizacjach zleconodawcy w ramach jednej umowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca CELLPOL powołał się na umowę zawartą z Wielkopolskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu. W treści referencji wystawionych w dniu 9 lipca 2020 roku zamawiający - Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu oświadczył, iż dostawa została wykonana należycie, a jej przedmiot stanowiła dostawa urządzeń wielofunkcyjnych z systemem zarządzania i druku podążającego do 10 lokalizacji. W wyjaśnieniach z dnia 31 lipca 2020 roku wykonawca CELLPOL podał, że „W ramach tej umowy Zamawiający zakupił urządzenia wielofunkcyjne Sharp MX3551 wraz z systemem do zarządzania i druku podążającego Papercut. System ten został dostarczony i uruchomiony przez naszą firmę we wskazanych przez zamawiającego lokalizacjach (...). Zgodnie z zapisem §4 pkt.3 umowy nasza firma w ramach ceny sprzedaży jest zobligowana do napraw gwarancyjnych urządzeń przez okres 60-ciu miesięcy oraz do wsparcia systemu zarządzania dokumentami przez okres 36-ciu miesięcy. W ramach tej usługi nasza firma wykonuje przeglądy gwarancyjne urządzeń zgodnie z zaleceniami producenta oraz usuwa pojawiające się awarie. Wykonuje wsparcie techniczne i aktualizacje dostarczonego systemu zarządzania dokumentami (...).” Do wyjaśnień została załączona przedmiotowa umowa.

W ocenie Izby nie ma sprzeczności pomiędzy treścią oświadczenia Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu a wykazem złożonym przez wykonawcę. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego I, iż po pierwsze : świadczenie usługi obejmowało swym zakresem również system zarządzania i druku

podążającego (elementy świadczenia usług w tym zakresie wprost wynikają z postanowień przedmiotowej umowy) oraz, że udzielono 36-miesięcznego wsparcia na system zarządzania wydrukiem, co było integralną częścią dostawy. Z uwagi na to, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie określił jak należy definiować usługi systemu zarządzania i druku podążającego (na potrzeby wykazania doświadczenia wykonawcy), a co więcej zrezygnował w ramach kolejnych modyfikacji treści SIWZ, aby usługi wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku obejmowały swym zakresem oferowany zamawiającemu system zarządzania i druku, Izba uznała, że zarzut w tym zakresie nie potwierdził się

Mając powyższe na względzie Izba postanowiła oddalić oba odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. a) w zw. z § 5 ust. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:.....