

sygn. akt: KIO 244/21

WYROK
z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **MYDIR.PL COMPANY sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, ul. Majkowska 18; 62-800 Kalisz**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych**

z siedzibą w Warszawie, I Oddział w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 12; 60-908 Poznań, przy udziale wykonawcy **A. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PRINT-SOL A. S. Printing Solutions and Service z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU AVI SYSTEM A. M. z siedzibą w Wałbrzychu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MYDIR.PL COMPANY sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, ul. Majkowska 18; 62-800 Kalisz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MYDIR.PL COMPANY sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, ul. Majkowska 18; 62-800 Kalisz**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **MYDIR.PL COMPANY sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, ul. Majkowska 18; 62-800 Kalisz** na rzecz zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, I Oddział w Poznaniu, ul. Dąbrowskiego 12; 60-908 Poznań** kwotę **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: KIO 244/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, I Oddział w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 sierpnia 2020 r., pod nr 2020/S 167-404447.

Dnia 12 stycznia 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 21 stycznia 2021 roku wykonawca MYDIR.PL COMPANY sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 25 ust. 1 pkt 1, art. 25a ust. 1 pkt 1, art. 7 ust. 1 i 3 w zw.

z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 pozostającym w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że przedłożone przez A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU AVI System A. M. (dalej: „*AVI System*”) referencje potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mimo tego, iż w rzeczywistości przedmiotowe referencje poświadczają w swojej treści nieprawdę, a AVI System, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, w związku z czym podlega on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta nie powinna być zostać wybrana jako najkorzystniejsza,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 25a ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 1 pozostającymi

w z w. art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie AVI System z udziału w postępowaniu, mimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej udziału w postępowaniu, przedstawiając referencje poświadczające nieprawdę, w związku z czym podlega on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta nie powinna być zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, a w następstwie jego uwzględnienia o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru oferty AVI System, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,

2) wykluczenia AVI System z udziału w postępowaniu,

3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie art. 573 ustawy Pzp w zw. § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w łącznej kwocie 18.617,00 zł, na którą składają się:

a) uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 zł,

b) poniesione przez odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł,

c) opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł.

Działając na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 531 ustawy Pzp, odwołujący wniósł

o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów załączonych do odwołania, a to:

- 1) informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty doręczonej odwołującemu w dniu 12 stycznia 2021 r. - celem wykazania faktów: podmiotu wyłonionego przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) wykazu usług - celem wykazania faktów: wskazanych przez AVI System, jako wykonanych usług w związku z koniecznością wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, pominięcia
w wykazie okoliczności realizowania także usług dzierżawy urządzeń,
- 3) referencji przedłożonych przez AVI System pochodzących od Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie, Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze oraz poświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Chorzowie - celem wykazania faktów: przedłożonych przez AVI System referencji związanych w związku z koniecznością wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej,
- 4) pisma Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 23 grudnia 2020 z zapytaniem odnośnie wykazu usług,
- 5) odpowiedzi AVI System z dnia 28 grudnia 2020 r.,
- 6) zmodyfikowanego wykazu usług przedłożonego przez AVI System - łącznie celem wykazania faktów: działań podjętych przez zamawiającego służących weryfikacji zgłoszonych przez AVI System usług,
- 7) s.i.w.z. z dnia 14 lutego 2019 r. (3201-ILZ.260.2.2019) na kompleksową obsługę serwisową kserokopiarek, drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych własnych oraz dzierżawę urządzeń kopiujących w Izbie Administracji Skarbowej w Szczecinie, Zachodniopomorskim Urzędzie Celno-Skarbowym oraz w urzędach skarbowych województwa zachodniopomorskiego,
- 8) informacji z otwarcia ofert z dnia 28 marca 2019 r. - łącznie celem wykazania faktów: warunków zamówienia publicznego, na realizację którego powołuje się AVI System,
w tym szczególności realizacji w ramach zamówienia publicznego usługi dzierżawy urządzeń,
- 9) ogłoszenia o udzieleniu zamówienia pod nazwą Obsługa serwisowa urządzeń drukujących oraz dzierżawa urządzeń kopiujących w jednostkach KAS woj. Lubuskiego (0801-ILZ.260.4.2018) z dnia 26 czerwca 2018 r.,
- 10) informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 maja 2018 roku - łącznie celem wykazania faktów: warunków zamówienia publicznego, na realizację którego powołuje się AVI System, w tym szczególności realizacji w ramach zamówienia publicznego usług dzierżawy urządzeń,
- 11) raport o numerze U1/0001275149/2021 dla Printnoston sp. z o.o. sp. k.,
- 12) odpis aktualny z Krajowego Rejestru Sądowego rejestru przedsiębiorców dla Printnoston Fleet sp. z o.o. - łącznie celem wykazania faktów: istniejącego zadłużenia spółki współpracującej z AVI System w realizacji umów na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie oraz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze,
- 13) pisma prezesa zarządu odwołującego z dnia 18 stycznia 2021 r. do Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie,
- 14) pisma prezesa zarządu odwołującego z dnia 18 stycznia 2021 r. do Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze,
- 15) pisma prezesa zarządu odwołującego z dnia 20 stycznia 2021 r. do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Chorzowie - łącznie celem wykazania faktów: podejmowania przez odwołującego działań zmierzających do wykazania nieprawidłowości w działaniu AVI System, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 16) pisma dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie z dnia 20 stycznia 2021 roku celem wykazania faktów: potwierdzenia przez dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie, iż wynagrodzenie wykazane przez AVI System, jako wartość świadczonych usług uregulowane zostało na rzecz obu członków konsorcjum i obejmowało także usługi dzierżawy urządzeń,
- 17) formularza ofertowy przedstawiony przez AVI System - celem wykazania faktów: zadeklarowania przez AVI System w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamiaru wykonywania zamówienia siłami własnymi, bez powierzenia prac podwykonawcom,

Jednocześnie w oparciu o przepisy art. 534 ust. 1 w zw. z art. 531 w zw. z art. 538 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka J.G. adres do doręczeń: (...), celem wykazania faktów: deklaracji ze strony AVI System powierzenia J.G. wykonywania prac w charakterze podwykonawcy wbrew uprzednim deklaracjom składanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym pod numerem 290000/271/4/2020- ZAP.

Na podstawie przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 531 w zw. z art. 536 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o zobowiązanie AVI System do przedstawienia następującej dokumentacji:

- 1) umowy nr 2019/45 zawartą pomiędzy Izbą Administracji Skarbowej w Szczecinie, a konsorcjum firm Printnoston Fleet sp. z o.o. oraz AVI System,
- 2) umowy konsorcjum pomiędzy AVI System, a Printnoston Fleet sp. z o.o.
- 3) umowy, w oparciu o którą AVI System, występował jako podwykonawca w toku realizacji usług w ramach zamówienia publicznego realizowanego na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze,
- 4) faktur VAT wystawionych przez AVI System na Izbę Administracji Skarbowej
w Szczecinie,
- 5) faktur VAT wystawionych przez AVI System na Izbę Administracji Skarbowej
w Zielonej Górze,
łącznie celem wykazania faktów: zakresu prac zrealizowanych przez AVI System w ramach usług świadczonych na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie i Zielonej Górze, wartości usług polegających na serwisie drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych, wartości usług polegających na dzierżawie urządzeń.

Po przedłożeniu w/w dokumentacji, na podstawie przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 531 w zw. z art. 539 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości - celem wykazania faktów: wartości usług serwisu drukarek świadczonych przez AVI System, wartości usług dzierżawy urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych w ramach usług realizowanych przez AVI System na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie oraz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze, udziału AVI System w pracach realizowanych na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie oraz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze.

Na podstawie przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 531 w zw. z art. 536 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o zobowiązanie Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze, ul. Generała Władysława Sikorskiego 2, 65-454 Zielona Góra, do przedstawienia umowy nr 0801-ILZ.023.153.2018.1 pomiędzy Izbą Administracji Skarbowej w Zielonej Górze,

a Printnonstop sp. z o.o. - celem wykazania faktu: wartości usług polegających na serwisie drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych, wartości usług polegających na dzierżawie urządzeń.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że jeżeli stan rzeczy opisany w odwołaniu utrzyma się, w wyniku działań zamawiającego odwołujący się będzie mógł doznać uszczerbku w jego interesach i ponieść realną szkodę. Jak wynika z opisanego w treści odwołania stanu faktycznego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący złożył ofertę ocenioną łącznie na 95,42 pkt, co stanowiło zarazem drugi wynik

w postępowaniu. Nie powinno tym samym budzić wątpliwości, że szkoda poniesiona przez odwołującego wynika z faktu, iż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, polegającego na wykluczeniu AVI System z udziału w postępowaniu, to właśnie oferta odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, iż w ramach zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej od wykonawców w s.i.w.z. wskazano, że wykonawca powinien wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej dwie usługi polegające na świadczeniu usługi serwisowej sprzętu drukującego (drukarek lub urządzeń wielofunkcyjnych), każda realizowana w sposób ciągły przez okres co najmniej 11 kolejnych miesięcy kalendarzowych na kwotę minimum 500.000,00 zł brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego dana usługa została wykonana (lub jest wykonywana), oraz załączeniem dowodów określających czy usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie. Także w treści s.i.w.z. przewidziano,

że w przypadku usługi wykonywanej (tj. nie zakończonej) do uznania spełnienia przez wykonawcę powyższego warunku zaliczona będzie jedynie ta część usługi, która została już wykonana. AVI System przedstawił w ramach swojej oferty wykaz usług, świadczonych na rzecz:

- Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie - usługa kompleksowej obsługi wydruku

i urządzeń drukujących, wartość brutto usługi: 956,793,46 zł,

- Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Chorzowie - świadczenie kompleksowych pogwarancyjnych usług serwisowych dla drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych, wartość brutto usługi: 1.009.299,69 zł,

- Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze - kompleksowa obsługa serwisowa urządzeń drukujących i kopiujących, obejmująca naprawy oraz dostawy materiałów eksploatacyjnych, wartość brutto usługi: 602.259,35 zł.

Do wykazu usług w postępowaniu AVI System przedłożył także referencje od wyszczególnionych powyżej podmiotów.

I tak, Izba Administracji Skarbowej w Szczecinie

w piśmie z dnia 3 grudnia 2020 roku potwierdziła, że AVI System, jako członek konsorcjum, zawarł umowę usługi kompleksowej obsługi wydruku i urządzeń drukujących. Na dzień 3 grudnia 2020 roku zrealizowane miało być 80,70 % przychodu wynikającego z umowy konsorcjum podczas gdy termin składania ofert upływał w dniu 30.09.2020 roku. Izba Administracji Skarbowej w Zielonej Górze w referencjach datowanych na 2 grudnia 2020 roku wskazała, że AVI System, jako podwykonawca realizował kompleksową obsługę serwisową urządzeń drukujących i kopiujących na podstawie umowy nr 0801-ILZ.023.153.2018.1. Według referencji czynności faktyczne związane z wykonywaniem umowy realizowane były bezpośrednio przez AVI System. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Chorzowie, w poświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 roku, wskazał,

że przedmiotem umowy realizowanej przez AVI System było świadczenie kompleksowych pogwarancyjnych usług serwisowych dla drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych eksploatowanych w Oddziałach ZUS w Chorzowie, Częstochowie, Opolu, Sosnowcu oraz Zabrzu. Co istotne, w treści wskazanego poświadczenia stwierdzono, że przedmiotowa umowa wykonywana jest przez AVI System w sposób należyty.

Pismem z dnia 23 grudnia 2020 roku zamawiający wezwał AVI System do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług. Pytania odnosiły się wyłącznie do umów realizowanych na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze i w Szczecinie i w ich ramach i sprowadzały się do ustalenia, czy prace wskazane w wykazie wykonane zostały przez AVI System - jako podwykonawcę lub członka konsorcjum. W piśmie z dnia 28 grudnia 2020 roku, AVI System potwierdził wcześniej zgłoszoną wartość usług oraz czas ich wykonywania. W następstwie wymiany korespondencji i ustaleń pomiędzy zamawiającym,

a AVI System zgłoszona wartość brutto usług świadczonych na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie została zredukowana do 827.846,10 zł.

W ocenie odwołującego, AVI System nie spełnił wymogów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, a przedstawione przezeń referencje oraz poświadczenia nie odzwierciedlają stanu rzeczywistego. Z treści referencji Izby Administracji Skarbowej

w Zielonej Górze wynika, iż AVI System realizował kompleksową obsługę serwisową urządzeń drukujących i kopiujących, obejmującą naprawy oraz dostawy materiałów eksploatacyjnych w okresie od 21.05.2018 r. do 21.05.2020 r. na podstawie umowy nr 0801-ILZ.023.153.2018.1. Umowa zakładała obsługę ponad 900 sztuk urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych. Izba Administracji Skarbowej z siedzibą w Szczecinie treścią referencji potwierdziła, że w dniu 7 czerwca 2019 roku zawarta została umowa nr 2019/45

z konsorcjum firm, w którym członkiem był AVI System. Według treści referencji przedmiotem umowy jest usługa kompleksowej obsługi wydruku i urządzeń drukujących. W okresie realizacji poczynawszy od 1 lipca 2019 r., wszystkie czynności faktyczne związane z jej wykonywaniem, w szczególności związane z zapewnieniem ciągłości pracy urządzeń drukujących, w tym ich naprawy, konserwacje i przeglądy (świadczenie usługi serwisowej drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych) realizowane są bezpośrednio przez firmę AVI System. Zamawiający oświadcza przy tym, że umowa zakłada obsługę ponad 400 sztuk urządzeń drukujących i wielofunkcyjnych, zaś wartość umowy opiewa na kwotę 1.301.274,00 zł brutto, natomiast zrealizowana część umowy na dzień dzisiejszy wynosi 956.793,46 zł brutto (80,70 % przychodu wynikającego z umowy konsorcjum). Izba Administracji Skarbowej

w Szczecinie podała w treści referencji wartość prac na dzień 3 grudnia 2020 roku, nie zaś na dzień 30 września 2020 roku, na który to dzień powinien być oceniany stan rzeczy

w postaci wypełnienia - bądź też nie - przez przystępujących do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jego warunków. Tym samym - w ocenie odwołującego - referencje już w tej płaszczyźnie skonstruowane są nieprawidłowo.

W przypadku obu umów zawartych z Izbami Administracji Skarbowej w referencjach wskazuje się wyłącznie na realizację przez AVI System usług serwisowych drukarek, co nie odpowiada stanowi rzeczywistemu. Zapoznanie się z treścią publicznie dostępnej dokumentacji z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w obu postępowaniach prowadzi do wniosku, iż w ramach obu umów realizowany był nie tylko serwis, ale także dzierżawa urządzeń drukujących, co nie zostało przez AVI System ujawnione ani w jakikolwiek sposób zasygnalizowane w niniejszym postępowaniu. Także w tej płaszczyźnie referencje są więc skonstruowane nieprawidłowo.

Referencje przedstawione przez Izbę Administracji Skarbowej w Szczecinie odnosiły się do umowy zawartej w rezultacie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady postępowania regulowała s.i.w.z. z dnia 14 lutego 2019 r. (3201-ILZ.260.2.2019) na kompleksową obsługę serwisową kserokopiarek, drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych własnych oraz dzierżawę urządzeń kopiujących w Izbie Administracji Skarbowej w Szczecinie, Zachodniopomorskim Urzędzie Celno-Skarbowym oraz w urzędach skarbowych województwa zachodniopomorskiego. Z treści wskazanego powyżej s.i.w.z. wynika, że przedmiot zamówienia podzielony został na cztery części, przy czym możliwe było zarówno składanie ofert częściowych, jak i realizowania poszczególnych części przez różnych wykonawców. W ramach konkretnych części realizowane miały być następujące usługi:

- Część nr I - świadczenie usług serwisowych (Szczecin i okolice). W jej ramach świadczenie kompleksowych pogwarancyjnych usług serwisowych 117 sztuk kserokopiarek, drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych będących własnością zamawiającego, eksploatowanych w określonych komórkach organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie.

- Część nr II - świadczenie usług serwisowych (Koszalin i okolice). W jej ramach świadczenie kompleksowych pogwarancyjnych usług serwisowych 59 sztuk kserokopiarek, drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych będących własnością zamawiającego, eksploatowanych w określonych komórkach organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie.

- Część nr III - dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych (Szczecin i okolice). W jej ramach dostarczanie i zainstalowanie w określonych komórkach organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie 163 sztuk kserokopiarek będących w dyspozycji wykonawcy na jego koszt i ryzyko oraz objęcie ich obsługą polegającą na przeglądach, naprawach oraz na dostawie i wymianie materiałów eksploatacyjnych (w tym m.in. tonerów i części eksploatacyjnych) itp. W zamian za opłatę wyliczaną na podstawie liczby wykonanych wydruków.

- Część nr IV - dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych (Koszalin i okolice). W jej ramach dostarczanie i zainstalowanie w określonych komórkach organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie 58 sztuk kserokopiarek będących w dyspozycji wykonawcy na jego koszt i ryzyko oraz objęcie ich obsługą polegającą na przeglądach, naprawach oraz na dostawie eksploatacyjnych (w tym m.in. tonerów i części eksploatacyjnych) itp. W zamian za opłatę wyliczaną na podstawie liczby wykonanych wydruków.

Wskazane powyżej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zakończyło się wybraniem w ramach wszystkich czterech postępowań, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Printnonstop Fleet sp. z o.o. (lider) i AVI System. Jak wynika z treści informacji z otwarcia ofert, datowanej na 28 marca 2019 r. Konsorcjum Printnonstop Fleet sp. z o.o. i AVI System zaofერowało następujące ceny oferty:

- Część nr I - cena oferty: 248.013,00 zł
- Część nr II - cena oferty: 98.226,00 zł
- Część nr III - cena oferty: 652.177,80 zł
- Część nr IV - cena oferty: 302.857,20 zł

Podobny stan rzeczy można odnotować w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Izbę Administracji Skarbowej w Zielonej Górze pod nazwą Obsługa serwisowa urządzeń drukujących oraz dzierżawa urządzeń kopiujących w jednostkach KAS woj. Lubuskiego (0801-ILZ.260.4.2018). Jak można ustalić w oparciu o Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 26 czerwca 2018 r. przedmiotem zamówienia była „kompleksowa obsługa serwisowa urządzeń drukujących i kopiujących obejmująca naprawy oraz dostawy materiałów eksploatacyjnych, w szczególności: tonerów, bębnow i części zamiennych, umożliwiające wykonanie w okresie realizacji zamówienia wysokiej jakości wydruków oraz udostępnienie urządzeń wraz z ich dostawą, instalacją oraz pełną konfiguracją z systemem na stanowiskach pracy dla użytkowników Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze z podległymi jednostkami woj. Lubuskiego, w zamian za opłatę wyliczoną w oparciu o liczbę wydruków stron formatu A4 wykonanych na tych urządzeniach drukujących”.

Jak wynika z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty datowanej na dzień 8 maja 2018 r., Izba Administracji Skarbowej w Zielonej Górze, w postępowaniu, jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Printnonstop sp. z o.o. sp. k., który to podmiot zaofერował realizację usług:

- Części I - cena oferty: 980.350,90 zł
- Część II - cena oferty: 837.141,05 zł.

Zważywszy na fakt, iż we wskazanych powyżej umowach AVI System działał

w charakterze podwykonawcy bądź członka konsorcjum, a obie umowy kumulowały w sobie także usługi dzierżawy urządzeń.

W związku z powyższymi wątpliwościami dnia 18 stycznia 2021 roku odwołujący na adres Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie oraz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze wystosował pisma ze szczegółowymi pytaniami odnośnie realizowanych przez AVI System usług w ramach zamówień publicznych, w tym w przedmiocie wynagrodzenia za usługi dzierżawy urządzeń. Stosownie do treści udzielonej odpowiedzi wystosowanej przez Izbę Administracji Skarbowej w Szczecinie z dnia 20 stycznia 2021 roku stwierdzono, że w opłacie za świadczone usługi jest uwzględniona dzierżawa urządzeń, a sam zamawiający rozlicza się równolegle z liderem oraz członkiem konsorcjum od marca 2020 roku, podczas gdy wcześniej faktury były wystawiane przez AVI System.

W ocenie odwołującego w rozpatrywanym stanie faktycznym zaktualizowały się przesłanki wykluczenia AVI System z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zamawiający, na skutek zaniechania należytej weryfikacji przedłożonej oferty i wykazu oraz referencji ich nie dostrzegł i wadliwie poczytał ofertę AVI System, jako najkorzystniejszą, wobec czego ten wykonawca został w badanym postępowaniu wyłoniiony niezgodnie z przepisami ustawy.

Zdaniem odwołującego, umowy z Izbą Administracji Skarbowej w Szczecinie oraz Izbą Administracji Skarbowej w Zielonej Górze, zgłoszone przez AVI System na potwierdzenie realizacji usług wymaganych treścią s.i.w.z., nie były realizowane przez AVI System samodzielnie, a wspólnie z innymi członkami konsorcjum bądź przez AVI System w charakterze podwykonawcy. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że doświadczenie wykonawcy nabyte w ramach konsorcjum należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, jego faktycznego wkładu w realizację zadania (wyrok KIO z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: KIO 188/18, LEX nr 2476688). Innym, często pojawiającym się w orzecznictwie KIO stanowiskiem jest przyjęcie, że dany wykonawca (konsorcjant - czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać

absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części - w zależności od brzmienia warunku musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne,

a także w miarę kompleksowe, tj. dotyczyły jak najpełniejszej części tej realizacji (wyrok KIO z dnia 15 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2090/19, wyrok KIO z dnia 22 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2262/19, LEX nr 2760394). Podobne zapatrywanie przedstawiane jest

w orzecznictwie w odniesieniu do doświadczenia zdobywanego jako podwykonawca, przy czym nie należy tracić z pola widzenia rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2009 roku gdzie przyjęto, że doświadczenie badane w ramach warunku udziału

w postępowaniu należy odnosić do wykonawcy, a nie podwykonawcy. Wyłącznie w sytuacji, gdy podwykonawca staje się wykonawcą w ramach tworzonego ze swoim pierwotnym zleceniodawcą konsorcjum ubiegającego się o zamówienie, możliwe jest uwzględnienie takiego doświadczenia podwykonawcy (wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2009, sygn. akt: KIO/UPZ 72/09, LEX nr 486514).

Przenosząc powyższe na realia rozpatrywanej sprawy należy wskazać,

że w postępowaniu w którym wykonawca powołuje się na doświadczenie pochodzące

z przedsięwzięć realizowanych jako członek konsorcjum albo jako podwykonawca należy poddać analizie faktyczny wkład podmiotu w wykonane zadanie. W ocenie odwołującego przeprowadzenie należytej weryfikacji zrealizowanych przez AVI System doprowadziłoby zamawiającego do przekonania, iż ten nie może uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako że nie wypełnia opisanego w punkcie 4.1.1.4 wymogu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Według odwołującego dwie spośród trzech usług przedstawionych przez AVI System w wykazie usług nie powinny zostać uwzględnione jako realizujące wymogi punktu 4.1.1.4 s.i.w.z. Powyższe wynika z faktu, iż:

- w odniesieniu do usług realizowanych na rzecz Izby Administracji Skarbowej

w Szczecinie - według odwołującego wartość usług realizowanych w ramach tego zamówienia publicznego przez AVI System nie osiągnęła pułapu 500.000,00 zł brutto wymaganego treścią s.i.w.z., jako że na wartość usługi przedstawionej przez AVI System, jako kwota 827.460,10 zł składają się także wartość prac niewykonywanych przez AVI System oraz wartość usług dzierżawy urządzeń,

- w odniesieniu do usług realizowanych na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze - według odwołującego wartość usług realizowanych w ramach tego zamówienia publicznego przez AVI System nie osiągnęła pułapu 500.000,00 zł brutto wymaganego treścią s.i.w.z., jako że na wartość usługi przedstawionej przez AVI System, jako kwota 602.259,53 zł składają się także wartość prac niewykonywanych przez AVI System oraz wartość usług dzierżawy urządzeń.

Według odwołującego w rozpatrywanym stanie faktycznym zrealizowane zostały określone treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd przez wykonawcę w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa AVI System w przedmiocie wypełniania przez AVI System warunków udziału

w postępowaniu. W ocenie odwołującego AVI System w wyniku zamierzonego działania wprowadził wykonawcę w błąd w przedmiocie rzeczywistej wartości świadczonych przez ten serwis drukarek. Wprowadzenie w błąd niewątpliwie było następstwem podania nieprawdziwych informacji, nieuwzględniających faktu świadczenia w ramach usług dzierżawy, nie tylko serwisu, będącego przedmiotem zainteresowania zamawiającego. Nie budzi wreszcie wątpliwości odwołującego, że AVI System miał pełną świadomość i wiedzę

o charakterze realizowanych przez niego umów i o fakcie, że umowy te wykonywane były

z innymi podmiotami, obejmując poza serwisem urządzeń także ich dzierżawę. Pomimo tego, wykonawca postanowił powołać się na fakt wykonania wskazanych umów oraz przedstawić zamawiającemu uzyskane w następstwie ich wykonania kwoty wynagrodzenia brutto. Opisane powyżej zachowanie realizuje także przesłanki wyrażone treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jako że w konsekwencji wprowadzenia w błąd zamawiającego nie można przyjąć, by AVI System wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Z ostrożności procesowej odwołujący powołał także przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jako że gdyby nawet przyjąć, że działanie AVI System nie miało charakteru zamierzonego bądź rażącego niedbalstwa, nie powinno budzić wątpliwości, że okoliczności, w przedmiocie których AVI System wprowadził w błąd zamawiającego - realizacja wymogów technicznych lub zawodowych - miały kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nieprawidłowościami dotknięte były także referencje, którym zamawiający dał wiarę w niniejszym postępowaniu. Zgłaszając swoją ofertę AVI System oświadczył, że spełnia warunki określone w s.i.w.z. w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej (w tym doświadczenia) na dzień 30 września 2020 roku. Następnie AVI System przedstawił referencję od Izby Administracji Skarbowej sporządzoną i przedstawiającą stan rzeczy na dzień 3 grudnia 2020 roku, co Izba potwierdziła odwołującemu w piśmie datowanym na 20 stycznia 2021 roku. W ocenie odwołującego ani kwota pierwotnie przedstawiona przez AVI System w załączniku nr 4 - wykazie usług - ani kwota skorygowana nie jest adekwatna do stanu rzeczy na dzień 30 września 2020.

Treść referencji oraz wartość usług przedstawione przez Izby Administracji Skarbowej

w Szczecinie i Zielonej Górze odnoszą się do realizacji przetargu na dzierżawę urządzeń

i serwis, nie na serwis, jak wymagał tego zamawiający. W ramach analizy dokumentacji usług realizowanych na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie odwołujący odnotował 221 urządzeń A3 wielofunkcyjnych, wobec czego znaczna część wykonywanego zadania to koszty dzierżawy, nawet jeżeli urządzenia były używane czy też zamortyzowane.

Przedstawione przez AVI System A. M. referencje były sporządzone nierzetelnie. W piśmie z dnia 20 stycznia 2021 roku dyrektor Izby Administracji Skarbowej

w Szczecinie potwierdził, że nie wie na jakiej zasadzie działało konsorcjum, realizując płatności zarówno jego liderowi, jak i członkowi.

Na marginesie prowadzonych rozważań należy wskazać także inne nieprawidłowości odnotowane przez odwołującego. Odwołujący powziął wiedzę, iż AVI System - wbrew deklaracji poczynionej wprost w treści formularza ofertowego - zamierza korzystać

w procesie wykonywania zamówienia z usług podwykonawców. Wskazaną informację odwołujący uzyskał od p. J.G.

Z treści poświadczenia przedłożonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział

w Chorzowie wynika, że AVI System wykonuje zawartą umowę w sposób należyty. Należy zasygnalizować, że powyższe odnosi się do usług realizowanych na rzecz aż pięciu oddziałów ZUS w Chorzowie, Częstochowie, Opolu,

Sosnowcu oraz Zabrze. Specyfikacja

w postępowaniu przewidywała wymóg „załączenia dowodów określających czy usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie” (pkt 4.1.1.4. s.i.w.z.). Jak natomiast z informacji, którymi dysponuje odwołujący, w dwóch spośród pięciu oddziałów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w których AVI System świadczył usługi w wykonaniu umowy 1073244 z dnia 18 listopada 2019 roku, usługi te świadczone były nienależycie.

W oddziałach ZUS w Opolu i Częstochowie, gdzie były świadczone usługi serwisowe przez AVI System, występowały istotne opóźnienia w realizacji usług serwisowych, średnio stale około 50 urzędzeń oczekiwało na naprawę ponad miesiąc, podczas gdy umownie wyznaczony termin naprawy wynosił dwa dni.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Dodatkowe pisma procesowe w sprawie złożyli także odwołujący oraz przystępujący AVI System.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.

z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Na wstępie Izba odnieść się do zarzutów dotyczących referencji wystawionych przez ZUS w Chorzowie. Odwołujący wskazał, że dysponuje informacjami, że usługi te dla dwóch oddziałów nie były świadczone należycie, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów. Tym samym zarzut ten należało uznać za niepotwierdzony. Nadto wskazać należy, iż zamawiający na rozprawie oświadczył, iż usługa ta nie była brana pod uwagę pod kątem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca nie wykazał minimalnego okresu świadczenia usługi, jakiej wymagał zamawiający, tj. minimum 11 miesięcy.

Izba oddaliła wszystkie zarzuty dotyczące płynności finansowej firmy Printnonstop sp. z o.o. sp.k., jako pozostające bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Za niezasadne Izba uznała również zarzuty dotyczące rzekomego oświadczenia p. J.G.

o zamierzeniu AVI System do korzystania w realizacji przedmiotowego zamówienia

w charakterze podwykonawcy. Po pierwsze bez znaczenia dla rozstrzygnięcia są okoliczności przyszłe i niepewne w zakresie możliwego podwykonawstwa, a po drugie AVI System na rozprawie przedłożył dowód w postaci oświadczenia p. J.G. przeczący powyższej tezie postawionej przez odwołującego.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołującego dotyczące: powołania dowodu z przesłuchania świadka p. J.G. oraz dowodu z opinii biegłego, stwierdzając, że powołane one zostały jedynie dla zwłoki postępowania, niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba oddaliła również wniosek o zobowiązanie AVI System do złożenia określonych dokumentów, albowiem dokumenty te zostały złożone przy piśmie procesowym AVI System, którą to okoliczność, na rozprawie, potwierdził odwołujący.

Izba oddaliła również dowody złożone na rozprawie przez odwołującego, tj. Informację

o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu wykonawcy dotyczącej postępowania prowadzonego przez IAS we Wrocławiu oraz pisma kierowane przez odwołującego do IAS w Szczecinie i Zielonej Górze z wnioskami o udzielenie określonych informacji, albowiem dowody te nie są dowodami istotnymi dla rozstrzygnięcia odwołania. Wynik postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego czy sama treść pytań bez udzielonych odpowiedzi nie mogą stanowić wiarygodnego dowodu w sprawie.

Izba, w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację z postępowania, ofertę wraz dokumentami złożoną przez AVI System, korespondencję prowadzoną przez zamawiającego z AVI System oraz tą prowadzoną przez odwołującego oraz dokumentację złożoną przez AVI System załączoną do pisma procesowego AVI System.

Oceniając zaś podstawowe zarzuty odwołania, Izba w całości oparła się o argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego AVI System, uznając ją za własną. Tym samym stwierdzić należało, iż w ocenie Izby oferta AVI System spełnia wymagania określone w s.i.w.z. i nie zachodzą ustawowe przesłanki do jej odrzucenia oraz uzyskała maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. Wykonawca potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

W s.i.w.z. zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia publicznego może ubiegać się wykonawca spełniający warunki udziału dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 4.1.1.4. s.i.w.z.). Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej dwie usługi polegające na świadczeniu usługi serwisowej sprzętu drukującego (drukarek lub urządzeń wielofunkcyjnych), każda realizowana w sposób ciągły przez okres co najmniej 11 kolejnych miesięcy kalendarzowych na kwotę minimum 500.000,00 zł brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego dana usługa została wykonana (lub jest wykonywana), oraz załączeniem dowodów potwierdzających czy usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie. W przypadku usługi wykonywanej (tj. nie zakończonej) do uznania spełnienia przez wykonawcę powyższego warunku zaliczona będzie jedynie ta część usługi, która została już wykonana.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu AVI System przedstawił wykaz usług, potwierdzający:

1) wykonanie kompleksowej usługi serwisowej urządzeń drukujących i kopiujących

w zakresie naprawy i dostawy materiałów eksploatacyjnych dla Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze w okresie od 21.05.2018 r. do 21.05.2020 r. Wartość brutto zrealizowanej usługi wynosi 602.259,35 zł. Złożone wraz z wykazem referencji z dnia 2.12.2020 r. potwierdzają, że AVI System działając jako podwykonawca realizował kompleksową obsługę serwisową urządzeń drukujących i kopiujących, obejmującą naprawy oraz dostawy materiałów eksploatacyjnych, wszystkie czynności faktyczne związane z wykonaniem usługi były realizowane z należytą starannością bezpośrednio przez AVI System,

2) realizację usługi kompleksowej obsługi wydruku urządzeń drukujących dla Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie od 01.07.2019 r. (usługa nadal realizowana) na kwotę 956.793,46 zł brutto. Złożone wraz z wykazem referencji z dnia 03.12.2020 r. potwierdzają, że AVI System realizuje przedmiot umowy jako członek konsorcjum, wszystkie czynności faktyczne związane z wykonaniem usługi, w szczególności związane z zapewnieniem ciągłości pracy urządzeń drukujących, w tym ich naprawy, konserwacje i przeglądy (świadczenie usługi serwisowej drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych) realizowane są bezpośrednio przez firmę AVI System. Z treści referencji wynika, że wartość umowy opiewa na kwotę 1.301.274,00 zł brutto, natomiast wartość zrealizowanej części umowy na dzień wystawienia referencji (tj. 03.12.2020 r.) wynosi 956.793,46 zł brutto.

Biorąc pod uwagę, że przedmiot umów realizowanych przez AVI System na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze i Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie obejmował swoim zakresem serwis urządzeń drukujących oraz dzierżawę urządzeń, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał AVI System do złożenia wyjaśnień i wykazania, że wartość usługi serwisu urządzeń drukujących zrealizowanej bezpośrednio przez wykonawcę i okres świadczenia przedmiotowej usługi odpowiada warunkom udziału w postępowaniu określonym przez zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie AVI System dostarczył w dniu 28.12.2020 r. wyjaśnienia, w których potwierdził, że:

1) kwota 602.259,35 zł brutto stanowi wartość usług serwisu sprzętu drukującego (drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych) zrealizowanych przez AVI System - jako podwykonawca - na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Zielonej Górze. Usługa serwisu sprzętu drukującego była realizowana nieprzerwanie przez okres powyżej 11 miesięcy

(w okresie od 21.05.2018 r. do 21.05.2020 r.);

2) na dzień składania ofert tj. 30.09.2020 r. wartość usługi serwisu sprzętu drukującego (drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych) wykonanej bezpośrednio przez AVI System (jako członka konsorcjum) na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Szczecinie wyniosła 827.460,10 zł brutto, co odpowiada 80,70% udziału wynikającego z umowy konsorcjum oraz, że świadczy usługę serwisu sprzętu drukującego jako członek konsorcjum przez okres powyżej 11 miesięcy.

Biorąc pod uwagę treść udzielonych wyjaśnień zamawiający wezwał AVI System do poprawienia wykazu usług poprzez podanie prawidłowej kwoty stanowiącej wartość zrealizowanej usługi serwisu urządzeń drukujących wg stanu na dzień składania ofert, zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca dostarczył w dniu 04.01.2021 r. poprawiony wykaz usług.

Za bezpodstawny należy uznać zarzut odwołującego dotyczący nieprawidłowego skonstruowania treści referencji. Referencje wystawione przez IAS w Szczecinie i Zielonej Górze zawierają informację o usługach realizowanych przez AVI System, których zakres obejmuje zarówno serwis urządzeń drukujących (zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu), jak i dzierżawę urządzeń. W orzecznictwie ugruntował się jednolity pogląd wskazujący, iż treść poświadczeń/referencji nie musi w całości potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie taka jest rola tego rodzaju dokumentów. Mają one za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia. Wskazać również należy, że wykonawcy nie mają wpływu na treść wystawianych poświadczeń/referencji, gdyż wystawiane są one przez podmiot od nich niezależny. Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1216/17 „*Odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powielała wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej*”.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, pismo IAS w Szczecinie z dnia 20.01.2021 r. nie podważa wyjaśnień udzielonych w dniu 28.12.2020 r. przez AVI System,

a jedynie potwierdza, że przedmiotem zawartej umowy był serwis i dzierżawa sprzętu drukującego. Żadne stwierdzenie zawarte w piśmie IAS w Szczecinie z dnia 20.01.2021 r. nie potwierdza, że wartość wykonanej przez AVI System usługi serwisowej sprzętu jest niższa niż wartość wymagana przez zamawiającego.

Odwołanie i jego uzupełnienie zawiera rozważania dotyczące postępowań, w których zamawiającym była IAS w Szczecinie i Zielonej Górze, (w których częściowo umową objęta była również dzierżawa urządzeń) i powołuje się na wątpliwości w tym zakresie. Jednak podkreślenia wymaga, że w ramach tych zamówień dostarczane urządzenia były serwisowane przez wykonawcę, a rozliczenie następowało ilością faktycznych wydruków. Dokonana w odwołaniu próba rozdzielenia, że w ramach jednej usługi odrębną część stanowiło wynagrodzenie za dzierżawę, a odrębną część wynagrodzenie za obsługę serwisową ma charakter sztuczny i nie uwzględnia, że usługa ta stanowi jedną ekonomiczną całość. Próba doszukiwania się „na siłę” wartości wynagrodzenia za dzierżawę w wartości wynagrodzenia za całość usługi nie ma uzasadnienia - nie ulega bowiem wątpliwości,

że rozliczenie w ramach umów z IAS w Zielonej Górze i Szczecinie następowało według ilości wydruków.

Zdaniem odwołującego, okolicznością, jaka ma przesądzać o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu jest fakt, że zamówienia publiczne wykonywane na rzecz IAS Szczecin i IAS Zielona Góra obejmowały nie tylko serwis drukarek, ale także dzierżawę drukarek. Zdaniem odwołującego, należałoby zatem ustalić wartość usługi serwisu drukarek (bez dzierżawy) i zweryfikować czy przekracza ona kwotę określoną w pkt 4.1.1.4. s.i.w.z. Odwołujący jest przekonany, że tak obliczona kwota będzie niższa niż 500.000,00 zł, a co za tym idzie, że AVI System winien zostać wykluczony z postępowania.

Zdaniem Izby, niestusne jest założenie odwołującego o konieczności wydzielenia części zamówień, realizowanych na rzecz IAS Szczecin i IAS Zielona Góra, która należąca jest za sam serwis drukarek. Wprawdzie prawdą jest, że zgodnie z 4.1.1.4. s.i.w.z. warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie usług polegających na „świadczeniu usługi serwisowej sprzętu drukującego” (bez dzierżawy), lecz trudno uznać za słuszne tak ścisłe, formalistyczne podejście spełnienia tego warunku. Wiadomym jest, że każdy

z zamawiających stosuje nieco inny zakres usług dotyczących stosowanych urządzeń drukujących, ma inne rozwiązania własnościowe (część zamawiających ma własne urządzenia, inni zamawiający preferują ich dzierżawę, a jeszcze inni stosują model hybrydowy) i inne sposoby rozliczenia, co nie zmienia faktu, że jest to ten sam rodzaj usług. Co przy tym istotne, oczywistym jest, że skoro zamawiający stawiając warunek realizowania usług serwisowych na rzecz innych podmiotów dąży do weryfikacji zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców do realizacji zamówienia, to ma to na celu wykazanie,

że wykonawca wykonywał tego samego rodzaju usługi. To czy dana usługa jest nieco szersza (np. poszerzona o dzierżawę drukarek) niż będąca przedmiotem zamówienia (lecz nadal jest to usługa tego samego rodzaju) nie oznacza, że dany wykonawca nie jest w stanie zrealizować usługi o węższym zakresie. Przeciwnie, dowodzi to, że wykonawca taki posiada zdolności do wykonania zamówienia przedmiotowo szerszego, niż objęte postępowaniem. Wziąwszy zatem pod uwagę wykładnię celowościową warunku określonego w pkt 4.1.1.4. s.i.w.z. i przepisu art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, usługa przedmiotowo szersza zrealizowana przez AVI System, winna tym bardziej przesądzać o udowodnieniu przez niego posiadania zdolności technicznych i zawodowych, a tym samym o spełnieniu warunku określonego w pkt 4.1.1.4. s.i.w.z. Z tego względu, zdaniem Izby, wartość tej usługi (przedmiotowo szerszej winna być obliczana przy uwzględnieniu całości przychodu przypadającego na AVI System).

Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z umową konsorcjum z dnia 28 marca 2019 r. zawartą pomiędzy AVI System a konsorcjantem Printnoston Fleet sp. z o.o., AVI System miał obowiązek wydzierżawienia (co uczynił) jedynie 40 sztuk drukarek spośród 221 sztuk wydzierżawianych IAS Szczecin. Drukarki te zostały umieszczone w jedynie sześciu urzędach skarbowych (w pozostałych urzędach skarbowych dzierżawionych jest 181 sztuk drukarek należących do konsorcjanta Printnoston Fleet sp. z o.o.). Nawet gdyby od kwoty uzyskanej przez AVI System w ramach realizacji zamówienia publicznego IAS Szczecin odjąć wszystkie przychody uzyskiwane przez AVI System z tych sześciu urzędów skarbowych (a przychód ten obejmuje nie tylko opłatę za dzierżawę ale także za serwis urządzeń), to kwota przychodu AVI System z serwisowania urządzeń we wszystkich pozostałych urzędach wnosila na dzień 30 września 2020 r. - 726.095,49 zł brutto (827.460,10 zł brutto - 101.364,61 zł brutto 726.095,49 zł brutto). Nie ulega zatem wątpliwości, że AVI System spełnia warunek określony w pkt 4.1.1.4. s.i.w.z., a tym samym nie podlegał wykluczeniu.

Podobnie sytuacja wygląda w przypadku realizowania przez AVI System - w charakterze podwykonawcy - zamówienia publicznego na rzecz IAS Zielona Góra. Zgodnie z umową współpracy z dnia 28 czerwca 2018 r., AVI System miał dostarczyć urządzenie drukujące w liczbie oraz o specyfikacji uzgodnionej wspólnie przez strony i IAS Zielona Góra (§3 ust. 1 umowy współpracy). Strony uzgodniły, że AVI System dostarczy 20 drukarek (spośród ponad 900) celem ich wydzierżawienia IAS Zielona Góra. Drukarki te zostały zainstalowane w dwóch urzędach.

Tak jak w przypadku IAS Szczecin, nawet gdyby od kwoty uzyskanej przez AVI System w ramach realizacji zamówienia IAS Zielona Góra odjąć wszystkie przychody uzyskiwane przez AVI System z tych dwóch urzędów wnoszące 14.812,88 zł (a przychód ten obejmuje nie tylko opłatę za dzierżawę, ale także za serwis urządzeń), to kwota przychodu AVI System z serwisowania urządzeń we wszystkich pozostałych urzędach wynosiła na dzień 30 września 2020 r. - 587.446 47 zł brutto (602.259,35 zł brutto - 14.812,83 zł brutto 587.446,47 zł). Nie ulega zatem wątpliwości, że AVI System spełnia warunek określony w pkt 4.1.1.4. s.i.w.z., a tym samym nie podlegał wykluczeniu.

W złożonym odwołaniu odwołujący twierdzi także, że AVI System winien zostać przez zamawiającego wykluczony również z tego względu, że wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej udziału w postępowaniu, przedkładając referencje poświadczające nieprawdę.

W dalszej części odwołania, odwołujący wywodzi powyższe, nie tyle z nieprawdziwości referencji, co z (rzekomego) przedstawienia przychodów dotyczących całości zamówienia publicznego realizowanego na rzecz IAS Szczecin (a nie jedynie części przychodu przypadającego na AVI System jako konsorcjanta) oraz przychodów dotyczących całości zamówienia publicznego realizowanego na rzecz IAS Zielona Góra (a nie jedynie części przychodu przypadającego na AVI System jako podwykonawcy), a także z faktu nie wydzielenia wartości usługi serwisowania drukarek z całości świadczonych usług obejmujących, obok czynności serwisowych, także dzierżawę drukarek.

Zdaniem Izby, zarzuty odwołującego są bezzasadne, albowiem okoliczność, że przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz IAS Szczecin AVI System działał, jako konsorcjant, a przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz IAS Zielona Góra, jako podwykonawca, nie była w żaden sposób przez niego ukrywana. Przeciwnie, wynika ona wprost z przedłożonych referencji i wyjaśnień AVI System z dnia 28 grudnia 2020 r. Co przy tym istotne, przedstawione w referencjach, wykazie usług i wyjaśnieniach z dnia 28 grudnia 2020 r. wartości, uwzględniały jedynie tę część przychodu uzyskiwanego z ww. zamówień publicznych, która dotyczy AVI System, jako konsorcjanta i podwykonawcy. Wartości te, znacznie przekraczały kwotę 500.000,00 zł brutto, niezbędną do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Chybione jest także twierdzenie, jakoby AVI System wprowadził zamawiającego w błąd, co do wysokości przychodu osiągniętego w ramach zamówienia publicznego realizowanego na rzecz IAS Szczecin na dzień 30 września 2020 r. Przedstawione przez AVI System referencje obejmowały kwotę określoną na dzień 3 grudnia 2020 r., albowiem to w tym dniu referencje były wystawiane. AVI System, po wezwaniu zamawiającego, wskazał również kwotę przychodu obliczonego na dzień 30 września 2020 r., która to wartość przekraczała wymaganą przez pkt 4.1.1.4. s.i.w.z. kwotę 500.000,00 zł.

Bezpodstawna pozostaje również teza odwołującego o wprowadzeniu zamawiającego w błąd co do tego, że realizowane na rzecz IAS Szczecin i IAS Zielona Góra usługi obejmowały nie tylko serwis urządzeń, ale także dzierżawę urządzeń. Zdaniem Izby, usługa serwisu i dzierżawy urządzeń drukujących, jest tego samego rodzaju usługą, która jest przedmiotem zamówienia, a jej zrealizowanie potwierdza posiadanie przez AVI System zdolności technicznych i zawodowych, tym samym nie sposób też przypisać AVI System rażące niedbalstwo czy lekkomyślność.

Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, dla swego zastosowania wymagają nie tylko by błąd został wywołany, ale także by był tego rodzaju, że wywołuje u zamawiającego błędne wrażenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) lub by błąd miał istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). Zdaniem Izby, zamawiający nie został wprowadzony w błąd, albowiem nawet, gdyby uwzględniać jedynie przypadający na AVI System przychód osiągany z urzędów skarbowych, w których nie znajdują się (dzierżawione) urządzenia AVI System, to w dalszym ciągu AVI System spełniałby warunek, o którym mowa

w pkt 4.1.1.4. s.i.w.z.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się żaden ze stawianych zamawiającemu zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....