Sygn. akt KIO 1847/22

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez wykonawcę SUNTAR

Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya - Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Spółkę Gazownictwa
Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów

przy udziale wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowiaków 44, 02-255 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o.

z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya - Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya - Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya -

Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów na rzecz zamawiającego Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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 1847/22

Uzasadnienie

Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, zwana dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę urządzeń wielofunkcyjnych wraz z ich instalacją oraz dostawą oprogramowania dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie" w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej. Postępowanie jest prowadzone z podziałem na III części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2021 r., pod numerem 2021/S 247-654697.

W dniu 11 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w części II i III, odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części II i III postępowania oraz zatrzymania wadium w zakresie części I, II i III, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy SUNTAR pomimo, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego w SWZ;

ewentualnie

2) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonego wykazu ze wskazaniem konkretnych wad pierwotnie złożonego wykazu;

3) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwanie wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Konica Minolta", do uzupełnienia wykazu usług, a w przypadku braku wskazania innego doświadczenia spełniającego wymagania Zamawiającego - odrzucenie oferty tego wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu;

4) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy wykonawca w przewidzianym terminie złożył podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem prawidłowej interpretacji tego warunku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Konica Minolta

w części II i III,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części II i III,

3) unieważnienia czynności zatrzymania wadium w części I, II i III,

4) ponownego badania i oceny oferty Odwołującego w części II i III, w tym wezwanie

wykonawcy Konica Minolta do uzupełnienia wykazu usług.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy SUNTAR pomimo, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego w SWZ wskazał, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był warunek dotyczący osób skierowanych do

realizacji przedmiotu zamówienia. Z perspektywy Zamawiającego obojętne zatem było czy te same osoby skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia będą zajmowały się konserwacją i serwisem urządzeń z jednej części postępowania czy też wszystkich urządzeń z wszystkich części.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że nie dopuszcza się, aby jedna osoba pełniła w Zespole więcej niż jedną funkcję przy czym Zamawiający dopuszcza dysponowanie tymi samymi osobami we wszystkich częściach zamówienia.

W ocenie Odwołującego tak postawiony warunek udziału w postępowaniu został przez wykonawcę spełniony. Za nieuprawnione należy uznać podnoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia odnośnie łączenia funkcji, w sytuacji gdy bez łączenia funkcji ilość osób wskazanych w złożonych wykazach spełnia wymagania Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że łączne odczytanie złożonych wykazów potwierdza jednoznacznie, iż Odwołujący spełnił ustanowiony warunek udziału w następujący sposób:

A. specjalista ds. logistyki - Pan K. B.

B. specjalista ds. serwisu - Pan P. K. oraz Pan T. S.

C. technik ds. serwisu - Pan D. P., Pan K. Ż., Pan M. B., Pan P. H., Pan R. J., Pan K. K. oraz Pan Ł. K.

Dalej Odwołujący podniósł, że w zakresie opisu warunku techników ds. serwisu Zamawiający posłużył się wskazaniem na oferowane urządzenia w liczbie mnogiej co wskazuje, iż Zamawiający dopuścił, aby w przypadku składania ofert na większą niż jedna cześć Zamówienia łączyć w ramach zespołu techników osoby posiadające uprawnienia producenta różnych urządzeń w zależności od liczby części, na które wykonawca złożył ofertę.

Przyjęcie innego sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu nie znajduje uzasadnienia przy wskazaniu przez Zamawiającego na wykorzystanie tych samych osób na potrzeby spełniania warunku w różnych częściach przedmiotu zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że personel, który ma być skierowany na potrzeby realizacji określonych zadań posiada skończony czasookres pracy, w którym zadania może wykonywać, a więc Zamawiający musiał zakładać przy podpisaniu umowy z jednym wykonawcą na wszystkie części postępowania, że 5 techników ds. serwisu pozwoli na obsługę wszystkich oferowanych urządzeń. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że w odniesieniu do części II i III Odwołujący wskazał osoby posiadające uprawnienia producenta zaoferowanych urządzeń w tych właśnie częściach.

Jednocześnie treść pierwotnie złożonego wykazu, w którym Pan K. B. został wskazany jako specjalista ds. serwisu i logistyki oraz treść wezwanie Zamawiającego z dnia 30.03.2022 r. (gdzie tej okoliczności w żaden sposób nie zakwestionowano) potwierdza, że zakaz łączenia funkcji dotyczył tylko okoliczności wskazania mniejszej liczby osób niż minimalna wymagana. Tym samym stanowi wyraz nadmiernego formalizmu odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji gdy łączenie funkcji nie jest niezbędne do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonego wykazu ze wskazaniem konkretnych wad pierwotnie złożonego wykazu Odwołujący podniósł, że w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy, że przed odrzuceniem, w którym Zamawiający jako podstawę wskazał okoliczności łączenia funkcji w sposób w jaki zostało to dokonane w pierwotnie złożonym wykazie Zamawiający winien dokonać ponownego (prawidłowego) wezwania do uzupełnienia wykazu osób w podziale na każdą z części postępowania, które powinny być procedowane odrębnie. Należy zauważyć, że w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd dotyczący jednokrotności wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (dawniej art. 26 ust. 3), jednakże jednokrotność ta powinna być interpretowana pod kątem treści wezwania. Tym samym Zamawiający winien dokonać podziału wezwania, odrębnie dla każdej z części postępowania w taki sposób, aby wezwanie odpowiadało podziałowi warunków udziału na część I, II i III.

Ponadto podniósł, iż dokonując wezwania z dnia 30.03.2022 r. Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, że łączenie funkcji przez Pana K. B. w przypadku wskazania większej liczby osób niż wymagana jest działaniem nieuprawionym na gruncie SWZ. Tym samym jeśli Zamawiający zmienił swoją interpretację warunku pomiędzy 30.03.2022 r. a 09.05.2022 r. lub jeśli w wezwaniu popełniono błąd nie wskazując na wadliwość wykazu w tym zakresie to Zamawiający winien dokonać ponownego wezwania do uzupełnienia wykazu osób ze wskazaniem wszystkich okoliczności w jego ocenie wadliwych w taki sposób aby nie

wprowadzać wykonawcy w błąd.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy

Konica Minolta do uzupełnienia wykazu usług, a w przypadku braku wskazania innego doświadczenia spełniającego wymagania Zamawiającego - odrzucenie oferty tego wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu Odwołujący podniósł m.in., iż złożone przez wykonawcę Konica Minolta podmiotowe środki dowodowe - wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Co więcej z treści wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę wynika, że żadna ze wskazanych usług nie spełniała warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy Konica Minolta żadna z usług wskazanych w wykazie nie spełnia wymogu minimum 3-letniego serwisu (przyjmowania i obsługi zgłoszeń helpdesk) co skutkować musi wezwaniem wykonawcy Konica Minolta do uzupełnienia wykazu usług w tym zakresie (dotychczasowe wezwanie nie obejmowało wezwania do uzupełnienia wykazu w opisanym powyżej zakresie).

Nie może przy tym ulegać wątpliwości, że ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu ma dotyczyć właściwości wykonawców na dzień składania ofert, a więc wymaganie to musi być bezwzględnie spełnione w dniu upływu terminu składania ofert w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu naruszenia 16 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy

wykonawca w przewidzianym terminie złożył podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem prawidłowej interpretacji tego warunku Odwołujący podniósł, że zarzut ten stanowi konsekwencje zarzutów z pkt. I i II uzasadnienia odwołania. Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje

wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie

złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o

którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze spełnienie warunków udziału w postępowaniu w części II i III brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a co za tym idzie brak jest jakichkolwiek podstaw do zatrzymania wadium w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że Izba posiada kognicję do rozpoznania tego zarzutu bowiem rozstrzyga jednocześnie o prawidłowości czynności, którego stały się podstawą do zatrzymania wadium. Co jednak najważniejsze podstawy ustawowe do zatrzymania wadium należy interpretować w sposób ścisły. W treści przepisów prawa brak jest podstaw do zatrzymania wadium w przypadku złożenia podmiotowych środków dowodowych, ale w sposób niezadowalający Zamawiającego. Co więcej jako podstawę zatrzymania wadium Zamawiający nie wskazał okoliczności opisanej w przepisach - tj. braku złożenia podmiotowych środków dowodowych. Tym samym zarówno w części I, jak i II i III Zamawiający nie był uprawniony do zatrzymania wadium bowiem nie zaistniała żadna z przesłanek wskazanych w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

W zakresie części 1 zamówienia - jak wyjaśnił Zamawiający - do której wpłynęło odwołanie w zakresie zatrzymania wadium Odwołującego, ofertę złożył tylko jeden wykonawca, tj. Odwołujący, wobec czego kopia odwołania nie była przekazywana. Natomiast W zakresie części 2 oraz 3 zamówienia kopia odwołania została przekazana wykonawcy Konica Minolta (był to poza Odwołującym jedyny wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia) w dniu 13 lipca 2022 r. drogą elektroniczną - e-mail.

W dniu 14 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Konika Minolta zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 28 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na

odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy". Bezspornym jest, że Odwołujący złożył ofertę w każdej z części tego postępowania oraz, że w wyniku naruszenia przepisów, których naruszenie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu we wniesionym odwołaniu mógł on ponieść szkodę. Jego oferta została odrzucona w części 1 postępowania a postępowanie w tym zakresie unieważniono i w chwili złożenia odwołania nie był wykonawcą w odniesieniu do tej jednej części postępowania, a więc wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jednak art. 505 ust. 1 ustawy Pzp daje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko wykonawcy, który „ma interes w uzyskaniu zamówienia", ale także wykonawcy, który „miał interes w uzyskaniu zamówienia", a zatem wykonawcy, który miał interes w uzyskaniu zamówienia, ale go utracił. Biorąc pod uwagę to, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona w części 1 postępowania, należy uznać, że jest on wykonawcą, który miał interes w uzyskaniu zamówienia także w tej części. Tym samym stwierdzić należy, mając na uwadze wszystkie części zamówienia, że wykonawca wykazał interes we wniesieniu tego odwołania.

Podnieść bowiem należy, że Wykonawca zobowiązany jest wykazać interes we wniesieniu odwołania, a więc wykazania przesłanek o których mowa w art. 505 ust 1 ustawy Pzp dla odwołania a nie interes w odniesieniu do poszczególnych zarzutów, jak oczekuje tego Zamawiający, i ten interes - interes we wniesieniu odwołania Odwołujący wykazał.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Konika Minolta do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp

poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego w SWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, rozdział 8 „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu”,

pkt 8.1. podał, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy - zgodnie z pkt

8.1.2.4.2. - wykażą, że dysponują Zespołem zdolnym do wykonania Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z poniższymi wymaganiami tj. osoby, które będą realizować Przedmiot Zamówienia posiadają wskazane poniżej kwalifikacje minimalne:

A. specjalista ds. logistyki - co najmniej 1 (jedna) osoba - osoba odpowiedzialna za ustalenie, koordynację i dotrzymanie terminów dostaw. Zamawiający wymaga, aby osoba ta spełniała następujący warunek:

i) posiadała doświadczenia w obsłudze przynajmniej jednej dostawy urządzeń wielofunkcyjnych/drukarek/sprzętu komputerowego do minimum 20 (dwudziestu) lokalizacji.

B. specjalista ds. serwisu - co najmniej 2 (dwie) osoby - osoba odpowiedzialna za obsługę serwisową i gwarancyjną dostarczonego sprzętu. Zamawiający wymaga, aby osoby te spełniały - każda z nich - następujący warunek:

i) posiadała minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w branży IT.

C. technik ds. serwisu - co najmniej 5 osób - realizujące zgłoszenia serwisowe w zakresie obowiązków gwarancyjnych, w tym przeglądów konserwacyjnych w okresie trwania gwarancji, które spełniają następujący warunek:

i) posiadała odpowiednie kwalifikacje: autoryzowane szkolenia, po zakończeniu których uczestnicy zdobyli certyfikaty producenta oferowanych urządzeń uprawniające do wykonywania serwisu i konserwacji danych urządzeń.

Nie dopuszcza się, aby jedna osoba pełniła w Zespole więcej niż jedną funkcję.

Zamawiający dopuszcza dysponowanie tymi samymi osobami we wszystkich częściach zamówienia.

Zamawiający, pismem z dnia 16 marca 2022 r., „działając na podstawie art. 126 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj.: (...) Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wskazanego w pkt. 8.1.2.4.2. SWZ - wykazu osób, które Wykonawca oddeleguje do realizacji Zamówienia wraz z kopiami certyfikatów lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie przez wskazane przez Wykonawcę osoby, wymogu określonego w pkt 8.1.2.4.2. C ppkt i). Wykaz osób winien być sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 4 do SWZ”.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w dniu 29 marca 2022 r. złożył Wykaz osób według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, podając iż na potwierdzenie spełnienia wyżej wskazanego wymogu, w zakresie wszystkich trzech części zamówienia dysponuje zespołem zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia w osobach:

1. p. P. K. - przypisana funkcja: specjalista ds. serwisu,
2. p. K. B. - przypisane funkcje: specjalista ds. serwisu oraz specjalista ds. logistyki,
3. p. T. S. - przypisana funkcja: specjalista ds. serwisu,
4. p. D. P. - przypisana funkcja: specjalista ds. serwisu,
5. p. K. Ż. - przypisana funkcja: specjalista ds. serwisu.

Zamawiający, pismem z dnia 30 marca 2022 r., „działając na podstawie art. 128 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia aktualnych na dzień

złożenia podmiotowych środków dowodowych tj.: Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wskazanego w pkt. 8.1.2.4.2. SWZ - wykazu osób, dodając iż wykonawca na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.03.2022 r., złożył niekompletny dokument podmiotowy tj. załącznik nr 4 do SWZ - wykaz osób, przy pomocy których będzie realizowany przedmiot zamówienia. Ponadto Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu kopii certyfikatów lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie przez wskazane przez Wykonawcę osoby, wymogu określonego w pkt 8.1.2.4.2. C ppkt i). Nadto dodał, iż „zgodnie z punktem 8.1.2.4.3. SWZ „Nie dopuszcza się, aby jedna osoba pełniła w Zespole więcej niż jedną funkcję. Zamawiający dopuszcza dysponowanie tymi samymi osobami we wszystkich częściach zamówienia."

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w dniu 7 kwietnia 2022 r. złożył Wykaz osób, Odwołujący przedstawił uzupełniony wykaz osób w zakresie wszystkich trzech części Zamówienia (wykaz nr 2), w którym wskazał:

1. p. P. K. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń HP),
2. p. K. B. - przypisane funkcje: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń HP, (specjalista ds. serwisu oraz specjalista ds. logistyki według wykazu nr 1),
3. p. T. S. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń HP),
4. p. D. P. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń HP),
5. p. K. Ż. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń HP),
6. p. M. B. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń Xerox),
7. p. P. H. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń Xerox),
8. p. R. J. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń Xerox),
9. p. K. K. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń Xerox),
10. p. Ł. K. - przypisana funkcja: technik ds. serwisu (realizacja zgłoszeń serwisowych dla urządzeń Xerox).

Pismem z dnia 30 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Konica Minolta dla części 2 i 3 zamówienia oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie wskazanych części, wskazując m.in. iż wykonawca wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożył wykazu osób. Nie spełnił jednak wymogu dotyczącego wskazywanych osób, określonego w punkcie 8.1.2.4.2. SWZ, z uwagi na pełnienie więcej niż jednej funkcji przez jedną z wykazanych osób. Wobec powyższego Zamawiający nie mógł przyjąć, iż Wykonawca posiada wymagany komplet osób, przy pomocy których miałby być realizowany przedmiot zamówienia przy jednoczesnym spełnieniu wymogu, o którym mowa w SWZ powyżej. Reasumując wskazał, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.1.2.4.2. SWZ, dotyczącego dysponowania zespołem zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że Zamawiający w SWZ jednoznacznie wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązany jest dysponować Zespołem zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia, tj.: jednym specjalistą ds. logistyki, dwoma specjalistami ds. serwisu i pięcioma technikami ds. serwisu. Osoby te winny posiadać odpowiednie kwalifikacje. W przypadku techników ds. serwisu Zamawiający zażądał aby osoby te legitymowały się posiadaniem autoryzowanych szkoleń po zakończeniu, których uzyskali certyfikaty producenta oferowanych urządzeń uprawniające do

wykonywania serwisu i konserwacji danych urządzeń. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza się, aby jedna osoba pełniła w zespole więcej niż jedną funkcję. Natomiast dopuszcza dysponowanie tymi samymi osobami we wszystkich częściach zamówienia.

Tymczasem Odwołujący w złożonym „Wykazie osób przy pomocy, których będzie realizowany Przedmiot Zamówienia" wskazał 6 osób, przypisując wszystkim ze wskazanych funkcję „specjalisty ds. serwisu", a Panu K. B. także funkcję „specjalisty ds. logistyki". Pan K.

B. miał więc pełnić dwie funkcje, tj. „specjalisty ds. serwisu i logistyki". Odwołujący wezwany do uzupełnienia wykazu osób złożył wykaz, w treści którego wyspecyfikowano 10 osób, przypisując wszystkim funkcję „technika ds. serwisu" (5 osób posiadających certyfikaty pozwalające na realizację zgłoszeń serwisowych dla urządzeń drukujących HP i 5 osób posiadających certyfikaty pozwalające na realizację zgłoszeń serwisowych dla urządzeń drukujących Xerox). Część ze wskazanych osób miała już przypisane i to inne funkcje niż wynikające z uzupełnionego wykazu (technika ds. serwisu)

W świetle powyższego stwierdzić więc należy, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nawet gdyby dwa wykazy czytać w taki sposób jakiego oczekuje Odwołujący to nadal nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku określonym osobom przypisano by nie tylko dwie, ale i więcej funkcji a to w świetle postanowień SWZ było niedopuszczalne, co jest niedopuszczalne. Nie może też mieć miejsca sytuacja, w której Zamawiający, z uwagi na przypisanie danej osobie więcej niż jednej funkcji, miałby dokonać wyboru, którą z tych funkcji pełnić będzie dana osoba. To wykonawca miał przecież wskazać osoby i przypisać im funkcje.

Tym samym stwierdzić należy, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonego wykazu ze wskazaniem konkretnych wad pierwotnie złożonego wykazu nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 30 marca 2022 r. i, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych tj.: Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wskazanego w pkt. 8.1.2.4.2. SWZ - wykazu osób, które Wykonawca oddeleguje do realizacji Zamówienia wraz z kopiami certyfikatów lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie przez wskazane przez Wykonawcę osoby, wymogu określonego w pkt 8.1.2.4.2. C ppkt i), w zakresie wykazania co najmniej 5 techników ds. serwisu „realizujących zgłoszenia serwisowe w zakresie obowiązków gwarancyjnych, w tym przeglądów konserwacyjnych w okresie trwania gwarancji, które spełniają następujący warunek:

> i) posiadała odpowiednie kwalifikacje: autoryzowane szkolenia, po zakończeniu których uczestnicy zdobyli certyfikaty producenta oferowanych urządzeń uprawniające do wykonywania serwisu i konserwacji danych urządzeń."

Nadto wskazał, że wykonawca na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2022 r., złożył niekompletny dokument podmiotowy, tj. załącznik nr 4 do SWZ - wykaz osób, przy pomocy których będzie realizowany przedmiot zamówienia. Ponadto Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu kopii certyfikatów lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie przez wskazane przez Wykonawcę osoby, wymogu określonego w pkt 8.1.2.4.2. C ppkt i). Zamawiający określił w Punkcie 8.1.2.4.2. C SWZ, iż Wykonawcy wykażą, że dysponują Zespołem zdolnym do wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z poniższymi wymaganiami tj. osoby, które będą realizować Przedmiot Zamówienia posiadają wskazane poniżej kwalifikacje minimalne: „(.)

> C. technik ds. serwisu - co najmniej 5 osób - realizujące zgłoszenia serwisowe w zakresie obowiązków gwarancyjnych, w tym przeglądów konserwacyjnych w okresie trwania gwarancji, które spełniają następujący warunek:
>
> > i) posiadała odpowiednie kwalifikacje: autoryzowane szkolenia, po zakończeniu których uczestnicy zdobyli certyfikaty producenta oferowanych urządzeń uprawniające do wykonywania serwisu i konserwacji danych urządzeń.".

A ponadto w punkcie 9.6.3. SWZ Zamawiający wskazał, iż do wykazu osób, które Wykonawca oddeleguje do realizacji Zamówienia przedłoży „kopie certyfikatów lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie przez wskazane przez Wykonawcę osoby, wymogu określonego w pkt 8.1.2.4.2. C ppkt i)". Zamawiający informuje również, iż zgodnie z

punktem 8.1.2.4.3. SWZ „Nie dopuszcza się, aby jedna osoba pełniła w Zespole więcej niż jedną funkcję. Zamawiający dopuszcza dysponowanie tymi samymi osobami we wszystkich częściach zamówienia".

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż „przypomina, iż wytyczne w tym zakresie określa Ustawa. Dokumenty należy przesłać w formie elektronicznej w terminie do dnia 7

kwietnia 2022 r. (.)".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Przepis ten określa podstawę wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia oraz uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowania i znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku wystąpienia okoliczności w nim wskazanych.

Procedura wezwania wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów ma co do zasady charakter jednokrotny. Wezwanie może być więc skierowane do wykonawcy wyłącznie jeden raz w stosunku do danej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Wezwanie jasno i precyzyjnie powinno wskazywać uchybienia jakich dopuścił się wykonawca, sposób ich usunięcia a także określać termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte.

W tym stanie faktycznym, co jest bezsporne, Zmawiający wystosował do wykonawcy (Odwołującego) wezwanie do złożenia m.in. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj.: składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wskazanego w pkt. 8.1.2.4.2. SWZ - wykazu osób. Wykonawca ten złożył bowiem niekompletny dokument podmiotowy, tj. załącznik nr 4 do SWZ - wykaz osób, przy pomocy których będzie realizowany przedmiot zamówienia. Jednocześnie w treści wezwania odwołał się do postanowień SWZ, dotyczących osób, które będą realizować zamówienie, tj. techników ds. serwisu, jak również wskazał i uwypuklił je dodatkowo, podkreślając że „nie dopuszcza się, aby jedna osoba pełniła w Zespole więcej niż jedną funkcję. Zamawiający dopuszcza dysponowanie tymi samymi osobami we wszystkich częściach zamówienia". Wezwanie skierowane do wykonawcy było więc jednoznaczne i odwoływało się w swej treści do postanowień SWZ, ale i niekompletnego i błędnie wypełnionego wykazu osób, a co więcej wskazywało w jaki sposób wykaz powinien być poprawnie wypełniony. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwanie wykonawca Konica Minolta do uzupełnienia wykazu usług, a w przypadku braku wskazania innego doświadczenia spełniającego wymagania Zamawiającego - odrzucenie oferty tego wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, rozdział 8 „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu", pkt 8.1. podał, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy - zgodnie

z pkt

8.1.2.4. - wykażą ż, posiadają określone zdolności techniczne lub zawodowe, tj.: 8.1.2.4.1. „wykażą, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie zrealizowali lub należycie wykonują co najmniej 1 (jedną) dostawę urządzeń wielofunkcyjnych/drukarek do minimum 20 (dwudziestu) lokalizacji wraz z instalacją i minimum 3 letnim serwisem (przyjmowaniem i obsługą zgłoszeń helpdesk) o wartości minimum:

a) dla Części nr 1: 1 000 000,00 PLN (jeden milion złotych) brutto,

b) dla Części nr 2: 2 500 000,00 PLN (dwa miliony pięćset tysięcy złotych) brutto,

c) dla Części nr 3: 400 000,00 PLN (czterysta tysięcy złotych) brutto,

W przypadku zamówień, które są w trakcie realizacji, wartość wydatkowanych środków na dzień składania ofert musi wynosić minimum:

- dla Części nr 1: 1 000 000,00 PLN brutto,

- dla Części nr 2: 2 500 000,00 PLN brutto,

- dla Części nr 3: 400 000,00 PLN brutto.

W przypadku ubiegania się o udzielenie Zamówienia w ramach więcej niż jednej części, celem potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku Wykonawca może wskazać tą samą dostawę dla różnych części pod warunkiem, że spełnia ona wymagane limity kwotowe dla

tych części.

W celu uniknięcia wątpliwości Zamawiający wyjaśnia, iż jeżeli na przykład Wykonawca będzie składał ofertę dla Części nr 1 oraz dla Części nr 3, to w celu potwierdzenia niniejszego warunku winien wykazać się realizacją co najmniej jednej dostawy urządzeń wielofunkcyjnych / drukarek do minimum 20 (dwudziestu) lokalizacji wraz z instalacją i minimum 3 letnim serwisem (przyjmowaniem i obsługą zgłoszeń helpdesk) o wartości minimum 1 000 000,00 PLN brutto.”.

Wykonawca Konica Minolta złożył wykaz zrealizowanych usług (Załącznik nr 3 do

SWZ), w którym oświadczył, że w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie zrealizowaliśmy lub należycie wykonujemy co najmniej 1 (jedną) dostawę urządzeń wielofunkcyjnych/drukarek do minimum 20 (dwudziestu) lokalizacji wraz z instalacją i minimum 3 letnim serwisem (przyjmowaniem i obsługą zgłoszeń helpdesk), w którym wyspecyfikował trzy zamówienia na potwierdzenie postawionego przez Zamawiającego warunku, tj.:

1. „Dostawę 860 urządzeń drukujących wraz z systemem druku”, czas rozpoczęcia „26.06.2019”, czas zakończenia „nadal trwa”, realizowaną na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, wartość zamówienia „ponad 8 200 000,00 zł”;

2. „Dostawę 390 urządzeń drukujących wraz z systemem druku”, czas rozpoczęcia „04.05.2020”, czas zakończenia „nadal trwa”, realizowaną na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Łodzi, wartość zamówienia „ponad 500 000 zł (netto)”;

3. Dostawę 110 urządzeń drukujących wraz z systemem druku”, czas rozpoczęcia „04.05.2020”, czas zakończenia „nadal trwa”, realizowaną na rzecz Eurovia Polska S.A. z siedzibą we Wrocławiu, wartość zamówienia „ponad 1 000 000 zł”.

Zamawiający, pismem z dnia 9 czerwca 2022 r., wezwał wykonawcę Konica Minolta,

do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych w zakresie części 2 i 3, tj.: wykazu zrealizowanych dostaw (załącznik nr 3 do SWZ) oraz dokumentów potwierdzających, że zamówienia z wykazu zrealizowanych dostaw zostały wykonane należycie (referencji) w zakresie:

- Do ilu konkretnie lokalizacji dostarczane były urządzenia wraz z oprogramowaniem oraz serwisem urządzeń?

- Czy wartość z przedstawionych w wykazie zrealizowanych dostaw w kwocie

8.200.000,00 zł (poz. 1 wykazu), 500.000,00 zł (poz. 2 wykazu) i 1.000.000,00 zł

(poz. 3 wykazu) zawiera koszty dostarczenia materiałów eksploatacyjnych (np. tonery, bębny, fusery, czy papier)?

- W przypadku odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie, prosimy o informację, jaka wartość z przedstawionych w wykazie zrealizowanych dostaw w kwocie 8.200.000,00 zł (poz. 1 wykazu), 500.000,00 zł (poz. 2 wykazu) i 1.000.000,00 zł (poz. 3 wykazu) stanowi wartość outsourcingu urządzeń wraz z oprogramowaniem i serwisem tych urządzeń, ale bez kosztów dostarczania materiałów eksploatacyjnych?

- Czy w ramach umowy na dostawy urządzeń drukujących wraz z systemem druku dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (poz. 1 wykazu), Izby Administracji Skarbowej w Łodzi (poz. 2 wykazu) i Eurovia Polska S.A. (poz. 3 wykazu) jest świadczony minimum 3 letni serwis (przyjmowanie i obsługa zgłoszeń helpdesk)?

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Konica Minolta, pismem z dnia 14 czerwca 2022 r., wskazał, że przedstawione zamówienia spełniają wymogi postawione przez Zamawiającego w SWZ. W szczególności zamówienia realizowane dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., czy Izby Administracji Skarbowej w Łodzi znacznie przewyższają wymogi postawione przez Zamawiającego dla wszystkich Części postępowania. Odnosząc się wprost do pytań Zamawiającego postawionych w wezwaniu Wykonawca podał m.in., iż rozliczenie umowy na podstawie wykonanych wydruków była w kwocie 4 656 000 zł netto (dot. Wykonawcy z poz. 1 wykazu) i w kwocie 917 000,00 zł netto (dot. Wykonawcy z poz. 2 wykazu). Wykonawca w zakresie dotyczącym poz. 2 wykazu wskazał także, że w Wykazie zrealizowanych dostaw wskazał, że wartość zrealizowanego zamówienia przekracza, a nie wynosi 500 000 zł netto. Dokładna wartość zrealizowanych dostaw urządzeń to kwota 1 790 000,00 zł netto. Wykonawca podniósł także, że umowa z Eurovia Polska S.A. jest podpisana na okres 36 miesięcy i zawiera w sobie świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej wraz przyjmowaniem i obsługą zgłoszeń helpdesk.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie danego zamówienia zobowiązany był wykazać się określonym doświadczeniem a więc zrealizowaniem lub też należytym wykonywaniem dostaw urządzeń wielofunkcyjnych/drukarek do minimum 20 (dwudziestu) lokalizacji wraz z instalacją i minimum 3 letnim serwisem (przyjmowaniem i obsługą zgłoszeń helpdesk) o wartościach minimalnych wskazanych przez Zamawiającego dla poszczególnych części zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł minimalną wartość wydatkowanych środków w przypadku zamówień, które są w trakcie realizacji. I każda ze wskazanych dostaw, jak wynika zarówno z treści złożonego wykazu, jaki i złożonych następnie wyjaśnień wymóg ten spełnia. Tak więc Zamawiający dopuścił na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu możliwość przedstawienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia zarówno zrealizowanych już dostaw, jak i tych, które są w trakcie realizacji, o ile odpowiadają minimalnej wartości środków przeznaczonych na ich realizację. Wykonawca Konica Minolta w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 8.1.2.4.1. SWZ. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy

wykonawca w przewidzianym terminie złożył podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem prawidłowej interpretacji tego warunku nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2022 r., poinformował wykonawcę o zatrzymaniu wadium złożonego w pieniądzu w zakresie części 1 zamówienia. Jako przyczynę

zatrzymania wadium wskazał zaistnienie przesłanki wynikającej z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp wskazując m.in., że wykonawca, mimo dokonania czynności uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego „Wykaz osób", nie potwierdził opisanego w pkt

8.1.2.4.3. SWZ warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp odrzucił ofertę Wykonawcy złożoną na część 1 zamówienia, a zamówienie w tej części musiało zostać unieważnione zgodnie z art. 255 pkt 2) ustawy Pzp. Wykonawca Suntar Sp. z o.o. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec unieważnienia postępowania oraz odrzucenia jego oferty w zakresie części 1 postępowania. Na posiedzeniu niejawnym w dniu 31 maja 2022 r., pełnomocnik wykonawcy potwierdził otrzymanie odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a następnie, na pytanie Przewodniczącego Składu Orzekającego, czy pełnomocnik będzie przedkładał pismo procesowe, pełnomocnik wykonawcy oświadczył, że wycofuje odwołanie, nadmieniając że decyzja o wycofaniu nie jest związana z odpowiedzią na odwołanie, ma ona „charakter biznesowy". W konsekwencji powyższego, postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie zostało umorzone. Dlatego też Zamawiający, mając na uwadze powyższe okoliczności i treść przepisu art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, tj.: „1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po

jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków

dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, innych dokumentów lub

oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej".

Zamawiający, pismem z dnia 30 czerwca 2022 r., poinformował wykonawcę o zatrzymaniu wadium złożonego w pieniądzu w zakresie części 2 i 3 zamówienia. Jako przyczynę zatrzymania wadium wskazał zaistnienie przesłanki wynikającej z art. 98 ust. 6 pkt

1 ustawy Pzp, wskazując m.in., że wykonawca, mimo dokonania czynności uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego „Wykaz osób", nie potwierdził opisanego w pkt

8.1.2.4.3. SWZ warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy złożoną na część

2 oraz 3 zamówienia. Mając na uwadze powyższe okoliczności i treść przepisu art. 98 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp., tj.: „wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z

odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 Pzp, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128

ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków

dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym

mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej Oznacza to, że dla zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu, tj. z powodu

zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek.

Pierwszą z nich jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, innych dokumentów lub oświadczeń. Treść złożonych dokumentów powinna więc potwierdzać spełnienie przez wykonawcę przesłanek, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp. Mimo braku wyraźnej wskazówki w ustawie - jak wynika np. z Komentarza Prawo zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 r., s. 659-663 - również złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oraz innych dokumentów lub oświadczeń, z których treści nie wynika potwierdzenie wymaganych okoliczności, należy kwalifikować jako niezłożenie dokumentów (oświadczeń). „Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17 przez niezłożenie dokumentów lub oświadczeń należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego" (np. wyrok Izby z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3141/20).

Drugą przesłankę stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn

leżących po stronie wykonawcy. W tym stanie faktycznym wykonawca, mimo jednoznacznego i jasno sformułowanego wezwania do uzupełnienia dokumentów, uzupełnił je lecz nadal nie potwierdzały one potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę (Odwołującego) jako najkorzystniejszej.

Kolejną a zarazem ostatnią przesłankę zatrzymania wadium na ww. podstawie jest wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania. Zatrzymanie wadium jest bowiem możliwe jedynie wtedy, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej. W tym stanie faktycznym, w przypadku prawidłowego uzupełnienia dokumentów, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w każdej z części.

Tym samym stwierdzić należy, że ziściły się przesłanki do zastosowania art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, a więc zatrzymania wniesionego przez wykonawcę wadium. Wadium stanowi bowiem faktyczny warunek uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu zastrzeżony pod rygorem odrzucenia oferty (stanowi bowiem barierę finansową), zmuszający wykonawcę do takiego ukształtowania swojej oferty, aby w wypadku uznania jej za najkorzystniejszą liczył się z potencjalną możliwością zawarcia z nim umowy, a następnie jej wykonania na warunkach określonych w postępowaniu. Wadium ma także na celu zabezpieczenie potencjalnych interesów Zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale i na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki. Skoro więc treść uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu mimo jednoznacznego wezwania do ich uzupełnienia zatrzymanie wadium było prawidłowe a podniesiony przez Odwołującego zarzut nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.

U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....