Sygn. akt: KIO 1977/22

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2022 r. przez odwołującego A. W. T. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ZOFAX Systemy Biurowe A. W. T. w Chotomowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, prowadzący postępowanie Mazowiecki Oddział Regionalny w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego A. W. T. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą ZOFAX Systemy Biurowe A. W. T. w Chotomowie i zalicza na poczet kosztów kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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:

wyroku z dnia 16 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1977/22

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie Mazowiecki Oddział Regionalny Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi serwisu i remontu drukarek, i urządzeń wielofunkcyjnych”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 5 lipca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych 2022/BZP 00239951/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługi, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 27 lipca 2022 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca A. W. T. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ZOFAX Systemy Biurowe A. W. T. ul. Gen. L. Żeligowskiego 31/15, 05-123 Chotomów (dalej zwana „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna)

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty złożonej przez MITEX - SERVICE z siedzibą w Warszawie (dalej „Mitex"),

podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż Mitex nie złożył w przewidzianym przez Zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w złożonej

ofercie;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP, gdyż złożenie oferty przez Mitex stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej „u.z.n.k."); ewentualnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 PZP, gdyż treść oferty jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów lub art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, gdyż treść oferty Mitex jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym oferta Mitex podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę B. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. K. „Mitex-Service" w Warszawie (dalej zwanego „wykonawcą Mitex"), odrzucenia oferty wykonawcy Mitex i wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia, w zakresie zarzutu nr 1 odwołujący wskazał co następuje. W dniu 14 lipca 2022 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p.,

zażądał od Mitex złożenia w terminie do dnia 19 lipca 2022 r. godz. 9.00 wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny. W wezwaniu zamawiający szczegółowo uzasadnił, które elementy ceny zaoferowanej przez wykonawcę Mitex wzbudziły jego wątpliwości. Co istotne, w punkcie VIII.2.1.SWZ zamawiający wyraźnie wskazał, że: Wszystkie dokumenty wchodzące w skład oferty oraz składane w trakcie postępowania należy złożyć na Platformie Zakupowej w postaci elektronicznej, podpisane: - kwalifikowanym podpisem elektronicznym, - podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. To wymaganie zamawiającego jest zgodnie z postanowieniami rozdziału VII działu I p.z.p. (art. 61 i n.) dotyczącego komunikacji zamawiającego z wykonawcami.

Wykonawca Mitex złożył wyjaśnienia w formie edytowalnego pliku MS Word. Oświadczenie to nie zostało podpisane w sposób wymagany zgodnie z p.z.p. i SWZ, tj. w jeden z trzech sposobów: a) kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub b) podpisem zaufanym lub c) podpisem osobistym, dlatego też nie może zostać uznane za skutecznie złożone przez Mitex. W ocenie odwołującego, należy zatem uznać, że wykonawca Mitex nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z art. 224 ust. 6 p.z.p., odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Stanowisko to potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2021 r. sygn. akt: KIO 2004/21, gdzie wskazano, że „Brak złożenia wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnych, skutkuje uznaniem, że Odwołujący nie dowiódł, że jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. A to skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych."

W zakresie uzasadnienia zarzutu nr 2 odwołujący wskazał, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu (sekcja IV, punkt 4.3.5 i 4.3.6.) oraz SWZ (punkt 1 rozdziału XI) kryterium oceny ofert o wadze 40% stanowi: „Czas reakcji na zgłoszenie". Kryterium to będzie liczone w pełnych godzinach jako okres od momentu zgłoszenia serwisowego przez zamawiającego do momentu podjęcia pierwszych czynności diagnostycznych przez wykonawcę (punkt 3 rozdziału XI SWZ). Zgodnie z punktem 2.1. rozdziału I SWZ usługami objęty jest sprzęt zlokalizowany w dwóch siedzibach zamawiającego na terenie Warszawy oraz w 37 biurach powiatowych na terenie województwa mazowieckiego. Lista wszystkich lokalizacji wraz z dokładnymi adresami znajduje się w załączniku nr 1 do wzoru umowy, to samo wymaganie zostało powtórzone w §2 ust. 1 wzoru umowy. I dalej, zgodnie z punktem 2.8. rozdziału I SWZ: „Zamawiający ustala następujące wytyczne (podyktowane dyscypliną finansów publicznych) odnośnie późniejszych rozliczeń wynikających z realizacji umowy przez Wykonawcę, dotyczące „odległości dojazdu":

a) Zamawiający wyznacza „punkt początkowy" dojazdu, tzn. każdy dojazd do

„miejsca zlecenia” będzie liczony od punktu początkowego oraz każdy powrót z „miejsca zlecenia” będzie liczony do punktu początkowego.

b) Przez „punkt początkowy” należy rozumieć następującą lokalizację: Rondo

Dmowskiego w centrum miasta stołecznego Warszawa.

c) Przez „miejsce zlecenia” należy rozumieć lokalizację Zamawiającego, w tym biuro

powiatowe którego dotyczy zlecenie.

d) Przez „odległość dojazdu” należy rozumieć sumę kilometrów przejazdu

Wykonawcy z „punktu początkowego” do „miejsca zlecenia” i z powrotem do

„punktu początkowego”, podaną w wystawionej przez Wykonawcę fakturze VAT, w odniesieniu do każdego konkretnego zlecenia usługi, z zastrzeżeniem lit. h) niniejszego ustępu.

e) Odległości dojazdu, wykorzystywane do obliczenia należności w rozliczeniach wynikających z realizacji umowy przez Wykonawcę, nie mogą być większe niż odległości od punktu początkowego do miejsca zlecenia oraz od miejsca zlecenia do punktu początkowego, z zastrzeżeniem lit. h) niniejszego ustępu.

f) Odległości pomiędzy punktem początkowym, a poszczególnymi lokalizacjami Zamawiającego przedstawia Załącznik nr 1 do wzoru umowy.

g) Odległości wyszczególnione w Załączniku nr 1 do wzoru umowy zostały obliczone

na podstawie licznika odległości ze strony internetowejwww.google.pl/maps/. Zgodnie z wytycznymi zamawiającego, każdy z wykonawców uczestniczących

w postępowaniu musiał przyjąć ten sam punkt początkowy, tj. Rondo Dmowskiego w Warszawie. W załączniku nr 1 do wzoru umowy zamieszczono 39 lokalizacji (w tym dwie lokalizacje w Warszawie). Spośród wskazanych biur powiatowych zamawiającego objętych przedmiotem zamówienia piętnaście leży w odległości 100 km i więcej od punktu początkowego (Ciechanów, Gostynin, Lipsko, Łosice, Mława, Ostrołęka, Płock, Przasnysz, Przysucha, Radom, Sierpc, Sokołów Podlaski, Szydłowiec, Zwoleń i Żuromin). Przy czym najdalej położone Gostynin, Żuromin oraz Sierpc, to odpowiednio 174 km, 144 km i 134 km od punktu początkowego.

Wykonawca Mitex w ofercie oświadczył, że oferowany termin reakcji na zgłoszenie serwisowe zamawiającego to jedna godzina. W ocenie odwołującego w czasie godziny nie jest możliwe dotarcie z Ronda Dmowskiego w Warszawie do Gostynina - 174 km, Żuromina - 144 km czy Sierpca - 134 km. Oferując czas reakcji niemożliwy do osiągnięcia, a jednocześnie stanowiący kryterium oceny ofert, wykonawca popełnił czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., ponieważ zdaniem odwołującego w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia ze stosowaniem „inżynierii

cenowej”, czyli manipulowaniem wskaźnikami stanowiącymi kryteria oceny ofert w celu

uzyskania wyższej punktacji w kryteriach oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu

kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty, co spowodowało, że wykonawca Mitex zajął on pierwsze miejsce w rankingu ofert, a jego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Ponadto, według odwołującego ofercie wykonawcy Mitex należy zarzucić również,

że jest nieważna na podstawie innych przepisów, tj. art. 19 ust. 1 ustawy z dnia

20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2022 r. poz. 988), zgodnie

z którym kierujący pojazdem jest obowiązany jechać z prędkością zapewniającą panowanie nad pojazdem, z uwzględnieniem warunków, w jakich ruch się odbywa, a w szczególności: rzeźby terenu, stanu i widoczności drogi, stanu i ładunku pojazdu, warunków atmosferycznych i natężenia ruchu oraz art. 20 ww. ustawy, który nakazuje przestrzegać dopuszczalnej prędkości. Jak również oferta ta, jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykonawca nie uwzględnił wymagań zamawiającego określonych w kryterium „czas reakcji na zgłoszenie”, co potwierdza zaoferowany przez wykonawcę czas reakcji niemożliwy do dotrzymania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu

i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mitex, który nie złożył w przewidzianym przez zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny (zarzut nr 1 z petitum odwołania).

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z materiałem procesowym, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. dotyczące złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, wystosowane w dniu 14 lipca 2022 r. poprzez platformę elektroniczną, wykonawca Mitex, również działając poprzez platformę, przesłał zamawiającemu wyjaśnienia w dniu 18 lipca 2022 r. (tak wydruk wygenerowany z platformy zakupowej, print screen otrzymanej przez zamawiającego wiadomości w postępowaniu). Wyjaśnienia przesłano drogą elektroniczną, z e-maila wykonawcy Mitex wskazanego w ofercie (str. 1 pkt 5 formularza ofertowego Mitex). Pan B. K. przekazał zamawiającemu wyjaśnienia w edytowalnym formacie Microsoft Office Word (doc.), które - co istotne - nie zostały przez tą osobę podpisane.

Jak podnosił odwołujący, załącznik do wiadomości w postaci wyjaśnień wykonawcy Mitex nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, czego wymaga rozdział VIII pkt 2.1 SWZ, co jest zgodne z postanowieniami rozdziału VII działu I p.z.p. (art. 61 i n.) dotyczącego komunikacji zamawiającego z wykonawcami. W ocenie odwołującego takie wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za skutecznie złożone, więc oferta wykonawcy Mitex, który nie udzielił wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w wyznaczonym terminie, powinna podlegać odrzuceniu (art. 224 ust. 6 p.z.p.).

Osią sporu było zweryfikowanie czy wyjaśnienia wykonawcy Mitex można ocenić jako złożone w sposób prawidłowy. W tym zakresie Izba podzieliła w całości trafną argumentację zamawiającego, że pisemne wyjaśniania zostały złożone w sposób skuteczny, zgodny z normami p.z.p., zatem nie doszło do wypełnienia hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. i zaniechania odrzucenia oferty Mitex.

Izba wskazuje, że na gruncie p.z.p. ustawodawca wprowadził wymóg pisemnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie (art. 20 ust. 1 p.z.p.). W praktyce oznacza to, że co do zasady czynności określone w p.z.p. dokonuje się pisemnie, chyba że dana czynność wymaga

wskazanej w ustawie formy szczególnej (np. art. 63 p.z.p.). Przy tym pisemność na kanwie p.z.p. została zdefiniowana w art. 7 pkt 16 p.z.p., gdzie wskazano, że ilekroć w ustawie jest mowa o pisemności należy przez to rozumieć sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Definicja legalna pisemności zawarta w p.z.p. jest spójna z definicją, którą posługuje się art. 2 ust. 1 pkt

18 dyrektywy klasycznej (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE), gdzie tożsamo uregulowano rozumienie określeń „pisemnie" lub „na piśmie".

Określenie, że oświadczenie wykonawcy ma być "pisemne", nie oznacza więc, że miałoby ono zostać opatrzone własnoręcznym podpisem lub jednym z podpisów elektronicznych, ponieważ dla zachowania pisemności niezbędne jest jedynie utrwalenie danego oświadczenia za pomocą pisma (liter, cyfr, znaków interpunkcyjnych) w taki sposób, by można je było odczytać oraz aby można je było powielić (np. skopiować). Jak zasadnie podnosi się w doktrynie „Na gruncie Prawa zamówień publicznych wymaga się, aby wyrazy, cyfry lub inne znaki pisarskie były uzewnętrznione w widzialnej postaci (tekstowej) oraz w sposób umożliwiający ich kopiowanie, np. w postaci papierowej lub elektronicznej. Pisemność w tym rozumieniu zostanie zachowana m.in. w przypadku tekstu wpisanego bezpośrednio do wiadomości przesyłanej przy użyciu poczty elektronicznej czy też korespondencji złożonej z dokumentów elektronicznych przekazywanej za pomocą elektronicznej skrzynki odbiorczej." (tak A. G. B. [w:] E. W. , A. W. , P. W. , A. G. B. , Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 7).

Warto także zaznaczyć, że autonomiczne uregulowanie omawianych kwestii na gruncie p.z.p. powoduje, że nie znajdzie tu zastosowania pisemna forma oświadczenia woli wskazana art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), zwanej dalej „k.c.". Przepisy k.c. stosuje się wyłącznie wtedy, kiedy normy p.z.p. nie stanowią inaczej, tzn. nie regulują samodzielnie określonych w p.z.p. kwestii (art. 8 ust. 1 p.z.p.). Dla celów zamówień publicznych ustawodawca przyjął inne rozumienie pisemności, niż wynikające z norm k.c., co powoduje, że dopuszcza się formę o niższym poziomie sformalizowania od formy pisemnej (z własnoręcznym podpisem) bądź formy

elektronicznej (z kwalifikowanym podpisem elektronicznym). W tym przypadku ustawodawca

nawiązał raczej do formy dokumentowej wskazanej w art. 77^2 k.c., z uwzględnieniem różnić

zawartych w ustawie p.z.p.

Nie ma tu także podnoszonej przez odwołującego sprzeczności z wymogiem zachowania komunikacji z zamawiającym za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 61 ust. 1 p.z.p.) zdefiniowanych w art. 7 pkt 23 p.z.p., który odsyła do rozumienia środków komunikacji elektronicznej zgodnie z ustawą z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2020 r. poz. 344), gdzie w art. 2 pkt 5 wskazano, że są to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności poczta elektroniczna. Wykonawca może udzielić pisemnych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny tak, jak zrobił to wykonawca Mitex, który środkiem komunikacji elektronicznej (poprzez platformę elektroniczną) przesłał wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny w postaci tekstowej, co jest zgodne z pojęciem pisemności wskazanym w p.z.p., które nie wymaga podpisania oświadczenia podpisem własnoręcznym lub opatrzenia go podpisem elektronicznym. W szczególności, że kwalifikowany podpis elektroniczny, podpis zaufany lub elektroniczny podpis osobisty wymagany jest w stosunku do enumeratywnie określonych w ustawie dokumentów i oświadczeń. Tutaj w związku z przetargiem, który jest prowadzony w trybie krajowym, zostały one uregulowane w art. 63 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Sporne wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie zawierają się w zamkniętym katalogu czynności, które wymagają wskazanych podpisów elektronicznych, co oznacza, że wykonawca Mitex złożył je w sposób prawidłowy, a zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p. podlega oddaleniu.

Ponadto, w zakresie argumentacji odwołującego, że przedmiotowe wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie spełniają wymagań rozdziału VIII pkt 2 SWZ, Izba wskazuje, iż omówione regulacje prawne nie maja charakteru ius dispositivum, zatem nawet gdyby przyjąć, że zamawiający odmienne uregulował wymogi co do składania wyjaśnień, niż wskazane w przywołanych normach p.z.p., to dokumentacja postępowania miałaby charakter

bezwzględnie nieważny (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.z.p.), więc nie byłoby możliwym odrzucenie oferty wykonawcy Mitex na tej podstawie.

W zakresie zarzutu nr 2 z petitum - naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.z.p., ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.z.p. lub art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.z.p. - poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mitex, który w pozacenowym kryterium oceny ofert pn. czas reakcji na zgłoszenie zaoferował zamawiającemu godzinę, Izba wskazuje co następuje.

Zgodnie z materiałem procesowym, zamawiający w rozdziale XI pkt 1 ppkt 2 SWZ ustanowił pozacenowe kryterium oceny ofert „czas reakcji na zgłoszenie" (T) o wadze 40%.

Zamawiający wskazał, że „Kryterium „czas reakcji na zgłoszenie" będzie liczone w pełnych godzinach jako okres od momentu zgłoszenia serwisowego przez zamawiającego do momentu podjęcia pierwszych czynności diagnostycznych przez wykonawcę. Czas reakcji nie może być dłuższy niż 48 godzin. Wpisanie dłuższego okresu reakcji niż 48 godzin spowoduje odrzucenie oferty". Powyższe znalazło odzwierciedlenie w formularzu ofertowym, gdzie wykonawcy wypełniali następującą treść: „Oferowany termin Reakcji na zgłoszenie serwisowe Zamawiającego (termin nie może być dłuższy niż 48 godzin i powinien być wyrażony w godzinach):

Na wstępie warto zauważyć, że użyte w kryterium oceny ofert sformułowanie czas reakcji na zgłoszenie (zgodnie z wzorem umowy „zlecenie", tak np. § 2 ust. 2, § 3 ust. 1 załącznika nr 8 do SWZ) zostało przez zamawiającego doprecyzowane jako okres od zgłoszenia serwisowego do podjęcia pierwszych czynności diagnostycznych - które to określenie nie zostało uregulowane w SWZ. Nie ma w dokumentacji postępowania wyjaśnienia czym są czynności diagnostyczne. Zatem przy dokonywaniu rekonstrukcji oświadczenia zamawiającego zawartego w SWZ należy posłużyć się definicjami ze słownika języka polskiego, zgodnie z którymi diagnostyka to określanie stanu technicznego urządzeń i ustalanie źródeł awarii, zaś reakcja to działanie lub zajęcie jakiegoś stanowiska jako odpowiedź na coś (por. Słownik języka polskiego PWN). Wykładania językowa kryterium wskazuje na przyznawanie punktów za czas reakcji będący momentem podjęcia przez wykonawcę pierwszej czynności na zgłoszenie/zlecenie, która jest związana z określeniem stanu technicznego serwisowanego urządzenia/ustaleniem źródła awarii urządzenia. W ocenie Izby należy podzielić w tym zakresie słuszne stanowisko zamawiającego, że będzie to początkowa faza procesu diagnostycznego, w której wykonawca ustala przyczynę awarii drukarki lub urządzenia wielofunkcyjnego.

Niemniej zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania co będzie uznane za tę pierwszą, początkową czynność diagnostyczną, więc nie ma podstaw, aby przyjąć - tak jak postulował odwołujący - że byłby to wyłącznie moment dotarcia do miejsca wykonywania naprawy. Zgodnie z SWZ realizacja usługi rozpoczyna się od otrzymania przez wykonawcę od zamawiającego zlecenia usługi „z określonym celem zlecenia/opisem awarii wraz ze wskazaniem części do wymiany" (§ 3 ust. 1 wzoru umowy, tak też załącznik nr 3 do wzoru umowy pt. zlecenie usługi/protokół wykonania usługi, gdzie wskazuje się m.in. „cel zlecenia ze wstępnym opisem awarii/wskazaniem części do wymiany (wypełnia pracownik zamawiającego)). Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że wykonawca, który zawodowo serwisuje i naprawia drukarki, już po wstępnym opisie usterki będzie w stanie dokonać pierwszych czynności identyfikujących stan techniczny urządzenia czy wstępnie ustalić źródło awarii. Zamawiający serwisuje kilkanaście typów standardowych urządzeń (rozdział I pkt 1 ppkt 1.1 SWZ, tożsamo § 1 ust. 1 wzoru umowy), czynności określone w umowie są co do zasady czynnościami powtarzalnymi i profesjonalista już w momencie otrzymania zlecenia, w którym pracownik jednostki zamawiającej opisuje usterkę, powinien potrafić zidentyfikować czego dotyczy naprawa, jakich części i narzędzi będzie do niej potrzebować oraz ocenić czynności niezbędne do jej wykonania. Dokonując zatem wykładni SWZ z perspektywy punktu widzenia odbiorcy, który z należytą starannością wymaganą w obrocie, z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności, dokonuje odtworzenia oświadczenia zamawiającego (czyli jak powinien zrozumieć oświadczenie przedsiębiorca), w ocenie Izby podjęcie pierwszego działania diagnostycznego w postaci ustalenia źródła awarii urządzenia może nastąpić od momentu zapoznania się z treścią zlecenia usługi (por. także wyrok Sądu Najwyższego z 31.05.2017 r. sygn. akt: V CKS 433/16, zgodnie z którym, jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli konieczne jest przejście do wykładni obiektywnej, tj. ustalenia właściwego sensu oświadczenia woli na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak jak adresat oświadczenia woli rozumiał lub powinien je rozumieć. Podobnie wyrok SN z 10.01.2020 r. sygn. akt: I CSK 279/18).

Oczywistym przy tym jest, że mogą się zdarzyć sytuacje, kiedy po dokonaniu oględzin danego urządzenia będą potrzebne części, których nie wskazano w zleceniu (co także przewidział zamawiający we wzorze umowy jako sytuacje niestandardowe, wymagające

dodatkowej akceptacji) i naprawa może się wydłużyć. Jednak w SWZ wskazano kilkanaście typów urządzeń i nie ma podstaw do przyjęcia, że profesjonalista za każdym razem wpierw musi zobaczyć urządzenie, aby zdiagnozować przyczynę usterki. Wtedy też zgłoszenie usługi, które zawiera opis awarii i wskazanie części do wymiany, byłoby zbędne. Po co bowiem opis usterki dokonany przez pracownika zamawiającego, skoro pierwsze czynności diagnostyczne miałby i tak zostać dokonane dopiero w lokalizacji zamawiającego, podczas oględzin urządzenia przez serwisanta.

Zamawiający podnosił, iż w toku realizacji zamówienia reakcją wykonawcy na zlecenie usługi (zgłoszenie awarii) jest kontakt telefoniczny lub mailowy celem ustalenia i uszczegółowienia przyczyn usterki. Pracownik zamawiającego, w złożonym oświadczeniu (vide oświadczenie z 11.08.2022 r.) podkreślał, że pracownicy korzystający z drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych nie są specjalistami, często nie są w stanie prawidłowo określić awarii i części do wymiany. Stanowisko zamawiającego jest wiarygodne i logiczne, zaś z doświadczenia życiowego każdej osoby, która miała do czynienia z serwisem tego typu urządzeń, wynika, że część awarii można usunąć poprzez kontakt zdalny (jak wskazywał pracownik zamawiającego - poprzez przekazanie instrukcji co należy zrobić, bez konieczności przyjazdu serwisanta do lokalizacji zamawiającego). Natomiast obciążony ciężarem dowodowym odwołujący nie wykazał, aby rozpoczęcie diagnostyki urządzenia, czyli określeniem stanu technicznego serwisowanego urządzenia/ustalenie źródła awarii urządzenia następowało wyłącznie w lokalizacji zamawiającego.

Należy dalej stwierdzić, że gdyby przyjąć stanowisko odwołującego, że kryterium pozacenowe „czas reakcji na zgłoszenie", to okres od otrzymania zlecenia do momentu dotarcia do lokalizacji zamawiającego (38 lokalizacji wskazanych w załączniku nr 1 do wzoru umowy), to kryterium to byłoby niemożliwe do zastosowania, ponieważ nie ma jednego czasu dotarcia do każdej z tych lokalizacji. Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym jednej wartości, kiedy inny jest czas dojazdu z Ronda Dmowskiego w Warszawie przykładowo do Gostynina (dojazd 174 km), a inny na Al. Jana Pawła II 70 w Warszawie (dojazd ok. 4 km), więc wypełnienie formularza oferty byłoby niemożliwe. Zamawiający prosił o jeden czas reakcji, a nie średni, najdłuższy czy najkrótszy czas dojazdu do jednej lokalizacji albo do wszystkich. W dokumentacji postępowania nie ma żadnych danych, które mogłyby doprecyzować w jaki sposób wybrać siedzibę, której rzekomo miałoby to dotyczyć. Zatem mielibyśmy na kanwie wiążącej SWZ pozostawienie wyboru lokalizacji do oceny w kryterium, jako arbitralną preferencję wykonawcy dotyczącą sposobu wyboru jakiejś wartości w konfiguracji z ponad trzydziestoma lokalizacjami zamawiającego. W konsekwencji dowolność ta powodowałaby, że oferty byłyby nieporównywalne.

Ponadto, tak rozumiane kryterium nic by w zasadzie nie wnosiło do oceny potencjału wykonawcy. Zamawiający w sposób sztywny określił wykonawcom w jaki sposób liczyć dojazd, tj. od miejsca początkowego - Rondo Dmowskiego w Warszawie do każdego z podanych w SWZ adresów. Jest to więc ta sama odległość dla każdego wykonawcy, którą narzucono w dokumentacji (nie liczy się czasu dojazdu od przykładowo siedziby wykonawcy, co mogłoby wskazywać na potencjał podmiotowy przedsiębiorcy dotyczący posiadania swojej lokalizacji pozwalającej na szybkie dotarcie do zamawiającego), a wykonawcy, uwzględniając rozumienie kryterium zaproponowane przez odwołującego, mieliby de facto konkurować najszybszym dojazdem na danej, ustalonej przez zamawiającego trasie. Niezrozumiałym pozostaje jaki to miałoby mieć związek z przedmiotem zamówienia i w jaki sposób miałoby powodować wybór najlepszego wykonawcy do świadczenia usługi serwisu i remontu drukarek, co ocenia się w kryteriach oceny ofert.

Konkludując, ferowana przez odwołującego wykładania omawianego kryterium oceny ofert jest nie do przyjęcia. Sposób obliczenia kilometrów dojazdu zawarty w SWZ dotyczy wprost ustalenia podstaw do obliczenia ceny za koszty dojazdów w czasie trwania umowy (rozdział I pkt 2 ppkt 2.8 SWZ), stąd stałe 38 lokalizacji dotyczące odległości, które w sposób nieuprawniony próbowano przenieść do kryterium, powodując efekty nie do przyjęcia na kanwie sposobu formułowania i weryfikacji kryteriów oceny ofert zgodnych z p.z.p. I jedynie na marginesie można dodać, że nawet gdyby dojść do wniosku, że omawiana treść SWZ mogłaby zostać zinterpretowana tak, jak podnosił odwołujący, a przy tym - jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia - uprawniona jest wykładania przedstawiona przez zamawiającego, to przed odrzuceniem oferty wykonawcę Mitex chroniłaby ugruntowana zasada, zgodnie z którą nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy nieprecyzyjność albo niejednoznaczność treści SIWZ autorstwa zamawiającego (por. wyrok Izby z 15.03.2021 r. sygn. akt: KIO 575/21, gdzie wskazano „Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.").

Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.) lub art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p. lub art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mitex, ponieważ odwołujący nie

wykazał, aby ferowana przez niego w zarzucie nr 2 z petitum odwołania wykładania kryterium oceny ofert była uzasadniona, a tym samym wykonawca nie był uprawniony do zaoferowania w formularzu ofertowym jednogodzinnego czasu reakcji. W konsekwencji nie udowodniono, że oferta Mitex została złożona w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, była nieważna na podstawie odrębnych przepisów albo sprzeczna z warunkami zamówienia, zatem omawiany zarzut został przez skład orzekający oddalony.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone w całości.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący: