

Sygn. akt: KIO 3582/23

## WYROK

z dnia 21 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Zielonej Górze

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa** w Warszawie

przy udziale wykonawcy **P.S.** prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod firmą **Copy.Net.pl P.S.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu numer 4;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 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 3582/23

### Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”) na zakup Systemu Centralnego Wydruku (SCW) na okres 47 miesięcy dla Centrali ARiMR, numer referencyjny: DPiZP.2610.8.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 132-419800.

W dniu 15 listopada 2023 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez P.S. prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.pl P.S. (dalej: „Copy.net.”) i odrzuceniu oferty GALAXY Systemy Informatyczne Sp. o.o. (dalej: „Odwołujący”) Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Copy.net., mimo że postępowanie podlega unieważnieniu;

ewentualnie, w przypadku braku uwzględnienia zarzutów nr 1-2, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

3) art. 224 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Copy.net. P.S., tj. zaniechanie czynności wezwania do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej w zakresie wskazanym w treści odwołania;

4) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanym w treści odwołania;

5)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień odnośnie podmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanym w treści odwołania;

6)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Copy.net. podlegającej odrzuceniu lub co najmniej w odniesieniu do której niezbędne jest dokonanie ponownego badania złożonych dokumentów, a tym samym nieuprawnionym jest przyjęcie, że oferta jest ważna i może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)unieważnienie postępowania udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp ewentualnie:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Copy.net.;

3)unieważnienia postępowania udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp

W uzasadnieniu zarzutów nr 1 i 2 Odwołujący wskazał, że przygotowując i przeprowadzając postępowanie Zamawiając winien tak ukształtować treść dokumentów zamówienia by były one dla wszystkich wykonawców zrozumiałe w ten sposób, by dokumenty te nie były ze sobą sprzeczne wewnętrznie i by kryteria oceny ofert jako najistotniejszy element dla wyboru oferty najkorzystniejszej umożliwiały obiektywną ocenę i gwarantowały porównywalność złożonych ofert. Tylko bowiem tak ukształtowane postanowienia stanowią gwarancję równego dostępu do zamówienia dla wszystkich wykonawców ubiegających się w procedurze wyboru oraz gwarancję obiektywnej oceny oferentów w postępowaniu.

Zamawiający określił w rozdziale II SWZ termin wykonania zamówienia jako: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca: 1. Świadczył Usługę Wydruku przez 47 miesięcy począwszy od dnia podpisania przez Strony Protokołu uruchomienia Usługi Wydruku, o którym mowa w § 4 ust. 20 projektowanych postanowień umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 30 listopada 2023 r, lub do chwili wykorzystania łącznej wartości Umowy określonej w § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej. W przypadku niewyczerpania kwoty brutto określonej w § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy w terminie obowiązywania Umowy, Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek roszczenie wobec Zamawiającego. Umowa ulega rozwiązaniu w przypadku, gdy nie jest możliwe naliczenie kwoty za pojedynczy wydruk/kopię z pozostałej kwoty, o której mowa w § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy. Zamawiający wymaga dostarczenia przez Wykonawcę Urządzeń w terminie nie dłuższym niż 60 dni od dnia zawarcia Umowy. Termin dostarczenia Urządzeń stanowi kryterium oceny ofert, w związku z tym treść § 4 ust. 1 projektowanych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 7 do SWZ zostanie wypełniona zgodnie z ofertą Wykonawcy. Szczegółowe terminy realizacji zamówienia zostały określone przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy wraz z załącznikami, stanowiących Załącznik nr 7 do SWZ. Zamawiający określił w rozdziale XI SWZ kryterium oceny ofert w postaci terminu dostarczenia urządzeń, gdzie w punkcie 1.3 w uwadze nr 1 pod tabelą wskazał, że Zaferowana przez Wykonawcę liczba dni zostanie wpisana do treści § 4 ust. 1 Umowy, której projektowane postanowienia stanowią Załącznik nr 7 do SWZ. Z kolei z brzmienia § 4 ust. 1 Umowy wynika, że Wykonawca zobowiązany jest do wdrożenia Systemu Centralnego Wydruku, spełniającego wszystkie wymagania określone w Umowie, w terminie do.....Dni Roboczych (wykonawca uzupełni w Formularzu ofertowym) od dnia zawarcia Umowy. Zamawiający zatem na etapie postępowania oceniał wyłącznie termin dostawy urządzeń wyrażony w dniach, podczas gdy w umowie zobowiązał wykonawcę do wdrożenia systemu centralnego wydruku w terminie określonym w kryteriach oceny ofert, dodatkowo wyrażonym w dniach roboczych. Pomijając już zatem oczywistą niezgodność dla przedmiotowych terminów w postaci wyrażenia terminu dostawy urządzeń w dniach kalendarzowych, a następnie ich zróżnicowania na dni robocze na etapie umowy, kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu nie ma zastosowania – jest zbędne – nie dotyczy wdrożenia systemu centralnego wydruku. Tylko na marginesie Odwołujący zwraca uwagę, że jedni z wykonawców czytając literalnie postanowienia SWZ zadeklarować mogli 30 dni kalendarzowych na dostawę urządzeń, podczas gdy inni widząc odniesienie do dni roboczych w umowie dostrzegli szansę na dostawę urządzeń w terminie co najmniej 38 dni obliczonych jako 30 dni kalendarzowych plus soboty i niedziele nieliczone jako dni robocze). Powyższe w sposób oczywisty powoduje, że ofert w przedmiotowym kryterium nie da się porównać, bo mimo możliwości przyznania punktów w kryterium, w praktyce nie wiadomo w jakim terminie ma nastąpić dostawa urządzeń – 30 dni kalendarzowych czy roboczych. Daleko jednak bardziej istotne jest to, że zgodnie z § 4 ust. 1 Umowy Wykonawca zobowiązany jest do wdrożenia Systemu Centralnego Wydruku (nie dostawy urządzeń), spełniającego wszystkie wymagania określone w Umowie, w terminie do....Dni Roboczych (wykonawca uzupełni w Formularzu ofertowym) od dnia zawarcia Umowy. Zgodnie zaś z definicjami zawartymi w § 1 pkt 3- 6:

3)System Centralnego Wydruku - rozwiązanie informatyczne wdrożone przez Wykonawcę u Zamawiającego na potrzeby realizacji Usługi Wydruku, składające się w szczególności z Oprogramowania oraz Urządzeń, spełniające wymagania

szczegółowo określone w Umowie, zwany także dalej „SCW”;

- 4) Usługa Wydruku - usługa polegająca na zapewnieniu Zamawiającemu, poprzez System Centralnego Wydatku, nieprzerwanej możliwości drukowania, kopiowania i skanowania dokumentów na Urzędzeniach, zgodnie z bieżącymi potrzebami Zamawiającego, w okresie świadczenia usługi wskazanym w § 5 ust. 1 Umowy, przy zachowaniu warunków określonych szczegółowo w Umowie;
- 5) Urządzenia - wielofunkcyjne urządzenia drukujące stanowiące część Systemu Centralnego Wydruku, których ilości, typy i wymagane parametry określa Załącznik nr 1 do Umowy, dostarczane wraz z dokumentacją techniczną i instalowane u Zamawiającego przez Wykonawcę na potrzeby realizacji Usługi Wydruku,
- 6) Oprogramowanie - oprogramowanie stanowiące część Systemu Centralnego Wydruku, niezbędne do poprawnego funkcjonowania Urzędzeń lub wspomagające pracę Urzędzeń oraz oprogramowanie bazy danych wraz z dokumentacją, dostarczone i zainstalowane przez Wykonawcę u Zamawiającego;

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że Zamawiający nie jest uprawniony do wskazania w § 4 ust. 1 Umowy terminu na dostawę urządzeń określonego przez wykonawców w ramach kryteriów oceny ofert jako terminu wdrożenia systemu centralnego wydruku, gdyż jest to jeden z elementów składających się na system centralnego wydruku. Zamawiający oczekuje w § 4 ust. 1 Umowy wpisania terminu na wdrożenie systemu centralnego wydruku, czego żaden z wykonawców ubiegających się o zamówienie nie zaoferował w ramach trwającego postępowania. Termin wskazany w ofertach wykonawców dotyczy bowiem wyłącznie dostawy urządzeń, a nie wdrożenia kompleksowej usługi centralnego wydruku, czyli zapewnienia usługi, o której mowa w definicji zawartej w umowie, czyli dostawy urządzeń wraz z dostawą oprogramowania i niezbędnymi instalacjami oraz przeprowadzeniem dla Zamawiającego warsztatów. Tak ukształtowane postanowienia powodują, że wykonawcy mogą dostarczyć urządzenia w terminie wskazanym w ofercie, ale terminu na wdrożenie systemu centralnego wydruku jako takiego już nie ma, czyli może odbyć się nawet po kilku miesiącach od daty dostawy urządzeń. I na tym etapie postępowania ani Zamawiający nie może tego terminu dopisać, ani wykonawcy nie mogą go uzupełnić – termin składania ofert minął i dokonywanie jakichkolwiek zmian w ich treści jest niedopuszczalne (arg. z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp). Z powyższego zatem jednoznacznie wynika, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, której to wady nie da się usunąć na tym etapie postępowania. Odwołujący wskazał, że powyższa wada stanowi kolejny z przykładów niejasności i niejednoznaczności w prowadzonym postępowaniu. Pierwszą zidentyfikowaną niejasnością, która była przedmiotem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2023 r. (sygn. akt: 2957/23) była kwestia wyjaśnienia czy koszt wydruku kształtujący się na tym samym poziomie dla wszystkich typów urządzeń należy rozumieć jako konieczność zaoferowania identycznej ceny. Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że postanowienia SWZ należy interpretować w pierwszej kolejności ściśle literalnie. Z wyżej wskazanego orzeczenia wynika, że: Dokonując wykładni postanowień SWZ Zamawiający winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem postanowień (vide: wyrok z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 174/12). Zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wskazują, iż przy interpretowaniu postanowień SWZ należy co do zasady stosować literalną wykładnię, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy przystąpili do postępowania. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień SWZ należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego (vide: wyrok z dnia 27 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 218/12). Literalne i ściśle egzekwowanie wymogów wskazanych w SWZ jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto, zgodnie z wyrokiem z 17 października 2017 r., sygn. akt KIO 2055/17, KIO 2063/17, wykładni oświadczeń należy dokonywać w dwóch fazach, w pierwszej należy wziąć pod uwagę literalne brzmienie zapisu i ustalić, czy obie strony przypisywały treści to samo znaczenie. W przypadku rozbieżności w rozumieniu treści oświadczenia przez jej strony należy przejść do fazy drugiej i ustalić, jak adresat oświadczenia je zrozumiał, a jak powinien zrozumieć (zob. m.in. uchwała SN z 29 czerwca 1995 r., IV CZP 66/05; wyrok SN z 24 maja 2005 r., V CK 655/04). (...) W odniesieniu do oświadczeń woli składanych w formie pisemnej sens tych oświadczeń ustala się, przede wszystkim przyjmując za podstawę wykładni tekst dokumentu, a zatem w pierwszej kolejności odwoływać się należy do językowych reguł znaczeniowych przy uwzględnieniu kontekstu i związków treściowych w tym dokumencie występujących, przy czym uwzględnić należy także okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone, o ile dokument obejmuje takie informacje oraz cel oświadczenia wskazany w tekście dokumentu lub zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień. Skoro w świetle orzeczenia zapadłego w okolicznościach niniejszej sprawy, a zatem adekwatnego do okoliczności faktycznych stanowiących przedmiot zarzutu postanowienia SWZ należy interpretować ściśle, to nie sposób dokonać zestawienia ze sobą terminu dostawy urządzeń z terminem wdrożenia systemu centralnego wydruku – termin wdrożenia systemu centralnego wydruku, o którym mowa w umowie nie jest tym co Zamawiający oceniał w kryteriach oceny ofert, tj. terminem dostawy urządzeń. Przekładając zatem treść zapadłego orzeczenia na dokumenty postępowania wskazać należy, że literalne brzmienie postanowień SWZ uniemożliwia uzupełnienie terminu realizacji umowy w zakresie wdrożenia systemu centralnego wydruku, gdyż Wykonawcy nie oferowali przedmiotowego terminu w kryteriach oceny ofert, a jedynie oferowali

termin dostawy urządzeń. To zaś powoduje, że postępowanie jako obarczone nieusuwalną wadą należy unieważnić na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający nie może dokonać uzupełnienia projektu umowy o termin na wdrożenie systemu centralnego wydruku, gdyż tej informacji nie wskazał w swojej ofercie żaden z wykonawców ubiegających się o zamówienie, jedynym uprawnionym działaniem jakie może wykonać Zamawiający jest unieważnienie prowadzonego postępowania i odpowiednia korekta dokumentów zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów nr 3-6 Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie zasadnicze składowe, tj. ceny za wynajem urządzeń wraz z oprogramowaniem oraz cenę za 1 wydruk/kopię. To oznacza, że oba składowe elementy mają charakter istotny, a zatem Zamawiający winien dokonać oceny każdego z nich względem możliwości rzeczywistego wykonania zamówienia. Wobec ukształtowania wymagań w formularzu oferty w sposób odnoszący się do 8 kategorii wydruków/kopii z podziałem na urządzenia oraz określenia mono lub koloru, Zamawiający zobowiązany był do weryfikacji czy możliwa jest realizacja zamówienia za ceny zaoferowane przez wykonawców, jako że informacje te stanowiły merytoryczną część oferty. Wobec oferty Odwołującego takie badanie zostało przeprowadzone, natomiast w odniesieniu do oferty wykonawcy Copy.net nie. Gdyby Zamawiający w sposób należyty dokonał badania i oceny cen zaoferowanych przez wykonawcę cen dostrzegłby, że dla dwóch pozycji zaoferowane ceny są rażąco niskie. W tabeli nr III formularza oferty w poz. Nr 1 tabeli: wydruk/kopia kolor w formacie A4 na urządzeniu TYP A wykonawca zaoferował cenę za 1 stronę w wysokości 0,13 zł, podczas gdy Odwołujący zaoferował w tej samej pozycji cenę 0,18 zł. Podkreślenia wymaga, że różnica 5 gr na wydruku/kopii kolorowej winna wzbudzić wątpliwość Zamawiającego, gdyż nie jest możliwa realizacja zamówienia za taką kwotę. To samo dotyczy poz. Nr 7 analizowanej tabeli, gdzie za wydruk/kopię kolor w formacie A4 na urządzeniu typu C Wykonawca Copy. Net zaoferował cenę 0,20 zł, a Odwołujący 0,28 zł. Tu różnica w cenie jest znacząca i wynosi 8 gr za wydruk/kopię, a mimo to Zamawiający zaniechał procedury wezwania do wyjaśnień, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że jest niemożliwe wykonanie 1 szt. wydruku lub kopii w takich cenach. Urządzenia zaoferowane przez Copy.Net są tożsame technologicznie (technologia laserowa) i pochodzą z tej samej klasy urządzeń co zaoferowane przez Odwołującego. Konkurencyjność na rynku wymusza wyrównywanie kosztów materiałów eksploatacyjnych by w danej klasie urządzeń osiągać zbliżone do siebie (konkurencyjne) koszty wydruków niezależnie od producenta danego rozwiązania. W kalkulacji cen Copy.Net również musiał ująć wszystkie elementy cenotwórcze, czyli materiały eksploatacyjne i zamienne tego samego rodzaju (co wynika z tej samej technologii druku laserowego) co Odwołujący. Mając na uwadze powyższe, różnica cenowa dla wskazanych powyżej pozycji (wynosząca odpowiednio 38% i 40%) powinna budzić wątpliwości i powinna była skutkować jej wyjaśnieniem. Nawet jeżeli różnica wynika z wyjątkowo korzystnych warunków zakupowych to winno to być w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny uwzględnione by Zamawiający miał świadomość prawidłowo dokonanej kalkulacji kosztów a tym samym możliwości świadczenia usługi na oczekiwanym poziomie przez cały okres obowiązywania umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że podobnie jest w kosztach wydruków monochromatycznych w formacie A4 i A3. Wykonawca Copy.Net zastaniając się (rzekomym) wymogiem zaoferowania jednakowych cen wydruków/kopii monochromatycznych dokonał, jak przyznał na rozprawie przez KIO w sprawie o sygn. 2957/23, uśrednienia kosztów. Dowodzi to, że koszt wydruku mono A3 jest zaniżony, jak również, że koszt wydruku mono dla niektórych urządzeń został również zaniżony by uzyskać średnią na poziomie zaoferowanych 3 groszy. Analizując oferty złożone w tym postępowaniu obu wykonawców należy przyjąć, że koszt wydruku w formacie A3 jest zawsze dwukrotnością formatu A4 co wprost wynika z dwukrotności różnicy między tymi formatami strony. Dokładnie taki współczynnik krotności Copy.Net przyjął w swojej ofercie w stosunku do cen wydruków/kopii w kolorze. Podobne zaokrąglenie Copy.Net dokonał pomiędzy kosztami wydruków mono na urządzeniu A, B i C. O ile urządzenie C z racji na najniższą klasę i wydajność a jednocześnie ma największy koszt wydruku – większy od urządzenia A i B, a urządzenie A ma najtańszy koszt wydruku, jako że jest urządzeniem korytarzowym i najwydajniejszym – to patrząc na zaoferowane ceny przez obu wykonawców w tym zakresie – nie sposób nie zauważyć, że tutaj również Wykonawca Copy.Net dokonał uśrednienia. Kwestia uśrednienia kosztów ma o tyle duży wpływ na zarzut zaniechania badania rażąco niskiej ceny bo biorąc pod uwagę że Zamawiający nie deklaruje i nie gwarantuje na jakich urządzeniach dokona danej ilości wydruków (ilości wydruków są szacunkowe przyjęte jedynie do porównania złożonych ofert) nie sposób założyć, że Zamawiający z racji wygody (mając te same ceny za wydruk) zwiększy wydruk na urządzeniach znajdujących się w pokojach (typ C) kosztem odciążenia urządzeń typ A zlokalizowanych dalej od użytkowników (w korytarzach). Podobnie, kiedy mając te same ceny dla różnych formatów papieru nie zacznie drukować więcej prac w formacie A3. Z powyższego wynika, że zaoferowane istotne części składowe oferty wydają się rażąco niskie. To natomiast uzasadnia wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Copy.net, czego Zamawiający zaniechał, a co w konsekwencji w pełni uzasadnia złożenie przedmiotowego odwołania. Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do jego oferty Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą rażąco niską cenę. Nie dokonując wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wobec wykonawcy Copy.net w tych samych okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie znajduje bowiem podstaw do różnicowania sytuacji jego oferty z ofertą Wykonawcy Copy.net w sytuacji tak znaczących różnic w cenie. W świetle powyższego w ocenie Odwołującego Zamawiający wprost dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jego działanie ma charakter dyskryminujący i

w sposób nieuzasadniony różnicuje sytuację Wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Następnie Odwołujący podał, że w dniu 26 października 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Copy.net do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień oraz zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę norm określonych w rozdziale III.2, pkt. 1.2 SWZ. W odpowiedzi wykonawca Copy.net złożył przedmiotowe dokumenty, przy czym Zamawiający w odniesieniu do nich zaniechał należytej weryfikacji. Odwołujący zwrócił uwagę na:

- 1) Zamawiający określił w rozdziale II.2 ppkt 1.1. SWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału we wskazanym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje: co najmniej 2 (dwie) usługi, o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych 00/100), polegających na świadczeniu usługi wydruku wraz z zapewnieniem urządzeń drukujących. Wykonawca Copy.net w celu wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego dla firmy P.H.U. VECTOR Sp. z o.o., Ul. Bielska 29, 40-749 Katowice do udostępnienia swojego potencjału, wskazując jednocześnie podmiot jako podwykonawcę w realizacji zamówienia. Wykonawca Copy.net w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się doświadczeniem określonym w SWZ przedłożył dwie referencje dla podmiotu P.H.U. VECTOR Sp. z o.o., w tym jedną dla Polskiej Grupy Górniczej. Z przedłożonego dokumentu nie wynika natomiast by w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert nastąpiła realizacja zamówienia odpowiadająca wymaganiom SWZ. W treści referencji wskazano na realizację przez Wykonawcę P.H.U. VECTOR Sp. z o.o. trzech umów, w tym z roku 2017, 2018 i 2019, które łącznie obejmowały zakres wskazany w referencji. Z dokumentu nie wynika zatem, by w okresie referencyjnym, tj. od dnia 23 sierpnia 2020 r. nastąpiło łącznie świadczenie usługi wydruku wraz z zapewnieniem urządzeń drukujących. Z treści referencji nie wynika, jakie czynności zostały wykonane w okresie od 22 sierpnia 2020 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. kiedy nastąpiła realizacja zamówienia. Z dokumentu wynika, że zawarte zostały 3 odrębne umowy na określone zakresy, co oznacza, że przedmiotem każdej z umów mogły być elementy związane z organizacją usługi centralnego wydruku, w tym odrębnie mogły być dostarczane urządzenia do usługi centralnego wydruku oraz oprogramowanie. W tym zakresie jeśli czynności te zostały rozdzielone i nie były realizowane jednocześnie w okresie referencyjnym, tj. od dnia 22 sierpnia 2020 r., brak jest podstaw do przyjęcia że wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Z warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie bowiem wynika, że w okresie trzyletnim przed składaniem ofert wykonawca zobowiązany jest wykazać się usługą polegającą na świadczeniu usługi wydruku wraz z zapewnieniem urządzeń drukujących. Zamawiający w tym zakresie jednak zaniechał nawet wezwania do wyjaśnień złożonych dokumentów, mimo odległych dat realizacji zamówienia (w referencjach mowa jest o umowach z roku 2017 i 2018) i bezkrytycznie przyjął, że Wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Powyższe wątpliwości kwalifikują się co najmniej do wyjaśnienia na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. To natomiast powoduje, że odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Odwołujący zauważa także, że w przypadku braku potwierdzenia w wyjaśnieniach okoliczności związanych ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany będzie do wezwania do uzupełnienia dokumentów w sposób jednoznaczny potwierdzający ich spełnianie.
- 2) Zamawiający wskazał w rozdziale IV.5 ppkt 4 SWZ: Zamawiający żąda od Wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów podmiotowych środków dowodowych wymienionych w Rozdz. IV.1 pkt 2.6. oraz w Rozdz. IV.3 pkt 1.1. - 1.3. SWZ. Postanowienia Rozdz. IV.3. SWZ stosuje się odpowiednio. Jednoznacznie zatem Zamawiający określił wymogi dla dokumentów, które winien złożyć podmiot, z którego potencjału korzysta wykonawca. Wśród tych dokumentów szczególnej uwagi wymaga zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę norm określonych w rozdziale III.2, pkt. 1.2 SWZ, a którą zgodnie z załącznikiem nr 1 do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ – informacja pod tabelą zawierającą specyfikację systemu centralnego wydruku Zamawiający wymagał na dzień składania ofert. Powyższe wymaganie zostało przez Zamawiającego także wyartykułowane pod odpowiedzią na pytanie nr 28 z dnia 9 sierpnia 2023 r. (dowód nr 4). Wykonawca Copy.net przedłożył dla podmiotu udostępniającego potencjał będącego jednocześnie podwykonawcą w przedmiotowym postępowaniu certyfikat ISO 9001:2015 z datą rozpoczęcia cyklu 21 października 2023 r. wystawiony w dniu 20 października 2023 r. Termin składania ofert upływał w postępowaniu w dniu 22 sierpnia 2023 r. i Zamawiający wymagał, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali przedmiotowy certyfikat właśnie na dzień składania ofert. W okolicznościach przedmiotowej sprawy certyfikat wystawiony dla P.H.U. VECTOR Sp. z o.o. tego wymagania nie spełnia. Datami, jakie widnieją w certyfikacie są daty znacznie przekraczające termin składania ofert (październik 2023), a to powinno stanowić co najmniej podstawę do wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. To natomiast powoduje, że brak

jest podstaw do uznania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zamawiający mimo braków w dokumentach zaniechał wezwania zarówno do wyjaśnień, jak i do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co czyni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wadliwą.

Do odwołania zostały załączone: wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołującego; wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych; referencje dla Polskiej Grupy Górniczej; pismo Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2023 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1)Odrzucenie Odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp

na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku - o:

2)Pozostawienie Odwołania bez rozpoznania w zakresie zarzutów 1, 2, 3 w całości oraz zarzutu 6 w zakresie referującym do zaniechania wyjaśnień cenowych, jako spóźnionych oraz oddalenie go w pozostałym zakresie, w zw. z treścią art. 505 ust. 1 tj. z uwagi na niewykazanie przez Odwołującego posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia,

na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku w zakresie zarzutów 1,2, 3 oraz 6 - o:

3)Oddalenie Odwołania w całości w zw. z treścią art. 505 ust. 1, tj. z uwagi na niewykazanie przez Odwołującego posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia,

na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku - o:

4)Oddalenie Odwołania jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w zakresie wykazania ziszczenia się przesłanek dopuszczalności wniesienia Odwołania, Zamawiający wskazał w szczególności, że Odwołujący nie podał w jego treści spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania, iż przysługuje mu status wykonawcy w przedmiotowym Postępowaniu. Choć Odwołujący wskazał, iż jego oferta została odrzucona, to nie podał jakichkolwiek informacji w zakresie tego, czy nadal może być traktowany jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Wręcz przeciwnie, w treści Odwołania wyraźnie wskazał on, że możliwości udzielenia mu zamówienia upatruje w ewentualnym unieważnieniu Postępowania niniejszego i dopiero następczym ewentualnym wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający ani Krajowa Izba Odwoławcza nie są podmiotami powołanymi ani obowiązany do sanowania braków w tym zakresie w treści Odwołania. Wobec powyższego, tj. niewykazania przez Odwołującego w treści Odwołania, iż wciąż przysługuje mu status wykonawcy w postępowaniu, w konsekwencji stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał, iż przysługuje mu status wykonawcy w Postępowaniu, a tym samym, nie wykazał, iż jest podmiotem uprawnionym do korzystania w Postępowaniu ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w zakresie braku interesu we wniesieniu odwołania Zamawiający podniósł, że odpowiedniej oceny wymaga sposób, w jaki Odwołujący wywodzi swój interes we wniesieniu Odwołania. Analiza treści tej części Odwołania prowadzi do wniosku, że upatruje on owego interesu wyłącznie w doprowadzeniu do unieważnienia Postępowania oraz udziale w ewentualnym kolejnym postępowaniu, w wyniku którego miałby szansę pozyskać zamówienie. Żaden element Odwołania nie zmierza do obrony własnej oferty Odwołującego. Co więcej, żaden element Odwołania, nie zawiera jakichkolwiek danych mogących wskazywać na podjęcie jakichkolwiek działań przez Odwołującego zmierzających do pozyskania zamówienia w tym Postępowaniu. W ocenie Zamawiającego tak wywiedziony interes nie zasługuje na uwzględnienie i nie stanowi skutecznego wykazania ziszczenia się materialnoprawnej przesłanki uwzględnienia odwołania, co samo już, niezależnie od bezzasadności zarzutów Odwołania, wyklucza dopuszczalność uwzględnienia Odwołania.

Następnie Zamawiający podniósł, iż niezależnie od bezzasadności zarzutów nr 1 oraz nr 2 odwołania, treść ich uzasadnienia dowodzi, iż faktycznie są to zarzuty spóźnione, będące zarzutami do treści SWZ. Treść tych zarzutów w żaden sposób nie referuje do oferty Przystępującego, a jedynie do treści SWZ, w tym jej załącznika 7 (dalej: „ppu” lub „PPU”). Zamawiający podkreślił, że po wszczęciu postępowania Odwołujący nie kwestionował zapisów SWZ, pomimo iż od profesjonalisty w obrocie jakim jest Odwołujący należy oczekiwać, że zwrócił uwagę na tak kluczowe elementy opisu przedmiotu zamówienia jakimi jest termin dostarczenia urządzeń, termin wdrożenia systemu, czy termin wdrożenia usługi. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, ubiegał się o zamówienie, a ostatecznie z uwagi na popełnienie przez niego szeregu błędów, zgodnie z wyrokiem KIO 2957/23 jego oferta została odrzucona. Na żadnym dotychczasowym etapie postępowania – ani przed złożeniem ofert (poprzez zadawanie pytań do treści SWZ czy też poprzez wniesienie odwołania), ani po otwarciu ofert czy też pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący nie podnosił jakichkolwiek argumentów referujących do rzekomej niejasności czy też wewnętrznej sprzeczności SWZ oraz ppu. W związku z powyższym nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Wykonawca obecnie doszukuje się rzekomych błędów w dokumentach zamówienia dążąc do unieważnienia Postępowania, zarzuty swoje konstruując jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Zdaniem Zamawiającego zarzuty nr 1 i 2 należy uznać za spóźnione nawet wówczas, gdyby uznać, że nie są to zarzuty skierowane wobec SWZ. Jeżeli bowiem zarzuty te odczytywać jedynie literalnie, jak je formułuje Odwołujący dostosowując je do swojej sytuacji w Postępowaniu, to rzekome wady Postępowania (których istnieniu Zamawiający przeczy) wskazywane przez Odwołującego mogły zostać usunięte najpóźniej przed otwarciem ofert. Najpóźniej zaś wraz z poinformowaniem Odwołującego o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący powziął wiedzę o tym, że Zamawiający nie dokonał ani owego sanowania, ani czynności unieważnienia Postępowania (wobec braku możliwości ich sanowania po otwarciu ofert). Tym samym należy uznać, że w takim ujęciu termin na wniesienie odwołania dla tych zarzutów rozpoczął bieg już wraz z powiadomieniem o pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym także i w tym przypadku należy uznać, że obecne Odwołanie zostało wniesione w zakresie zarzutów nr 1 i 2 z naruszeniem terminu na jego wniesienie. Odwołujący, biorąc pod uwagę obecną jego narrację w zakresie wykazania interesu we wniesieniu Odwołania, winien wówczas wskazywać na posiadanie tego interesu poprzez to, że polega on na dążeniu do pozyskania zamówienia w wyniku zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu (jak sam Odwołujący wskazuje rzekome wady Postępowania przez niego podnoszone uniemożliwiają zawarcie takiej umowy, co oznacza także i to, że jeśli ta narracja jest trafna, to musiała być trafna również i wówczas, nie nastąpiła bowiem w tym zakresie jakkolwiek zmiana stanu faktycznego mogąca mieć wpływ na ocenę ważności umowy, z pewnością nie jest taką zmianą sama zmiana strony, z którą umowa taka zostanie zawarta w wyniku postępowania obarczonego rzekomo tymi samymi wadami co wówczas). Wobec tego odwołanie w tym zakresie podlega odrzuceniu, a w przypadku stwierdzenia braku możliwości odrzucenia Odwołania w części, zarzuty te winny zostać pozostawione bez merytorycznego rozpoznania (bez kierowania ich na rozprawę), o co Zamawiający wniósł.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że odmienność podejścia Odwołującego do kwestii obarczenia bądź nie Postępowania nie dającymi się usunąć wadami jest zależna jedynie od tego, czy w wyniku rzekomo obarczonego wadami Postępowania umowa zostanie zawarta z nim czy z Przystępującym sama w sobie wskazuje na czysto koniunkturalne podejście przez Odwołującego do oceny prawidłowości czynności dokonywanych przez Zamawiającego. Uzależnione jest ono jedynie od tego, czy to oferta Odwołującego zostaje wybrana jako najkorzystniejsza, czy też nie. Innymi słowy, jeśli to oferta Odwołującego zostaje wybrana, to wg. Odwołującego Postępowanie jest prawidłowe, jeśli zaś nie zostaje wybrana, to Postępowanie jest wadliwe. Takie działanie Odwołującego nie zasługuje na ochronę i może i powinno być rozpatrywane w kategoriach nadużycia prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Także na marginesie Zamawiający wskazał na stosunek Odwołującego do wyroku Izby z dnia 23 października 2023 r. (KIO 2957/23), którym Izba nakazała odrzucenie oferty Odwołującego w niniejszym Postępowaniu, a także instrumentalne posługiwanie się tym wyrokiem. W pkt 8 Odwołania na jego wstępie Odwołujący wskazuje w odniesieniu do rzekomych wad Postępowania podnoszonych w zarzutach 1-2, że „powyższa wada stanowi kolejny z przykładów niejednoznaczności w prowadzonym postępowaniu. Pierwszą zidentyfikowaną niejasnością, która była przedmiotem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2023 r. (sygn. Akt 2957/23) była kwestia wyjaśnienia czy koszt wydruku kształtujący się na tym samym poziomie dla wszystkich typów urządzeń należy rozumieć jako (...)”. W ocenie Zamawiającego Odwołujący usiłuje tu narzucić narrację o, że mamy do czynienia z kolejną już wadą SWZ, z których jedna została stwierdzona przez Izbę, co w rzeczywistości nie miało miejsca. W tym samym pkt 8 i w pkt 9 odwołania Odwołujący powołuje się na zasady wykładni oświadczeń wskazane w tym wyroku Izby, wyrażając tym samym dla tego wyroku aprobatę, a w pkt 9 już dokonuje wykładni postanowień SWZ w sposób sprzeczny z tymi przytoczonymi przez Izbę w tym wyroku zasadami. Następnie zaś w punkcie 17 odwołania przechodzi do negocjowania ustaleń tego samego wyroku Izby wskazując, że „wykonawca Copy.Net zasłaniając się (rzekomym) wymogiem zaferowania jednakowych cen wydruków/kopii monochromatycznych, dokonał, jak przyznał na rozprawie przez KIO w sprawie o sygn. 2957/23, uśrednienia kosztów”, Odwołujący nie podał przy tym, że istnienie tego, jak to określił „rzekomego” wymogu zaferowania jednakowych cen, tym właśnie wyrokiem Izba stwierdziła i z powodu niesprostania temu wymogowi przez Odwołującego nakazała Zamawiającemu odrzucić jego ofertę.

Następnie, w uzasadnieniu stanowiska dotyczącego bezzasadności głównych zarzutów odwołania, Zamawiający wskazał że z dokumentacji Postępowania wprost wynika sposób, w jaki Zamawiający przyznawał punktację w ramach kryterium oceny ofert „Termin dostarczenia Urządzeń”. Zamawiający opisując przedmiotowe kryterium wprost wskazał również, że „Zaferowana przez Wykonawcę liczba dni zostanie wpisana do treści § 4 ust. 1 Umowy” (uwaga 1 pod tabelą w pkt 1.: Rozdziału XI SWZ), jednocześnie w § 4 ust. 1 ppu wskazując o tym, że termin ten zostanie uzupełniony zgodnie Formularzem ofertowym. Z powyższego wynika, że zarówno zapisy określone w kryterium oceny ofert jak i zapisy umów jednoznacznie do siebie nawiązują i są ze sobą spójne i komplementarne. Tymczasem Odwołujący dokonuje na użyte Odwołania nieuprawnionego, podyktowanego względami czysto koniunkturalnymi, zdeformowania znaczenia postanowień SWZ. Podkreślenia wymaga, że już samo przywoływanie przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutów 1-2 orzecznictwa wprost wskazuje na to, że stosowane przez Odwołującego na użytek wywiedzenia zarzutów 1-2 zabiegi interpretacyjne prowadzą do oczywistego wypaczenia znaczenia postanowień SWZ oraz ppu. Jak wskazano w obszernie cytowanym w pkt 8 Odwołania wywodzie zawartym w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 23 października 2023 r. (KIO 2957/23), w który to Izba przywołała utrwalone zasady wykładni oświadczeń (wrażone w cytowanym przez Izbę orzecznictwie. w tym Sac

Najwyższego), „(...) w odniesieniu do oświadczeń woli składanych w formie pisemnej sens tych oświadczeń ustala się przede wszystkim przyjmując za podstawę wykładni tekst dokumentu, a zatem w pierwszej kolejności odwoływać się należy do językowych reguł znaczeniowych przy uwzględnieniu kontekstu i związków treściowych w tym dokumencie występujących, przy czym uwzględniać należy także okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone, o ile dokument obejmuje takie informacje oraz cel oświadczenia wskazany w tekście dokumentu lub zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień”. Dokonywana przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutów 1-2 wykładnia postanowień SWZ nosi znamiona pogwałcenia wszystkich podkreślonych wyżej wskazanych zasad poprawnej wykładni, tak dalek idące, że stanowi ich zaprzeczenie, a nie zastosowanie. Odwołujący prowadzi narrację zgodnie z którą poszczególne postanowienia SWZ i ppu traktuje w zupełnym oderwaniu od siebie, bez jakiegokolwiek uwzględnienia ich kontekstu wskazanych wprost w treści SWZ i ppu związków treściowych. Kwintesencją tego procesu intencjonalnego wypaczania przez Odwołującego interpretowanych treści jest zawarte w pkt 7 Odwołania stwierdzenie, iż: „Podkreślenia z całą stanowczością wymaga, że Zamawiający oczekuje w § 4 ust. 1 Umowy wpisania terminu na wdrożenie systemu centralnego wydruku, czego żaden z wykonawców (...) nie zaoferował (...). Termin wskazany w ofertach wykonawców dotyczy bowiem wyłącznie dostawy urządzeń, a nie wdrożenia kompleksowej usługi (...). Sprzeczność tej tezy Odwołującego z treścią SWZ jest widoczna już na pierwszy rzut oka. Wadliwość tej tezy nie może wyłączać epatowania przez Odwołującego stwierdzeniem o „podkreślaniu z całą stanowczością” oraz jednoczesne „boldowanie” i podkreślanie fragmentu tekstu. Nie zmienia żaden z powyższych zabiegów bowiem tego, iż teza Odwołującego wyprowadzana jest pominięciem, czy wręcz zaprzeczeniem treści SWZ i związków treściowych w niej występujących. Także w treści formularza ofertowego w jego pkt VI w objaśnieniu 1 wskazano jednoznacznie, że „(...) zaoferowana przez Wykonawcę liczba dni zostanie wpisana do treści § 4 ust. 1 Umowy (...)”. (nota bene ani Odwołujący, ani Przystępujący nie wykreślili tej treści ze złożonych przez siebie oświadczeń tj. ofert, ani jej nie zmodyfikowali). Z kolei w § 4 ust. 1 ppu stanowiącym załącznik do SWZ jednoznacznie wskazano, że „Wykonawca zobowiązany jest do wdrożenia Systemu Centralnego Wydruku, spełniającego wszystkie wymagania określone w Umowie, w terminie do \_\_\_\_ Dni Roboczych (wykonawca uzupełni w Formularzu Ofertowym) od dnia zawarcia Umowy”. Pomiedzy cytowanymi wyżej fragmentami FO oraz pp zachodzi oczywisty związek treściowy wprost w nich wyrażony i to w każdym z nich, wskazujący na związek pomiędzy nimi. Liczba wskazana w treści oferty jest zgodnie z tymi postanowieniami przepisana do §4 ust. 1 Umowy, gdzie znajduje się bezpośrednio za polem do wpisania tej liczby wskazanie, iż chodzi o dni robocze. Składając ofertę, w której wskazywano liczbę dni, zgodnie z ww. treściami, w szczególności w zw. z ww. objaśnieniem w treści FO, każdy Wykonawca miał zatem świadomość, że skutkiem jego oświadczenia jest zarówno zaoferowanie maksymalnego terminu dostarczenia urządzeń, jak i terminu wdrożenia systemu. Jedynymi dwoma przypadkami, w których Odwołujący mógłby sobie nie zdawać z tego sprawy jest przypadek, w którym nie przeczytał całości SWZ oraz taki, w którym dokonywał wykładni jej treści jako zbioru oderwanych do siebie niepowiązanych znaczeniowo i treściowo zdań, przy czym żaden z tych przypadków nie może zasługiwać na ochronę. Dokładnie o tym właśnie pisze sam Odwołujący w pkt 5 Odwołania gdzie wskazuje, że „(...) jedni z wykonawców czytając literalnie postanowienia SWZ zadeklarować mogli 30 dni kalendarzowych na dostawę urządzeń, podczas gdy inni widząc odniesienie do dni roboczych dostrzegli szansę na dostawę urządzeń w terminie co najmniej 38 dni kalendarzowych obliczonych jako 30 dni kalendarzowych plus soboty i niedziele nieliczone jako dni robocze”. Równie dobrze zdanie to mogłoby brzmieć: „jedni wykonawcy, czytający tylko fragment SWZ lub ignorujący część postanowień SWZ zadeklarować mogli 30 dni kalendarzowych na dostawę urządzeń podczas gdy inni, czytający całą SWZ, dostrzegli, że termin na dostawę urządzeń w terminie należy liczyć jako co najmniej 38 dni kalendarzowych obliczonych jako 30 dni kalendarzowych plus soboty i niedziele nieliczone jako dni robocze”. Bez znaczenia dla powyższej oceny pozostaje kwestia stosowanych przez Odwołującego w treści Odwołania zabiegów słownych oraz graficznych polegających na skalowaniu epitetów podkreślających „stanowczość” wygłaszanych przez niego przekonań czy też grubość czcionki ani ilość podkreśleń stosowanej dla ich wyrażenia. To jak głośno zostają wykrzyczana, czy jak grubą czcionką wypisana jest dana teza nie ma żadnego znaczenia dla oceny jej zasadności, za lektura Odwołania przywodzi na myśl raczej, iż zostało ono zredagowane zgodnie z regułą wg. której im bardziej wątpliwa podstawa faktyczna ma dana teza, tym większą ilością słownych i graficznych „wzmocniaczy” (mających świadczyć o jej „stanowczości” czy też „oczywistości”) jest ona okraszana. Co więcej, powyższa komplementarność postanowień SWZ znajduje wyraz również w treści Rozdz. XI pkt 1.3 „Kryterium dostarczenia Urządzeń (...)”, gdzie w tabeli, w samym nagłówku wskazano: „Termin dostarczenia urządzeń, o którym mowa w § 4 ust. 1 projektowanych postanowień umów stanowiących załącznik nr 7 do SWZ”. Z treści tej wynika zatem, że w § 4 ust. 1 mowa jest nie tylko, jak twierdzi Odwołujący, o terminie wdrożenia systemu, lecz także o terminie dostarczenia urządzeń. Tym samym z powyższych komplementarnych i czytanych łącznie wprost powiązanych treściowo postanowień SWZ wynika w szczególności, że wykonawcy oferując termin dostawy urządzeń oferowali także i termin wdrożenia; pozbawioną podstaw, jako sprzeczną z treścią SWZ jest teza Odwołującego, iż zachodzi „(...) niezgodność dla przedmiotowych terminów w postaci wyrażenia terminu dostawy urządzeń w dniach kalendarzowych, a następnie ich zróżnicowania na dni robocze na etapie umowy pozbawioną podstaw, jako sprzeczną z treścią SWZ, jest teza Odwołującego, iż „terminu na wdrożenie systemu centralnego wydruku jako takiego już nie ma, czyli może się odbyć nawet po kilku miesiącach od daty dostawy urządzeń” pozbawioną podstaw, jako sprzeczną z treścią SWZ jest teza Odwołującego, iż zamawiający nie jest unieważniony

pozostawioną podstawą, jako sprzeczna z treścią SWZ jest teza Odwołującego, iż „Zamawiający nie jest uprawniony żadnym razie do wskazania w §4 ust. 1 Umowy terminu na dostawę urządzeń określonego przez wykonawców w ramach kryteriów oceny ofert jako terminu wdrożenia systemu centralnego wydruku”. Korespondowanie określonego w § 4 ust. ppu terminu z treścią Rozdz. XI pkt 1.3 „Kryterium dostarczenia Urządzeń (...)”, gdzie w tabeli, w jej nagłówku co do terminu ocenianego w ramach kryterium wskazano: „Termin dostarczenia urządzeń, o którym mowa w § 4 ust. projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 7 do SWZ” nie jest dziełem przypadku, lecz wynika charakteru przedmiotowego zamówienia. Intencją Zamawiającego jest zakup kompleksowej usługi pn. „Zakup System Centralnego Wydruku (SCW) na okres 47 miesięcy dla Centrali ARiMR”, o czym stanowi również § 2 ust 2 pkt 3) umow zgodnie z którym: „W ramach zapewnienia Systemu Centralnego Wydruku Wykonawca zobowiązany jest do wdrożenia na własny koszt i ryzyko, Systemu Centralnego Wydruku, w tym: a) zainstalowania i uruchomienia Oprogramowania r platformie sprzętowo-systemowej Zamawiającego, opartej na Microsoft Windows Server 2016 lub wyższym, i rozmieszczenia, zainstalowania i konfiguracji Urządzeń we wskazanych przez Zamawiającego miejscach w Centrali, c) konfiguracji i uruchomienia Systemu Centralnego Wydruku.” Wzajemna korelacja terminu dostawy urządzeń i wdrożenia (czyli maksymalnych terminów na realizację tych zobowiązań) jest komplementarna także i z celem wykonania obu tych zobowiązań. Nie jest bowiem możliwe wykonanie wdrożenia systemu bez dostarczenia urządzeń stanowiących jego element. Dlatego też postanowienia SWZ są tak skonstruowane, aby termin maksymalny dostarczenia urządzeń nie mógł być terminem późniejszym niż termin maksymalny wdrożenia systemu. Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby „termin wskazany w ofertach wykonawców dotyczy bowiem wyłącznie dostawy urządzeń, a nie wdrożenia kompleksowej usługi centralnego wydruku”. Zapisy SWZ nie stanowią o niezgodności, a jedynie o tym, co jest zupełnie logiczne, że maksymalny dopuszczalny w SWZ termin na dostawę i wdrożenie systemu jest tym samym terminem.

Następnie Zamawiający stwierdził, że okoliczność, iż Wykonawca winien w świetle zapisów umowy w kryterium oceny ofert zaoferować dni Robocze, nie powinna budzić wątpliwości, zwłaszcza dla profesjonalisty, za jakiego uznaje się wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący natomiast odczytuje poszczególne postanowienia SWZ, w szczególności samego rozdziału XI SWZ, wybiórczo i jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego, w oderwaniu od pozostałej treści dokumentów.

Zamawiający podniósł również, że zarzut nr 3 oraz zarzut nr 6 (w zakresie referującym do zaniechania wyjaśnień cenowych) są zarzutami spóźnionymi. Odwołujący mógł je podnieść już wobec pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszą. Odwołujący stosuje praktykę, także w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, zgodnie z którą, pomimo wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wnosi odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert konkurentów znajdujących się niżej w rankingu ofert niż jego własna oferta, czy też wobec zaniechania odrzucenia tych ofert z innych podstaw niż zastosowane przez Zamawiającego. W Postępowaniu przy pierwotnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zachodziły tożsame okoliczności polegające na możliwości wniesienia odwołania przez konkurenta Odwołującego (tj. Przystępującego). Co więcej – odwołanie takie zostało przez Przystępującego wniesione i w wyniku jego rozpoznania Krajowa Izba Odwoławcza nakazała unieważnienie pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty Odwołującego.

Następnie Zamawiający stwierdził m.in., że dokonał oceny także co do części składowych oferty Przystępującego oraz w poniżej przedstawionych tabelach podał wynik badania cen przedmiotowych części składowych w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu:

Nazwa Wykonawcy	Poz nr 1 tabeli Wydruk/kopia kolor A4 Typ A Cena oferty	30% średniej arytmetycznej	Średnia arytmetyczna pomniejszona o 30%
Galaxy SI	0,18	0,16	0,11
COPY.NET.PL	0,13		
Nazwa Wykonawcy	Poz nr 7 tabeli Wydruk/kopia kolor A4 Typ C Cena oferty	30% średniej arytmetycznej	Średnia arytmetyczna pomniejszona o 30%
Galaxy SI	0,28	0,24	0,17
COPY.NET.PL	0,20		

Zdaniem Zamawiającego z powyższych danych wynika, że co do żadnej z części składowych oferty Przystępującego nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie ziszcila się zatem przesłanka do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego nawet w ramach omawianych cen składowych oferty, Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Teza Odwołującego o rzekomo rażąco niskiej cenie istotnych

części składowych oferty Przystępującego zbudowana została z wykorzystaniem swoistej inżynierii w zakresie metody dokonywania obliczeń matematycznych. Inżynieria ta prowadzić zdaje się ma do wywołania wrażenia, iż występujące różnice na poziomie 38 i 40 % są różnicami, które są nawet większe niż wskazywane w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Za punkt odniesienia do oceny tego, czy zachodzi okoliczność uzasadniająca powstanie domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny Odwołujący nie przyjmuje punktów odniesienia takich jak ustawodawca (tj. ani szacunkowej wartości zamówienia ani średniej arytmetycznej cen złożonych ofert), lecz ceny zaoferowane przez Odwołującego. Odwołujący przyjętymi wyznacznikami po pierwsze manipuluje w ten sposób, że za jedyny punkt odniesienia wyznacza ceny swojej własnej oferty, a więc sprzecznie z treścią art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Po drugie zaś konstruuje zarzut, poza ww. odniesieniem do własnej ceny, nie dostarcza argumentów co do zaistnienia jakichkolwiek okoliczności, które winny Zamawiającego skłonić do powzięcia wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji cen ofertowych przez Przystępującego. W treści uzasadnienia zarzutu próżno doszukiwać się podania okoliczności mogących choćby uprawdopodobnić tezę, że za taką cenę wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w warunkach zgodnego z prawem i treścią umowy współdziałania Zamawiającego, nie jest realne. Narracja uzasadnienia faktycznego zarzutu jest więc właściwie jedynie taka, że skoro cena elementów oferty Przystępującego jest niższa od cen Odwołującego, to znaczy, że Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do tej wyceny. Jest to narracja pozostająca bez związku z normą, której rzekome naruszenie Odwołujący Zamawiającemu zarzuca. Zamawiający dostrzegł wprawdzie, że w pkt 15 Odwołania znajdują się sformułowania o tym, że koszty wydruku w danej klasie urządzeń muszą być zbliżone do siebie i trzeba ująć wszystkie elementy cenotwórcze, ale nie sposób uznać takich ogólników za coś, co może stanowić podstawę faktyczną zarzutu. Jest to zatem zarzut typowo blankietowy, niewypełniony treścią uzasadnienia faktycznego. Brak jakiegokolwiek wywodu, przytoczenia jakichkolwiek okoliczności faktycznych wskazujących na to, jakie i w jakiej wysokości winny być uwzględnione składniki cenotwórcze, wywiedzenia jakiegokolwiek minimalnej wartości, poniżej której wg. Odwołującego nie jest możliwe wykonanie całości bądź istotnej części zamówienia. Z odwołania nie sposób się dowiedzieć czegokolwiek na ten temat.

Zamawiający stwierdził, że nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, zgodnie z którym: „Kwestia uśrednienia kosztów ma o tyle duży wpływ na zarzut zaniechania badania rażąco niskiej ceny, bo biorąc pod uwagę że Zamawiający nie deklaruje i nie gwarantuje na jakich urządzeniach dokona danej ilości wydruków (ilości wydruków są szacunkowe przyjęte jedynie do porównania złożonych ofert) nie sposób założyć, że Zamawiający z racji wygody (mając te same ceny za wydruk) zwiększy wydruk na urządzeniach znajdujących się w pokojach (typ C) kosztem odciążenia urządzeń typ A zlokalizowanych dalej od użytkowników (w korytarzach). Podobnie, kiedy mając te same ceny dla różnych formatów papieru nie zacznie drukować więcej prac w formacie A3.” Powyższa teza oznacza zdaniem Zamawiającego tyle, iż według Odwołującego ofertę należało skalkulować tak, aby była ona rentowana także w przypadku wystąpienia intencjonalnego działania Zamawiającego stanowiącego naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwości i lojalności kontraktowej, wynikających z art. 353 Kodeksu cywilnego. Zamawiający podkreślił, iż dotychczas to Odwołujący świadczył u Zamawiającego usługę centralnego wydruku, w cenach za wydruk mono mając te same ceny za wydruk dla wszystkich typów urządzeń tj. typ A, typ B oraz typ C, i jak wynika ze złożonych przez Zamawiającego raportów rozliczeniowych, nie miało to przedłożenia na ilość wydrukowanych stron na urządzeniu mającym największy koszt wydruku. Tym samym niezrozumiałe dla Zamawiającego jest założenie Odwołującego o potencjalnym zwiększeniu wydruków na urządzeniach typu C oraz zwiększeniu ilości druków w formacie A3, skoro sam Odwołujący w analogicznej sytuacji nie spotkał się z taką praktyką. Zamawiający wskazał na kolejny przykład dowolnej wykładni postanowień SWZ polegającej na dostosowywaniu jej rzekomej treści przez Odwołującego do koniunkturalnego stanowiska, czy też wręcz przeinaczania przez Odwołującego treści SWZ. Odwołujący w pkt 19 Odwołania wskazuje, że „ilości wydruków są szacunkowe przyjęte jedynie do porównania złożonych ofert”, co jest twierdzeniem prawdziwym jedynie w zakresie „ilości wydruków są szacunkowe”. Co do tego, że są zaś one przyjęte „jedynie do porównania złożonych ofert” należy wskazać, że jest to jedynie własna teza Odwołującego. Zamawiający wskazał bowiem w treści formularza ofertowego w uwadze pod tabelą 3, iż „(...) podał wartości szacunkowe. rzeczywista liczba stron wydruków lub kopii (...) będzie wynikała z bieżących potrzeb Zamawiającego”. Zamawiający stwierdził, że podał wartości szacunkowe nie tylko po to, aby umożliwić porównanie ofert (zastrzeżenia takiego w SWZ nie ma), ale także po to, aby ułatwić szacowanie cen ofert. Owe szacunkowe wartości mogą i powinny stanowić punkt odniesienia dla takich szacunków. Oczywiście możliwe są w trakcie wykonania umowy różnice wynikające z potrzeb Zamawiającego. „Potrzeba” jednak nie jest tym samym, co insynuowany Zamawiającemu przez Odwołującego, zabieg niepodyktowanego potrzebami manipulowania ilością wydruków na poszczególnych typach drukarek „z racji wygody”. Trudno przy tym mówić o „racji wygody” w korzystaniu z mniej wydajnych urządzeń. Szacunki Zamawiającego co do ilości wydruków oparte są na faktycznych danych historycznych. Nie wiadomo więc z jakiego powodu „z racji wygody” nagle pracownicy Zamawiającego mieliby drukować więcej niż dotychczas na mniej wydajnych urządzeniach, pomimo dostępności urządzeń wydajniejszych. Dlaczego też mieliby zmienić nagle swoje pojęcie „wygody” na diametralnie odmienne od dotychczasowego. Tym bardziej nie wiadomo, dlaczego Zamawiający miałby nakazać pracownikom, że od teraz będzie im „wygodniej inaczej”. Zupełnie nie wiadomo też, dlaczego miałby Zamawiający zacząć „drukować więcej prac w formacie A3” tylko dlatego, że cena jest taka sama jak

za format A4. Teoria snuta przez Odwołującego jest zupełnie oderwanym od rzeczywistości irracjonalnym scenariuszem wymagowanym przez niego na potrzeby wygenerowania czegoś, co miałyby w jego przekonaniu mieć choć pozór wskazania powodu, dla którego Zamawiający powinien powziąć wątpliwość w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego waloru takiego nie można przypisać tego rodzaju zupełnie irracjonalnym scenariuszom snutym przez Odwołującego. Zamawiający podziela pogląd o dopuszczalności badania cen istotnych części składowych ceny oferty. Poddaje jednak rozważeniu Izby, czy za taką istotną część można uznać elementy, co do których Odwołujący prowadzi jakikolwiek wywód w treści uzasadnienia zarzutu. Ilości i ceny w ofercie Przystępującego pozostają w następujących relacjach:

- Wydruk/kopie kolor A4 na urz. Typ A (pkt 14 Odwołania) to 1 551 000 szt wobec 21 949 000 szt wydruków/kopii ogółem oraz 190 733 zł wobec 1 089 313,83 zł za wydruki ogółem oraz wobec 3 207 703,47 (ceny z oferty Przystępującego: za wydruki A4, za wydruki ogółem oraz cena całkowita oferty).

- Wydruki/kopie A4 na urz. C (pkt 15 Odwołania) to 167 200 szt (47 000 szt kolor+ 122200szt mono) wobec 21 949 000 szt wydruków/kopii ogółem oraz 16 071,18 zł wobec 1 089 313,83 zł za wydruki ogółem oraz wobec 3 207 703,47 (ceny z oferty Przystępującego: za wydruki A4, za wydruki ogółem oraz cena całkowita oferty).

- Wydruk A3 (pkt 17-19 Odwołania) to 42 300 szt (kolor na typie B) plus 70 500 (mono na typie B), a więc razem 112 800 szt wobec 21 949 000 szt wydruków/kopii ogółem oraz 10 615 zł (8460+2155 zł) wobec 1 089 313,83 zł za wydruki ogółem oraz wobec 3 207 703,47 (ceny z oferty Przystępującego: za wydruki A4, za wydruki ogółem oraz cena całkowita oferty).

Zdaniem Zamawiającego powyższe dane wskazują, zarówno w ujęciu ilościowym jak i wartościowym, że co najmniej wydruk A4 na urządzeniach C oraz wydruk A3 to wręcz znikome, a nie istotne części oferty Przystępującego (podobnie zresztą kształtuje się to w przypadku oferty Odwołującego). Wydruk/kopie kolor A4 na urz. Typ A to natomiast 7,07 % ilości wydruków ogółem oraz 17,51 % wartości wydruków i 5,95 % całkowitej ceny oferty, przy czym cena za te wydruki/kopie jest wyższa niż średnia arytmetyczna cen złożonych ofert pomniejszona o 30%. Z najdalej idącej ostrożności Zamawiający wskazał, że w jego ocenie, nawet gdyby przyjąć, że w obrębie ww. elementów występuje zniżenie ceny (czemu Zamawiający konsekwentnie przeczy i konsekwentnie wskazuje, że Odwołujący nie przywołuje jakichkolwiek racjonalnych argumentów mogących stanowić realną faktyczną podstawę zarzutu), to i tak skala tego rzekomego zniżenia byłaby zupełnie pomijalna wobec wartości całkowitej ceny oferty Przystępującego i wobec relacji tej całkowitej ceny do ceny całkowitej ceny oferty Odwołującego. Nadto, odnosząc się do wywiedzonego jedynie w treści pkt 21 zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z niewzewaniem Przystępującego do wyjaśnień ceny, pomimo dokonania takiego wezwania w stosunku do Odwołującego, Zamawiający podniósł, że zarzut i w tym zakresie także jest bezzasadny. Zamawiający, co wprost wynika z treści przedmiotowego wezwania, wezwał Odwołującego do wyjaśnień z uwagi na treść art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, w związku ze ziszczeniem się hipotezy tego przepisu polegającym na tym, że cena oferty Odwołującego była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Okoliczność taka nie zachodziła wobec oferty Przystępującego. Sam Odwołujący w uzasadnieniu faktycznym zarzutu nie kwestionuje tej okoliczności. Tym samym teza zawarta w pkt 21 Odwołania jakoby to Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców „nie dokonując wezwania (...) Copy.net (...) w tych samych okolicznościach faktycznych (...)” pozostaje w oderwaniu od stanu faktycznego sprawy, nie zachodzą bowiem w stosunku do tych ofert te same okoliczności faktyczne, co czyni zarzut bezzasadnym.

W odniesieniu do zarzutów nr 4 i 5 Zamawiający wskazał w szczególności, że nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, który twierdzi, że: „Wykonawca Copy.net w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się doświadczeniem określonym w SWZ przedłożył dwie referencje dla podmiotu P.H.U. VECTOR Sp. z o.o., w tym jedną dla Polskiej Grupy Górniczej (dowód nr 3). Z przedłożonego dokumentu nie wynika natomiast by w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert nastąpiła realizacja zamówienia odpowiadająca wymogom SWZ. W treści referencji wskazano na realizację przez Wykonawcę P.H.U. VECTOR Sp. z o.o. trzech umów, w tym z roku 2017, 2018 i 2019, które łącznie obejmowały zakres wskazany w referencji. Z dokumentu nie wynika zatem, by w okresie referencyjnym, tj. od dnia 23 sierpnia 2020 r. nastąpiło łącznie świadczenie usługi wydruku wraz z zapewnieniem urządzeń drukujących. Z treści referencji nie wynika, jakie czynności zostały wykonane w ramach realizacji zamówienia”.

Zamawiający podał, że w opisie warunku udziału w postępowaniu zawartego w Rozdziale III.2 SWZ wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje: co najmniej 2 (dwie) usługi, o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych 00/100), polegających na świadczeniu usługi wydruku wraz z zapewnieniem urządzeń drukujących. Przystępujący w złożonym w postępowaniu Wykazie usług wskazał usługi, z których druga, świadczona na rzecz Polskiej Grupy Górniczej, zgodnie z treścią wykazu, polegała na wykonaniu usługi

wydruku wraz z zapewnieniem urządzeń drukujących, a realizowana była w oparciu o umowę ERU 531700526. Wykonawca w ramach przedmiotowej usługi wykonał 50% kontraktu na łączną kwotę 3 539 448,00 zł. Na potwierdzenie, że przedmiotowa usługa została wykonana należyte przedłożona została referencja. Nie sposób podzielić zarzutów Odwołującego, że: „z dokumentu referencji nie wynika zatem, by w okresie referencyjnym, tj. od dnia 23 sierpnia 2020 r. nastąpiło łącznie świadczenie usługi wydruku wraz z zapewnieniem urządzeń drukujących. Z treści referencji nie wynika, jakie czynności zostały wykonane w ramach realizacji zamówienia”. W treści referencji wprost wskazano, że przedmiotem wymienionych w tej referencji umów była „instalacja. Wdrożenie systemu i świadczenie usługi centralnego wydruku (...), zaś dalej w tejże referencji wskazano, że konsorcjum, w skład którego wchodził Vector sp. z o.o. zrealizowało wyszczególnione dalej czynności.

W ocenie Zamawiającego referencje szczegółowo określają co było przedmiotem umowy, a Zamawiający nie miał żadnych podstaw do tego, aby podważyć ich treść. Przywołana realizacja - jak wynika z treści dokumentu i co wskazał Odwołujący - została wykonana w ramach trzech różnych umów (umowa nr ERU 531700526, umowa nr ERU 531800313 oraz ERU 531900292), z których wszystkie trzy umowy, co wynika wprost z treści referencji, dotyczyły zakresu określonego przez Zamawiającego w ramach warunku udziału w Postępowaniu. Treść referencji jest jasna i nie budzi wątpliwości. Jednocześnie Zamawiający, poddając analizie treść złożonego Wykazu usług w takim zakresie, w jakim ten służy ocenie w zakresie postawionego w Postępowaniu warunku uznał, że Przystępujący warunki te spełnia.

Następnie Zamawiający stwierdził, że podziela pogląd wyrażony m.in. w wyroku Izby z dnia 16 września 2020 r. (KIO 2046/20), zgodnie z którym: „pojęcia usługi nie należy utożsamiać z jedną umową, a dopuszczalne było w ramach potwierdzenia wartości odnoszącej się do doświadczenia wykazaniem się usługą realizowaną w ciągu ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, na rzecz jednego Zamawiającego z wielu umów. Inaczej mówiąc Izba podzieliła stanowisko, że takie sumowanie byłoby dopuszczalne gdyby usługa była realizowana w ramach następujących po sobie odrębnych umów, gdy stanowiły one funkcjonalną całość, następowały po sobie i dotyczyły, tzn. były realizowane na rzecz tego samego podmiotu. Nie różniłoby się więc to niczym z sytuacją jakby było to realizowane na podstawie jednej umowy.” Zamawiający przywołał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) o treści: (...) art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich”.

Zamawiający zauważył również, że Odwołujący konstruując zarzut popadł w wewnętrzną sprzeczność dotyczącą terminu realizacji zamówienia, bowiem wskazał, że: „Z treści referencji nie wynika, jakie czynności zostały wykonane w okresie od 22 sierpnia 2020 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. kiedy nastąpiła realizacja zamówienia”, w dalszej części Odwołania argumentując: „Z warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie bowiem wynika, że w okresie trzyletnim przed składaniem ofert wykonawca zobowiązany jest wykazać się usługą polegającą na świadczeniu usługi wydruku wraz z zapewnieniem urządzeń drukujących. Zamawiający w tym zakresie jednak zaniechał nawet wezwania do wyjaśnień złożonych dokumentów, mimo odległych dat realizacji zamówienia (w referencjach mowa jest o umowach z roku 2017 i 2018”. Otóż Zamawiający podkreśla, że argumentacja Odwołującego jest błędna, gdyż zarówno w referencji jak i w wykazie usług jest mowa o jednej dacie realizacji zamówienia tj. 31 grudnia 2021 r. Zamawiający określił wymóg wykazania się doświadczeniem w okresie ostatnich 3 lat, przez co należy rozumieć należy okres trzech lat od dnia, w którym wymagane było złożenie tego oświadczenia. Powyższe potwierdza Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2022 r. (KIO 2967/22), gdzie wskazano, że „Zgodnie z Ustawą i Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) (dalej Rozporządzenie w sprawie środków dowodowych) (§ 9 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt. 1, ust. 4) warunek doświadczenia wymaga wykazania dla usług ich wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia upływu terminu składania ofert, chyba że okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, wtedy doświadczenie nabyte winno zostać w okresie prowadzenia działalności. Wyjątek przewidziany jest wyłącznie w przypadku udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - wykaz dostaw lub usług dotyczy okresu ostatnich 5 lat (§ 11 ust. 1 pkt 1 ww. Rozporządzenia). Ratio legis dla takiego uregulowania stanowi konsekwencję woli ustawodawcy zagwarantowania dopuszczenia do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców posiadających aktualne doświadczenie, będące efektem wykonania odpowiednich usług w zbliżonych realiach w stosunku do udzielanego zamówienia. Ma to tym bardziej doniosłe znaczenie w odniesieniu do usług dotyczących systemów informatycznych, a więc dziedziny, która rozwija się obecnie szczególnie dynamicznie, co jest okolicznością powszechnie znaną.” Dopuszczenie doświadczenia uzyskanego wcześniej jest dozwolone wyłącznie wyjątkowo w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata, z czym w Postępowaniu nie mamy do czynienia. Przyjęcie powyższego założenia konieczności wykazania realizacji usług referencyjnych w przewidzianym na to w SWZ okresie poprzedzającym termin

złożenia ofert (tutaj 3 lata) znajduje również oparcie w literalnym brzmieniu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), załącznik nr XII Część II: Zdolność techniczna, zgodnie z którym Środki stanowiące dowód zdolności technicznej wykonawców, o której mowa w art. 58 stanowią a) następujące wykazy: (...) (ii) "wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych nie wcześniej niż w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców publicznych lub prywatnych. W razie potrzeby, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji, instytucje zamawiające mogą zaznaczyć, iż uwzględniane będą dowody dotyczące odpowiednich dostaw lub usług zrealizowanych bądź wykonanych ponad trzy lata wcześniej". Ustawodawca celowo posługuje się zwrotami "wykonanych w okresie" lub "wykonywanych w okresie". Zatem w odniesieniu do wykonanych usług, świadczenie wykonawcy musi się albo w całości mieścić w tym okresie, albo co najmniej w tym okresie powinno być spełnione (zamówienie powinno być wykonane w dacie mieszczącej się w dopuszczalnym okresie). Natomiast w przypadku dostaw lub usług o charakterze powtarzającym się lub ciągłym świadczenie wykonawcy nadal powinno trwać w tym okresie. Zatem dla uznania, że określone w wykazie zamówienie mieści się w okresie 3 lat (ewentualnie w okresie prowadzonej działalności), wystarczające jest, aby zakończenie realizacji tego zamówienia nastąpiło w tym okresie (lub - w przypadku dostaw lub usług o charakterze powtarzającym się lub ciągłym - nadal trwało), nawet jeśli rozpoczęcie jego realizacji miało miejsce wcześniej. Innymi słowy, nie jest konieczne, by cały czas wykonywania zamówienia mieścił się w rzeczonym okresie. W wyr. z 11.4.2019r. (I GSK 2523/18, Legalis) NSA trafnie wskazał, że: "sformułowanie "robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat" wprowadza tylko ogranicznik w postaci daty granicznej końca robót, nie wprowadza zaś ogranicznika w odniesieniu do terminu rozpoczęcia robót" oraz że regulacja ta nie dyskryminuje wykonawców, którzy prowadzili duże, długotrwałe inwestycje, rozpoczęte wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat. Zauważenia wymaga również, że dopiero moment zakończenia wykonywania zadania referencyjnego pozwala na ocenę, czy zostało ono w całości należycie wykonane".

W dalszej kolejności Zamawiający podał, że w Rozdziale III.2, 1.2 SWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania przez Wykonawców norm systemu zarządzania jakością PN-EN ISO 9001:2015-10 lub nowsza; lub równoważna, systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji PNISO/IEC 27001:2013 lub nowsza; lub równoważna, systemu zarządzania usługami PN-ISO/IEC 20000-1:2011 lub nowsza; lub równoważna, systemu zarządzania ochroną środowiska PN-EN/ISO 14001:2015 lub nowsza; lub równoważna. Następnie, w dniu 9 sierpnia 2023 r., pismem znak ZP.110.DPiZP.2610.8.2023.AS dokonał poniższej zmiany warunku udziału w postępowaniu: „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału we wskazanym zakresie, jeżeli Wykonawca ma wdrożoną normę systemu zarządzania jakością PN-EN ISO 9001:2015-10 lub nowszą; lub równoważną”. Jednocześnie w przywołanym rozdziale SWZ, Zamawiający wskazał, iż w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia normy musi mieć wdrożone każdy z wykonawców z osobna, jednak Przystępujący nie ubiega się wspólnie z innym wykonawcą o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto, w Rozdziale IV.5.4 SWZ Zamawiający wskazał: „Zamawiający żąda od Wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów podmiotowych środków dowodowych wymienionych w Rozdz. IV.1 pkt 2.6. oraz w Rozdz. IV.3 pkt 1.1. – 1.3. SWZ. Postanowienia Rozdz. IV.3. SWZ stosuje się odpowiednio. Wobec powyższego na Dokumenty, które zgodnie z SWZ obowiązany był złożyć Wykonawca co do podmiotu, z którego potencjału korzysta składały się:

- 1)Rozdz. IV.1 pkt 2.6 SWZ - Oświadczenie Wykonawcy, w zakresie braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 oraz art. 7 ustawy o szczególnych rozwiązaniach. (Załącznik nr 2 do SWZ);
- 2)Rozdz. IV.3 pkt 1.1. - informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;
- 3)Rozdz. IV.3 pkt 1.2. odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;
- 4)Rozdz. IV.3 pkt 1.3. oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego (...) (Załącznik nr 4 do SWZ)

Zamawiający zatem enumeratywnie wskazał podmiotowe środki dowodowe, które powinien złożyć podmiot używający zasób. Wśród tych enumeratywnie wskazanych dokumentów nie ma dokumentu określonego w Rozdz. IV. pkt 2.2 tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez Wykonawcę norm określonych w Rozdziale III.2., pkt 1.2. SWZ. Wskazanie przez Zamawiającego na odpowiednie stosowanie Rozdziału IV.3 SWZ oznacza de facto odesłanie do opisanej tam procedury wzywania do podmiotowych środków dowodowych, a nie wskazanie na stosowania wszystkich podmiotowych środków dowodowych, gdyż te dokumenty zostały wskazane przez

Zamawiającego wprost. Z powyższego wynika, że złożenie przez Przystępującego certyfikatu ISO 9001:2015 dla Vector sp. z o.o. było działaniem nadmiarowym w stosunku do wymagań SWZ. Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że przedmiotem zarzutu jest wyłącznie to, że według Odwołującego „rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp byłaby sytuacja, w której Zamawiający dopuścił do realizacji zamówienia w odniesieniu do którego wymóg posiadania odpowiedniego certyfikatu nie był spełniony na dzień składania ofert”. Zamawiający podniósł, że wraz z ofertą, poza ww. certyfikatem dla Copy.net, Przystępujący złożył także tożsamy certyfikat dla podmiotu udostępniającego (tj. P.H.U Vector sp. z o.o.), z datą rozpoczęcia cyklu 21 października 2020, datą wydania 21 października 2020 r, oraz ważnością do 20 października 2023 r. A zatem na dzień składania ofert tj. na dzień 22 sierpnia 2023 r. także P.H.U. Vector dysponował takim certyfikatem (podobnie zresztą jak Copy.net). Tym samym P.H.U Vector sp. z o.o. posiadał przedmiotowy certyfikat zarówno złożony wraz z ofertą, aktualny na dzień złożenia ofert (tak jak tego by chciał Odwołujący, tj. zgodnie z załącznikiem nr 1 do ppu stanowiącego zał. Nr 7 do swz), jak i certyfikat złożony na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z treścią tego przepisu „aktualny na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”. Zdaniem Zamawiającego pomijanie zaś powyższych okoliczności faktycznych przez Odwołującego (pomimo udostępnienia mu dokumentacji Postępowania) jest kolejnym przejawem stosowanej przez niego w Odwołaniu metody wybiórczego, instrumentalnego posługiwania się stanem faktycznym.

W odniesieniu do zarzutu nr 6 odwołania Zamawiający wskazał, że jest on zarzutem wynikowym, uzależnionym od potwierdzenia się innych zarzutów Odwołania, W konsekwencji także i ten zarzut podlega oddaleniu jako bezzasadny.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca P.S. prowadzący w Warszawie działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.pl P.S. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut nr 4. W związku z tym w tym zakresie odwołanie podlegało umorzeniu.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W sprawie zostało ustalone, że na wyrok Izby z 23 października 2023 r. w sprawie sygn. akt KIO 2957/23 została wniesiona przez Odwołującego skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie, która nie została jeszcze rozpatrzona. Na dzień złożenia odwołania, Odwołujący nie utracił zatem statusu wykonawcy. W związku z tym Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego co do podstaw odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.*

Na rozprawie Zamawiający, Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz przekazane przez Zamawiającego wskazane w odpowiedzi na odwołanie miesięczne raporty rozliczeniowe z umowy zawartej z Odwołującym.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Rozpatrując odwołanie, Izba w pierwszej kolejności ustala, czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania, przy czym może to nastąpić bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Wykazując interes we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał: „Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, w tym jedna przez Odwołującego, druga przez Wykonawcę, który został wybrany jako najkorzystniejszy. Odwołujący jest wykonawcą, który jest zainteresowany udzieleniem zamówienia. Mimo że oferta Odwołującego została odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący w dalszym ciągu legitymuje się interesem w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. W okolicznościach niniejszego postępowania Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania mimo, że postępowanie obciążone jest nieusuwalną wadą oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy. To natomiast oznacza, że gdyby Zamawiający dokonał analizy dokumentów zamówienia w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa i unieważnił postępowanie, Odwołujący mógłby ponownie ubiegać się o zamówienie.” Odwołujący podał, że na prawidłowość powyższego rozumienia interesu we wniesieniu odwołania, a tym samym na legitymację do jego złożenia wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w przytoczonych przez niego wyrokach, z których można wywieść, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie jest ograniczony jedynie do uzyskania

zamówienia w ramach danego postępowania, ale również do uzyskania zamówienia w ramach postępowania wszczętego po skutecznym unieważnieniu postępowania, w którym nie było możliwe wyłonienie oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał również, że „w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2016r., C689/13 Trybunał podkreślił, że „każdy z uczestników sporu ma równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych konkurentów. Po drugie, nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw wykluczenia ofert tak wybranego oferenta, jak i oferenta kwestionującego decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania.” Przy czym dodatkowo Trybunał uznał, że „liczba uczestników postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, podobnie jak liczba jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżności w podnoszonych w odwołaniach zarzutów nie mają znaczenia dla stosowania zasady prawnej wynikającej z wyroku Fastweb z dnia 4 lipca 2013 sygn. akt (C-100/12, czyli zasady szerokiego pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia obejmującego interes w uzyskaniu zamówienia tak w bieżącym jak również w przyszłym postępowaniu.”

Następnie Odwołujący m.in. stwierdził, że nawet jeśli postępowanie w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie podlega unieważnieniu, to braki w ofercie wykonawcy Copy.net. P.S. są na tyle istotne, że bez ich wyjaśnienia oraz uzupełnienia oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym w przypadku ewentualnego wyjaśnienia i uzupełnienia przez wykonawcę Copy.net. P.S. dokumenty te raz jeszcze podlegają będą kontroli także przez Odwołującego w celu ustalenia czy oferta nie podlega odrzuceniu. Jeśli powyższe okoliczności się potwierdzą postępowanie z uwagi na brak ważnych ofert Zamawiający zmuszony będzie unieważnić i wszcząć kolejne postępowanie, a to czyni interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia jak najbardziej rzeczywisty. W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że wobec okoliczności, w których postępowanie winno zostać unieważnione, ze względu na okoliczności przez niego wskazane w uzasadnieniu odwołania i ponownie wszczęte, ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

*Stosownie do art. 505 ust. ustawy Pzp 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.*

W związku z tym ocenie podlega, czy Odwołujący wykazał wypełnienie się materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, tj. czy wykazał, że: 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Ze stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego w odwołaniu wynika, że jego działanie jest ukierunkowane na unieważnienie postępowania. Odwołujący na posiedzeniu, potwierdził, że przysługuje mu uprawnienie uzasadnienia interesu do wniesienia odwołania tym, iż domaga się unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, nie jest to wystarczający sposób wykazania wypełnienia się ww. materialnoprawnych przesłanek dla skorzystania z możliwości wniesienia środka ochrony prawnej, tym bardziej, że zarzuty zmierzające do tego celu, tj. do unieważnienia postępowania, nie kwalifikują się do uwzględnienia i nie uzasadniają stanowiska Odwołującego co do istnienia podstaw unieważnienia postępowania.

W związku z tym odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów **Błąd! Nie zdefiniowano zakładki.** stwierdzenia w szczególności wymaga:

Ad zarzuty nr 1 i 2 postawione w odwołaniu jako główne

W ocenie Izby zarzut nr 1 jest przede wszystkim spóźniony.

Jak bowiem należy wywieść z odwołania i jak sam Odwołujący przyznał na rozprawie, dotyczą one interpretacji postanowień SWZ. Z treścią SWZ Odwołujący mógł się zapoznać już 12 lipca 2023 r. i w ustawowym terminie licząc od tej daty wnieść odwołanie. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się bowiem w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Skoro Odwołujący, jako profesjonalista, nie zakwestionował tych postanowień w ustawowym terminie, to oznacza, że nie dostrzegł ich niezgodności z ustawą i może stawiać zarzutów dotyczących obecnie – jak twierdzi – dostrzeżonych rozbieżności pomiędzy jednym z jakościowych kryteriów oceny ofert a postanowieniem § 4 ust. 1 PPU. Tym bardziej, że Odwołujący nie wykazuje, że zostały złożone nieporównywalne oferty.

Nadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, zarzut dotyczący naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp został wadliwie skonstruowany. Odwołujący nie uzasadnia bowiem dłaczego wskazywane przez niego wady dokumentacji postępowania uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

podczas gdy powinien także wskazać istniejącą według niego podstawę unieważnienia umowy, a zatem nawiązać do przesłanek wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Postawiony w tym miejscu zarzut nr 2 dotyczy naruszenia art. 239 ustawy, zgodnie z którym: *1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Odwołujący nie wykazuje jednak przesłanek zastosowania tego przepisu. Odwołujący wskazuje na możliwość wystąpienia jego zdaniem rozbieżności interpretacyjnych SWZ i PPU, nie wykazuje natomiast, że Zamawiający dokonał oceny wybranej oferty na podstawie innych kryteriów, niż określone w dokumentach zamówienia.

Ad zarzuty ewentualne - zarzuty te w ocenie Izby są nieuzasadnione.

Ad zarzut nr 3

Odwołujący stawia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym dla wszczęcia procedury wyjaśnień konieczne jest stwierdzenie, że zaoferowana cena, lub istotne jej części wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, z argumentacji Odwołującego wynika, że wyznacznikiem prawidłowości kalkulacji cenowej konkurencyjnej oferty jest to, czy cena tej oferty jest zbieżna z jego własną wyceną. W okolicznościach analizowanej sprawy nie jest to jednak wystarczający i miarodajny wyznacznik.

Odwołujący nie wykazał, chociaż to na nim spoczywał ciężar dowodu, że Zamawiający miał lub powinien mieć podstawy do wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego i w związku tym wykonawca ten powinien być wezwany do wyjaśnień ceny swojej oferty w zakresie trzech z ośmiu pozycji, tj. pozycji 1, 6 i 7 formularza ofertowego, nie wykazał w szczególności, że chodzi o istotne części składowe ceny oferty Przystępującego.

Jak natomiast zostało przedstawione przez Przystępującego na rozprawie, jego oferta zawiera dwa razy wyższą cenę niż cena oferty Odwołującego. Suma pozycji nr 1 to 165 tys. zł, poz. nr 6 to 2,6 tys. zł, zaś poz. Nr 7 to 11,5 tys. zł. (podane wielkości są zaokrąglone). Ich suma to ok. 178 tys. zł., co stanowi ok. 5% ceny oferty przystępującego wynoszącej 3,2 mln zł, przy czym różnica w cenach kwestionowanych pozycji w ofercie Odwołującego i Przystępującego to 78 tys. zł, co stanowi ok. 2,5% wartości oferty.

Również przedstawiona powyżej obszernie argumentacja Zamawiającego, zawarta w odpowiedzi na odwołanie, prowadzi do wniosku, że nie sposób przyjąć, że powinien on po pierwsze, uznać, iż wskazywane przez Odwołującego trzy pozycje ceny oferty Przystępującego stanowią istotne części składowe, a po drugie, że powinny się one wydawać Zamawiającemu rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzić wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe wykonanie za te ceny zamówienia. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja w tym zakresie opiera się na przyjętych przez niego hipotetycznych zmianach potrzeb Zamawiającego, bez wykazania zasadności takich założeń, bez wykazania, że podane przez Zamawiającego szacunkowe wielkości znacząco odbiegają od dotychczasowej praktyki, w tym bez zakwestionowania przedłożonych przez Zamawiającego miesięcznych raportów rozliczeniowych wykonania usług dotychczas realizowanych przez Odwołującego z których wynika m.in. in. ilość wydruków na poszczególnych urządzeniach, nie może być uznana za wystarczającą do uznania zasadności zarzutu.

Następnie zauważenia wymaga, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp został postawiony w odwołaniu w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Ze stanowiska Odwołującego wynika, że nierówności w traktowaniu wykonawców dopatruje w tym, iż został on wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień ceny, natomiast Przystępujący nie. Odwołujący nie wykazuje przy tym, że wezwanie skierowane do niego Zamawiający opierał na tej samej podstawie prawnej i wystąpieniu w stosunku do obydwu wykonawców tych samych okoliczności wymagających analizy w zakresie ceny ich ofert.

Tymczasem jak wynika z ustaleń Izby wezwanie do wyjaśnień ceny z 31 sierpnia 2023 r., wystosowane do Odwołującego przez Zamawiającego, jako podstawę wskazuje art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i zawiera stwierdzenie, że następuje ono: *„(...) z uwagi na to, że cena całkowita Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert*

*niepodlegających odrzuceniu (...)*"

Wobec oferty Przystępującego nie zaistniała natomiast przesłanka wystąpienia o wyjaśnienia, która wystąpiła w odniesieniu do ceny oferty Odwołującego. Cena oferty Przystępującego nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Oznacza to, że trudno zgodzić się z Odwołującym, który ogólnie wskazuje na istnienie tych samych okoliczności wskazujących na konieczność wystąpienia o wyjaśnienia ceny oferty do obydwu wykonawców, a z braku takiego wystąpienia do Przystępującego wywodzi nierówne traktowanie wykonawców.

Ad zarzut nr 5

Nie jest sporne, że referencje wystawione przez Polską Grupę Górniczą potwierdzały należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie usług, złożonym przez Przystępującego, a wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby, tj. P.H.U. VECTOR Sp. z o.o.

Nie ma także sporu co do tego, że wykaz usług złożony przez Przystępującego zawiera informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że wykaz usług złożony przez Przystępującego zawiera nieprawdziwe informacje, a także nie wykazał, że Zamawiający winien w tym zakresie powziąć wątpliwości.

Z powyższych powodów zarzut należy uznać za niezasadny.

Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Izby rolę referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy. Stanowisko to ma oparcie w przepisie § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 roku poz. 2415).

Jak wyżej wskazano, w okolicznościach analizowanej sprawy Odwołujący nie kwestionuje, że wskazane przez niego referencje nie potwierdzają należytego wykonania usług wskazanych w wykazie złożonym przez Przystępującego, zatem należy uznać, że spełniają one swoją rolę dla potwierdzenia spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Treść referencji jako wystawionych przez inny podmiot, niż wykonawca biorący udział w danym postępowaniu, nie musi w całości literalnie zawierać sformułowań zawartych przez danego zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wykonawcy nie mają bowiem decydującego wpływu na ich treść. W związku z tym argumentacja Odwołującego dotycząca wskazanych przez niego braków w tych referencjach, nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu, w ramach którego Odwołujący nie kwestionuje, iż wykaz usług potwierdza spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Zauważenia wymaga, że dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia istotne znaczenie ma treść oświadczenia wykonawcy zawartego w złożonym przez niego wykazie usług, w którym, co nie jest sporne, wskazane zostały m.in. wykonane usługi, ich wartość, data wykonania, czy podmiot, na rzecz których zostały wykonane. To bowiem nie referencje, których zadaniem jest poświadczanie należytego wykonania zamówienia, lecz wykaz usług stanowi potwierdzenie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

W okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że spór dotyczy natomiast tego, czy referencje wystawione przez Polską Grupę Górniczą (w treści: „PGG”) w sposób jednoznaczny, nie wymagający co najmniej wyjaśnień, potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosi w tym zakresie, że z referencji tego podmiotu nie wynika jakie czynności zostały wykonane w okresie od 22 sierpnia 2020 r. do 31 grudnia 2021 r., jak też to, że wskazuje, że zostały wykonane w ramach trzech umów, co miałoby oznaczać możliwość, iż w ramach tych umów mógłby zostać dostarczony inny element związany z organizacją usługi centralnego wydruku, w tym odrębnie dostarczone urządzenia oraz oprogramowanie.

Zauważenia przy tym w szczególności wymaga, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, nie podważa stanowiska Przystępującego zawartego w złożonym piśmie, gdzie zostało wskazane, iż w spornej referencji PGG wskazała na należyte wykonanie umów, których przedmiotem była instalacja/wdrożenie systemu i świadczenia usługi centralnego wydruku do 31 grudnia 2021 r. Odwołujący nie wykazuje przy tym, że Zamawiający wyłączył możliwość zdobycia wymaganego doświadczenia w ramach więcej niż jednej formalnie zawartej umowy. Odwołujący nie podnosi i nie wykazuje, że sporne referencje nie dotyczą usługi referencyjnej wskazanej w wykazie usług.

Trudno zatem dopatrzeć się zasadności wątpliwości zgłaszanych przez Odwołującego w tym zakresie. Dotyczy to także argumentacji dotyczącej czasu realizacji usług. Nie ma w tym zakresie sporu, że zakończenie świadczenia usług nastąpiło w czasie określonym w warunku udziału w postępowaniu. To, że ich świadczenie rozpoczęło się w okresie wcześniejszym, pozostaje, w ocenie Izby, bez wpływu na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący nie wykazał z czego jego zdaniem miałyby wynikać, że cały zakres prac miałby mieścić się w

okresie referencyjnym, zaś prace rozpoczęte przed tym okresem nie mogą zostać uwzględnione nawet jeśli trwały w okresie referencyjnym.

Ad zarzut nr 6 dotyczący naruszenia art. 239 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego naruszenie tego przepisu nastąpiło poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, a co najmniej na skutek zaniechania ponownego badania złożonych przez tego wykonawcę dokumentów.

Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany na podstawie innych kryteriów niż określone w SWZ.

Zarzut ten jest konsekwencją ww. zarzutów, które nie potwierdziły się. W związku z tym także ten zarzut nie znajduje potwierdzenia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący: .....**