

WYROK
z dnia 27 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 r. przez Odwołującego – **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Fabryczna 13 lok. 1, 65-410 Zielona Góra

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – **Centrum Obsługi Administracji Rządowej**, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa, działający w imieniu i na rzecz jednostek: Biuro do Spraw Substancji Chemicznych, Biuro Rzecznika Prawa Pacjenta, Centrum Obsługi Administracji Rządowej, Dolnośląski Urząd Wojewódzki, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wraz z Oddziałami, Generalna Dyrekcja Ochrony Środowiska, Główny Inspektorat Farmaceutyczny, Główny Inspektorat Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, Główny Inspektorat Ochrony Roślin i Nasiennictwa, Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, Główny Inspektorat Sanitarny, Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Główny Inspektorat Weterynarii, Główny Urząd Geodezji i Kartografii, Główny Urząd Miar, Główny Urząd Nadzoru Budowlanego, Główny Urząd Statystyczny, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, Kujawsko-Pomorski Urząd Wojewódzki, Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie, Lubuski Urząd Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim, Łódzki Urząd Wojewódzki w Łodzi, Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie, Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie, Ministerstwo Cyfryzacji, Ministerstwo Edukacji Narodowej, Ministerstwo Energii, Ministerstwo Finansów, Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, Ministerstwo Infrastruktury, Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Ministerstwo Obrony Narodowej, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, Ministerstwo Sportu i Turystyki, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Ministerstwo Sprawiedliwości, Ministerstwo Środowiska, Ministerstwo Zdrowia, Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych, Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, Państwowa Agencja

Atomistyki, Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie, Podlaski Urząd Wojewódzki w Białymstoku, Pomorski Urząd Wojewódzki w Gdańsku, Rządowe Centrum Bezpieczeństwa, Rządowe Centrum Legislacji, Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, Świętokrzyski Urząd Wojewódzki w Kielcach, Urząd do Spraw Cudzoziemców, Urząd do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych, Urząd Komunikacji Elektronicznej, Urząd Lotnictwa Cywilnego, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Urząd Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Urząd Regulacji Energetyki, Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Urząd Transportu Kolejowego, Urząd Zamówień Publicznych, Warmińsko-Mazurski Urząd Wojewódzki w Olsztynie, Wielkopolski Urząd Wojewódzki w Poznaniu, Wyższy Urząd Górniczy, Zachodniopomorski Urząd Wojewódzki w Szczecinie,

przy udziale

Wykonawcy – **Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego – GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego – Centrum Obsługi Administracji Rządowej kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2474/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Centrum Obsługi Administracji Rządowej, działającego w imieniu i na rzecz jednostek w celu zawarcia umowy ramowej na *dostawę urządzeń biurowych* (nr postępowania 2019/2), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 22.02.2019r., 2019/S 038-085138, wobec ponownej czynności oceny ofert dla części II i III zamówienia, zakończonej wyborem oferty najkorzystniejszej (SUNTAR Sp. z o.o.) Wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wniósł w dniu 28 września 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2474/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 7 w zw. z art. 8 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia dokumentów wskazanych przez Odwołującego;
2. art. 7 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej;
3. art. 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie „krotności”, tj. dokonanie oceny oferty w której uwzględniono koszt materiałów eksploatacyjnych umożliwiające wydruk minimum 400 000 stron zamiast kosztów materiałów eksploatacyjnych umożliwiające wydruk minimum 300 000 stron;
4. art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 i 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania badania i oceny wszystkich ofert w taki sam sposób, w tym samym czasie i poprzestanie na ocenie oferty Suntar w oderwaniu od postanowień siwz i pozostałych ofert;
5. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Suntar pomimo, iż okres związania ofertą minął, a Suntar nie złożył oświadczenia o przedłużeniu tego okresu;

ewentualnie

6. art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo tego, że jego wykonanie i prowadzenie nie leży w interesie publicznym i jednocześnie postępowania jest obarczone wadą polegającą na tym, iż w postępowaniu nie ma ofert porównywalnych, przy czym brak porównywalności wynika z faktu, iż w siwz pozwalała na różny sposób skalkulowania ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny oferty Suntar Sp. z o.o., nakazanie poprawienia oferty Odwołującego (zmniejszenia) w zakresie ilości materiałów eksploatacyjnych z ewentualnym uprzednim

wezwaniam do wyjaśnień, nakazanie odrzucenia oferty Suntar w II i III części zamówienia, nakazanie udostępnienia korespondencji prowadzonej z Wykonawcą Suntar w ramach przedmiotowego postępowania od momentu złożenia przez Suntar skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie. Ewentualnie o nakazanie wezwania Suntar do złożenia dokumentów wymaganych w rozdziale IX ust. 1 pkt 2 siwz, ewentualnie nakazanie unieważnienia postępowania w części III zamówienia i nałożenie kary na Zamawiającego, o której mowa w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) siwz.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach powtórzonej czynności oceny ofert w dniu 18.09.2020 r. drogą elektroniczną.

Uzasadnienie zarzutów.

Zamawiający podpisał umowy ramowe z Wykonawcami, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w częściach zamówienia: I (drukarki), II (skanery i drukarki przenośne) i III (urządzenia wielofunkcyjne). Czynność Zamawiającego stanowiła wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13.08.2019r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 1399/19 i KIO 1400/19. Wykonawca Suntar Sp. z o.o. w dniu 2.09.2020r. zaskarżył wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1400/19 do Sądu Okręgowego w Warszawie. W dniu 28.05.2020r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok (sygn. akt XXIII Ga 1548/19), którym zmienił wyrok w sprawie KIO 1400/19 nakazując Zamawiającemu poprawienie innej omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 w zakresie szerokości taśmy barwiącej oraz powtórzenie czynności oceny oferty Suntar w zakresie części II oraz III zamówienia. Zamawiający pismem z dnia 11.08.2020r. zawiadomił o unieważnieniu czynności odrzucenia spółki Suntar Sp. z o.o. w ramach części II i III zamówienia. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Suntar w części II i III zamówienia przedstawiając ponowną ocenę punktową ofert wykonawców kwalifikując do zawarcia umowy ramowej: w części II wykonawców: Egida IT Solutions Sp. z o.o., Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., Suntar Sp. z o.o., a w części III wykonawców: Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., Suntar Sp. z o.o.

Zarzut nieporównywalności ofert w zakresie części III zamówienia i unieważnienie postępowania.

Zgodnie z siwz wymagane było dołączenie do oferowanych urządzeń drukujących materiałów eksploatacyjnych umożliwiających wydrukowanie 300 000 stron A4, a po zmianie dokonanej odpowiedzią na pytanie nr 18 z dnia 18.03.2019r. – minimum 400 000 stron (rozdział VI podrozdział 1 ust. 4 pkt a siwz). Wykonawcy, z pominięciem Suntar nanieśli w formularzu oferty właściwą ilość materiałów eksploatacyjnych, tj. 400 000 str. A4. Po wyroku SO w Warszawie Zamawiający dokonał ponownej oceny oferty Suntar dokonując jej wyboru,

co nie zostało nakazane wyrokiem Sądu. Czynność wyboru, zdaniem Odwołującego jest krzywdząca dla tych wykonawców, którzy skalkulowali koszt dla 400 tys. kopii, gdyż Suntar skalkulował koszty dla 300 tys. kopii. Tym samym do umowy ramowej zakwalifikowane zostały dwie nieporównywalne oferty. Koszt materiałów eksploatacyjnych potrzebnych na wydrukowanie 100.000 stron A4, którymi różnią się od siebie w skutek błędu Zamawiającego obie oferty, jest na tyle wysoki, iż nie zezwoli Odwołującemu na konkutowanie ze spółką Suntar na etapie postępowań wykonawczych.

Okoliczność ta wyczerpuje przesłankę do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp.

Zamawiający powinien był doprowadzić do porównywalności ofert, tj. przyjąć taką samą ilość materiałów eksploatacyjnych (400 000 str. A4 lub 300 000 str. A4) i poprawić omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponieważ Sąd nakazał ponowną ocenę ofert to Zamawiający nie może poprzestać na ocenie jedynie oferty Suntar – musi oceniać wszystkie złożone i dotychczas nieodrzucone oferty, czego Zamawiający zaniechał. Zamawiający powinien przyjąć, tak jak w przypadku oferty Suntar, ilość materiałów eksploatacyjnych umożliwiających wydruk minimum 300 000 str., a jeżeli uznał, iż nie ma możliwości poprawienia oferty Odwołującego, powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania udostępnienia korespondencji dokonanej pomiędzy Zamawiającym a Suntar Sp. z o.o.

Do chwili złożenia niniejszego odwołania Zamawiający nie odpowiedział na wniosek Odwołującego o udostępnienie korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Spółką Suntar od momentu skierowania skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Zamawiający zobowiązany był, zgodnie z rozdziałem IX ust. 1 pkt 2 siwz wezwać Wykonawcę Suntar do przedłożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów. Odwołujący zakłada, że tych czynności Zamawiający nie dokonał. Prawdopodobnie Spółka Suntar nie dokonała również przedłużenia terminu związania ofertą. W tych okolicznościach dokonywanie procesu badania, oceny i wyboru oferty Suntar było niedopuszczalne.

Zarzut niewezwania do uzupełnienia dokumentów

W związku z brakiem udostępnienia korespondencji Zamawiającego ze Spółka Suntar Sp. z o.o. Odwołujący domniemywa, iż taka korespondencja nie była prowadzona. Tym samym Spółka Suntar Sp. z o.o. nie była wzywana do dostarczenia wymienionych w rozdziale IX ust. 1 pkt 2 siwz dokumentów.

Zarzut nieprzedłużenia terminu związania ofertą.

W związku z brakiem udostępnienia korespondencji Zamawiającego ze Spółką Suntar Sp. z o.o. Odwołujący domniemywa, iż wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą. Jeżeli okres związania ofertą upłynął, to złożenie oświadczenia o „gotowości” do wykonania zamówienia jest niczym innym jak złożeniem nowej oferty na tych samych warunkach. Aby Zamawiający mógł dokonać skutecznego wyboru oferta musi istnieć. Oferta Suntar może być wybrana, jeżeli od dnia złożenia oferty w sposób ciągły i nieprzerwany był związany ofertą.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał na zrealizowanie wniosku Odwołującego w przedmiocie udostępnienia korespondencji prowadzonej z Wykonawcą Suntar Sp. z o.o. i udostępnienie w dniu 21.10.2020r. żądanych informacji.

Zamawiający po wyroku Sądu Okręgowego nie mógł dokonać zmiany w treści oferty Odwołującego, która stanowi załącznik do zawartych umów ramowych, których zawarcie kończyło etap postępowania. Zgodnie z zacytowanym fragmentem uzasadnienia wyroku, nie jest możliwe kwestionowanie czynności związanych z oceną ofert wykonawców, z którymi Zamawiający zawarł umowy ramowe.

Zamawiający wykonał orzeczenie Sądu, którego sentencja dotyczyła wyłącznie oferty Suntar Sp. z o.o., tj. poprawienia innej omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i powtórzenia czynności oceny oferty Suntar w części II i III zamówienia. Zamawiający nie był uprawniony do ponownego zbadania oferty Suntar i ograniczył się do dokumentów, o jakich mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 2 siwz.

W ocenie Zamawiającego upływ terminu związania ofertą nie stanowi przeszkody w zawarciu umowy ramowej oraz wykonawczej, na poparcie czego przywołał szereg orzeczeń KIO i sądów powszechnych oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zamawiający nie widzi przeszkód do tego aby podpisać umowę ramową z Wykonawcą Suntar Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Suntar Sp. z o.o.

Odwołujący cofnął jeden zarzut, tj. dotyczący zaniechania udostępnienia korespondencji prowadzonej z Wykonawcą Suntar Sp. z o.o. po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy w Warszawie.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który obecnie realizuje zamówienia wykonawcze na podstawie zawartej umowy ramowej posiada interes w uzyskaniu zamówień udzielanych w tej procedurze. Ustalenie kręgu podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienia wykonawcze, a przede wszystkim warunków granicznych, na jakich będą składane oferty wykonawcze wpływa bezpośrednio na interes wykonawcy. W przypadku zawarcia dodatkowej umowy ramowej Odwołujący znajdzie się w gorszej sytuacji, gdyż będzie musiał konkurować o zamówienie z większą liczbą wykonawców, co może bezpośrednio wpływać na wybór oferty najkorzystniejszej i decyzje o udzieleniu zamówienia. W tym stanie rzeczy spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w szczególności czynności powtórzonych przez Zamawiającego w wykonaniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.05.2020 r. (sygn. akt XXIII Ga 1548/19), Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umów ramowych, na podstawie, których Zamawiający udziela aktualnie zamówień wykonawczych. Z uwagi na przebieg wcześniejszych czynności procesowych, w tym dotyczących postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1399/19 i KIO 1400/19 i wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie zmieniającego wyrok KIO z dnia 13.08.2019r. w części dotyczącej sprawy o sygn. akt KIO 1400/19, Zamawiający zawarł w dniu 20.09.2019 r. umowy ramowe z dwoma podmiotami, tj. Odwołującym – Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (Część II i III zamówienia) oraz Wykonawcą Egida IT Solutions Sp. z o.o. (Część II zamówienia) na okres 24 miesięcy. Na podstawie tych umów realizowane są zamówienia wykonawcze.

W między czasie czynność odrzucenia oferty Suntar Sp. z o.o. w części II i III została uchylona w drodze środków zaskarżenia. Wyrokiem z dnia 28.05.2020r. Sąd Okręgowy w Warszawie zmienił w pkt 1 sentencji wyrok KIO z dnia 13.08.2019r., sygn. akt KIO 1400/19 w części i unieważnił czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Suntar Sp. z o.o. w zakresie części II i III zamówienia. Sąd nakazał Zamawiającemu poprawienie innej

omyłki w treści oferty Suntar Sp. z o.o. na część II zamówienia (lit. a) i nakazał powtórzenie czynności oceny oferty Suntar Sp. z o.o. w zakresie części II i III zamówienia (lit. b). Sąd podzielił koszty postępowania pomiędzy obie strony (lit. c) oraz oddalił skargę w pozostałej części (lit. d).

Zamawiający pismem z dnia 11.08.2020r. unieważnił czynność polegającą na odrzuceniu oferty Suntar Sp. z o.o. w ramach części II i III zamówienia, a w dniu 18.09.2020r. powiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty o wyniku powtórzonej czynności oceny oferty Suntar Sp. z o.o. Na skutek wykonania czynności nakazanych wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Zamawiający przyznał tej ofercie 80,82 pkt w części II oraz 100 pkt w części III. Zamawiający przedstawił ponowną ocenę punktową ofert wykonawców, z którymi zostały zawarte umowy ramowe z uwzględnieniem punktacji przyznanej ofercie Suntar Sp. z o.o. (w części II – trzy oferty, w części III – dwie oferty).

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba oddaliła odwołanie w całości.

W niniejszej sprawie zasadniczymi dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego są rozważania Sądu Okręgowego w Warszawie, w zakresie dotyczącym orzekania w sprawie, w której postępowanie zostało już zakończone. Ponieważ Zamawiający zawarł umowy ramowe z częścią wykonawców, których wybór ofert nie został skutecznie zakwestionowany, postępowanie prowadzone w celu zawarcia umów ramowych zostało zakończone. Jednocześnie na skutek wyroku sądu Zamawiający zobowiązany został do powtórzenia czynności oceny oferty odrzuconej na część II i III zamówienia, w tym poprawienia omyłki w jej treści. Sąd szczegółowo odniósł się do charakteru umowy ramowej, której zawarcie kończyło czynności Zamawiającego w postępowaniu. Sąd wskazał m.in., iż *zawarcie umowy w kształcie wynikającym z art. 2 pkt 9a Ustawy po stronie Zamawiającego rodzi jedynie uprawnienie do udzielenia zamówień realizacyjnych lub zlecenia realizacji zamówienia na warunkach określonych w umowie ramowej. W związku z tym zamawiający może udzielić zamówienia na ten sam przedmiot w innym „typowym” postępowaniu. Ponadto nawet wówczas, gdyby zobowiązał się względem wykonawców (wykonawcy), z którym zawarł umowę ramową, że nie udzieli zamówienia objętego jej zakresem innemu wykonawcy, to odpowiadałby jedynie odszkodowawczo za niewykonanie zobowiązania (...) przepis art. 2 pkt 9a Pzp odnosi się do istoty umowy ramowej i wskazuje, że jej celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą, a nie muszą zostać udzielone w ramach zaspokojenia indywidualnych potrzeb zamawiającego. W konkluzji, sąd wskazał, że **skoro zawarcie umowy ramowej jedynie uprawnia zamawiającego do zawarcia umów wykonawczych, to nawet sygnowanie umów ramowych nie kończy Postępowania (...)** zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie etap wstępny większej konstrukcji służącej do nabywania dostaw, usług czy towarów. Sąd uznał, iż nie jest możliwe kwestionowanie*

czynności Zamawiającego, które doprowadziły do zawarcia umów ramowych, wskazując jednocześnie na brak przeszkód w zbadaniu, czy odrzucenie oferty skarżącej było zasadne – brak przeszkód prawnych do weryfikacji, czy w kręgu podmiotów (wykonawców) nie powinna znaleźć się też skarżąca spółka – na tej płaszczyźnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wciąż trwa.

W niniejszej sprawie wiążącym jest również ustalenie sądu dotyczące wymaganej wydajności wkładów - minimalnej ilości kopii wskazanej w załączniku do siwz, tj. ilości ustalonej na poziomie 300 tyś. stron.

Przenosząc powyższe na ocenę zasadności aktualnie podniesionych zarzutów należy zauważyć, iż główną tezę w odwołaniu jest twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający w ramach wykonania czynności nakazanych wyrokiem sądu nie był uprawniony do zawarcia umowy ramowej z kolejnym wykonawcą, do czego doprowadzi utrzymanie decyzji o ponownej ocenie oferty Suntar Sp. z o.o. Odwołujący w tym zakresie odnosił się do formalnej przeszkody, jaka miała wynikać z zakresu czynności nakazanych w sentencji orzeczenia, tj. braku nakazu wyboru oferty Suntar Sp. z o.o., jak również materialnej przeszkody wynikającej z braku porównywalności ofert, w których przyjęto różne wielkości kopii możliwych do wykonania z użyciem zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych dla urządzeń drukujących objętą częścią III zamówienia oraz upływu terminu związania ofertą.

Oddalając odwołanie w całości Izba uznała, iż czynności dotyczące oceny ofert wykonawców zakończyły się zawarciem umów ramowych, co odniosło swój skutek wyłącznie w odniesieniu do dwóch ofert: Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (część II i III) oraz Egida IT Solutions Sp. z o.o. (część II). W odniesieniu do wykonawcy, którego ofertę Zamawiający odrzucił, jednak zostało to objęte odwołaniem, a następnie skargą na wyrok KIO, czynności w postępowaniu formalnie nie zakończyły się, co pozwala uznać, iż postępowanie wobec tej oferty mogło być kontynuowane. Potwierdza to również stanowisko sądu, który nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny tej oferty, w tym korektę omyłki, co Zamawiający uczynił informując o wyniku powtórzonych w postępowaniu czynności, w zestawieniu z pozostałymi ofertami, przyjętymi już wcześniej do oceny. Należy podkreślić, iż powtórzona czynność oceny oferty Suntar Sp. z o.o. nie miała wpływu na wynik zakończonej oceny ofert wykonawców, z którymi Zamawiający zawarł i realizuje aktualnie umowy ramowe. Ustalenie punktów uzyskanych przez ofertę Suntar Sp. z o.o. musiało być poprzedzone zestawieniem tej oferty z pozostałymi w kryteriach oceny ofert. W ocenie Izby tylko taki wymiar miała informacja z dnia 18.09.2020r. dotycząca ilości punktów, jakie uzyskały pozostałe oferty po włączeniu do punktacji oferty Suntar Sp. z o.o.

Ma to dalszą konsekwencję dla żądań Odwołującego, w których wskazywał na konieczność poprawienia w jego ofercie omyłki dotyczącej ilości kopii stron przyjętej do wyceny dla

urządzenia Typ 9 (urządzenie wielofunkcyjne monochromatyczne A3 z finisherem) objętego częścią III zamówienia. Wykonawca wskazywał na konieczność wystąpienia przez Zamawiającego o wyjaśnienie wysokości ceny, jaka uwzględniałaby zmniejszoną ilość kopii z 400 tys str. do 300 tys str. (pkt 30 specyfikacji technicznej) i na tej podstawie ustalenia poprawnej ceny skalkulowanej na porównywalnych warunkach realizacji świadczenia.

Izba uznała żądanie to za niezasadne zarówno z przyczyn formalnych – ocena tej oferty została zakończona i Zamawiający nie ma możliwości powrotu do badania oferty Odwołującego, jak i merytorycznych związanych z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy w okolicznościach wskazanych przez Odwołującego. Ponownie należy wrócić do rozważań sądu, w których sąd jednoznacznie wypowiedział się co do zakończenia czynności w postępowaniu wobec ofert wykonawców, z którymi zawarte zostały już umowy ramowe. Sąd uznał, iż nie jest możliwe kwestionowanie czynności Zamawiającego, które doprowadziły do zawarcia umów ramowych, co należy rozumieć jako brak możliwości korekty tych czynności na obecnym etapie postępowania, które toczyć może się wyłącznie w odniesieniu do oferty przywróconej do oceny w celu ustalenia kręgu podmiotów, którym Zamawiający będzie mógł zlecać zamówienia wykonawcze. Tylko w takim zakresie czynności Zamawiającego mogły być powtórzone. Po zawarciu umów ramowych z Odwołującym jednostki na rzecz, których postępowanie zostało przeprowadzone przystąpiły do realizacji swoich potrzeb, co potwierdziły swoimi oświadczeniami strony na rozprawie. Oznacza to, iż Zamawiający nie może dokonywać zmiany treści oferty Odwołującego, co oznaczałoby konieczność zmiany zawartych umowy z naruszeniem Ustawy.

Niezależnie od wskazanych powyżej przeszkód formalnych, zmiana polegająca na zmniejszeniu ilości kopii z 400 tys na 300 tys str. nie mieściłaby się w kategorii omyłki podlegającej poprawieniu. Odwołujący do momentu wydania orzeczenia przez sąd nie wskazywał na swój błąd, czy też inną intencję, niż wyrażona w treści oferty, a dotyczącą wydajności materiałów eksploatacyjnych dostarczonych wraz z urządzeniem, pozwalających na wydrukowanie ilości *minimum 400 000 stron A4*. Szerokie orzecznictwo dotyczące stosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy wskazuje, iż dla wystąpienia omyłki konieczne jest stwierdzenie, iż wykonawca nieświadomie popełnił niezamierzony błąd, który nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. W niniejszej sprawie Odwołujący nie popełnił błędu, a jedynie zastosował się do wytycznych Zamawiającego, które ulegały modyfikacjom. Ostateczna wartość, przyjęta również przez sąd określała ilość kopii na min. 300 tys stron. Oznacza to, iż każda wartość powyżej nie świadczy o niezgodności treści oferty z siwz. Tym samym nie można mówić o niezgodności treści oferty z siwz, jak również stosować przepisów, które miałyby taką niezgodność usunąć.

Izba oddaliła na tej podstawie również zarzut zaniechania unieważnienia postępowania prowadzonego w celu zawarcia umów ramowych, którego wada miała tkwić w przyjęciu do oceny ofert nieporównywalnych. Postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umów ramowych, które jak wskazał sąd nie nakładają jeszcze obowiązku zlecenia realizacji zamówienia, jak również nie stoją na przeszkodzie do tego, aby zamówienia wykonawcze były realizowane w innym „typowym” postępowaniu. Dopiero oferty składane w odpowiedzi na zgłaszane potrzeby będą prezentowały ostateczne ceny zakupu i to od wykonawców uzależnione będzie czy ofertę złożą i na jakich warunkach, mieszczących się w warunkach granicznych wyznaczonych zapisami umowy ramowej. Okoliczność dotycząca ilości kopii nie stanowi o wadzie postępowania, które sąd szeroko traktował, jako *etap wstępny większej konstrukcji służącej do nabywania dostaw, usług czy towarów*. Odwołujący stawiał tezę, iż na etapie ubiegania się o wykonanie zamówień wykonawczych jego pozycja będzie słabsza, gdyż warunki brzegowe (maksymalna wysokość ceny) uniemożliwią konkurowanie z Suntar Sp. z o.o. W ocenie Izby nie zostało to w żaden sposób uprawdopodobnione. Izba nie ma możliwości zbadania, jaki jest rzeczywisty wpływ ilości kopii na cenę zaoferowanego urządzenia, i czy ten element może decydować o istnieniu lub braku miejsca na konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Suntar Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy z tej przyczyny, iż upłynął termin związania ofertą Izba uznała, iż Zamawiający mógł dokonać wyboru oferty, co do której czynności w postępowaniu uległy zawieszeniu do czasu wydania ostatecznego orzeczenia w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1400/19. Należy zauważyć, iż uzasadnienie tego zarzutu ma charakter blankietowy, gdyż Odwołujący nie przedstawia konkretnych faktów, a jedynie formułuje domniemanie z powodu braku udostępnienia przez Zamawiającego części korespondencji. Już po złożeniu odwołania Zamawiający odpowiedział na wniosek wykonawcy o udostępnienie dokumentów, co zaowocowało cofnięciem jednego z zarzutów odwołania. Mając dostęp do dokumentacji Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności związanych z podstawą zarzutu. W ocenie Izby tak postawiony zarzut nie mógł być skuteczny, jednak mając na uwadze znaczenie jakie dla wyniku postępowania może mieć kwestia istnienia lub upływu terminu związania ofertą Izba prezentuje swoje stanowisko w tej materii.

Przyjmując, iż termin związania ofertą uległ zawieszeniu do dnia wydania orzeczenia przez KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1400/19, co miało miejsce 13.08.2019r., stan związania ofertą mógł na dzień rozpoznania niniejszego odwołania upłynąć. W okolicznościach spawy, w szczególności mając na uwadze, iż oferty składane w postępowaniu stanowią jedynie etap wstępny do uzyskania zamówienia publicznego, upływ tego terminu nie stał na przeszkodzie w wyborze oferty Suntar Sp. z o.o. Nie można pominąć okoliczności wyróżniającej niniejsze

postępowanie, jaką było zarówno skuteczne złożenie skargi na wyrok KIO, jak również omówione powyżej znaczenie umowy ramowej, do której zawarcia prowadzić ma wybór oferty Suntar Sp. z o.o. Do czasu wydania orzeczenia przez Sąd oferta Suntar Sp. z o.o. była ofertą odrzuconą z postępowania, co stawia pod znakiem zapytania dopuszczalność podejmowania skutecznie jakichkolwiek czynności wobec tej oferty, w tym występowania o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Dotyczy to zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawcy. W orzecznictwie wskazuje się na znaczenie terminu związania ofertą jako przesłanki ważności ofert z punktu widzenia istnienia zobowiązania do zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie (wyrok KIO z 23.10.2017r., sygn. akt KIO 2097/17). W postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej nie dochodzi do udzielenia zamówienia, a tym samym wybór oferty w postępowaniu nie jest równoznaczny z zawarciem umowy. Jak wskazał w orzeczeniu sąd zawarcie umowy ramowej nie prowadzi do powstania obowiązku udzielenia zamówienia wykonawcy, z którym zawarta została umowa ramowa, jak również nie precyzuje ostatecznych warunków umowy realizacyjnej. Ponieważ Zamawiający nie dokonywał żadnych innych czynności, niż nakazane wyrokiem sądu, w ocenie Izby nie zachodziła podstawa do odrzucenia oferty, która od początku była ofertą poprawną i mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Podsumowując Izba oddaliła odwołanie uznając powtórzoną czynność za zgodną z Ustawą, gdyż formalnie ocena oferty Suntar Sp. z o.o. może zakończyć się zawarciem umowy ramowej. Istotnym w sprawie pozostaje, iż samo zawarcie umowy ramowej nie jest równoznaczne z udzieleniem zamówienia i prowadzi jedynie do ustalenia warunków na jakich zamówienie publiczne może zostać udzielone po wcześniejszym uzyskaniu zlecenia jego wykonania lub zaproszenia do składania ofert. Dopiero na skutek zamówień wykonawczych z wykonawcą, który zaoferuje ofertę najkorzystniejszą zostanie udzielone zamówienie – zostanie zawarta umowa na dostawę urządzeń. Skoro umowy ramowe zawarte zostały na okres 24 miesiące, do upływu tego terminu możliwe jest „doproszenie” wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu mającym na celu wyłonienie wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowy ramowe. Ważnym pozostaje, że samo zawarcie umowy ramowej nie nakłada na Zamawiającego obowiązku udzielenia zamówień wykonawczych, jeżeli takie potrzeby nie wystąpią, lub jak może mieć to miejsce w niniejszej sprawie, upływie termin 24 miesiące ważności umów ramowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika ustalone na podstawie rachunków złożonych przed zamknięciem rozprawy, ograniczając je wysokości określonej w przepisach wykonawczych i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: