

WYROK

z dnia 23 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum:

- 1. Euvic Sp. z o.o. (lider), ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice**
- 2. Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. (członek), ul. Ks. Trockiego 22, 30-394 Kraków**
- 3. eo Networks S.A. (członek), ul. Jagiellońska 78, 03-301 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **Konica Minolta Bussines Polska Sp. z o.o., ul. Muszkietarów 15, 02-273 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: 1. Euvic Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Gliwicach, 2. Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. (członek) z siedzibą w Krakowie, 3. eo Networks S.A. (członek) z siedzibą w Warszawie, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: 1. Euvic Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Gliwicach, 2. Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. (członek) z siedzibą w Krakowie, 3. eo Networks S.A. (członek) z siedzibą w Warszawie – tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi wdrożenia systemu monitorowania i zarządzania wydrukami oraz outsourcingu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących przeznaczonych dla jednostek i komórek organizacyjnych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.* (nr referencyjny: ILG8c-231-02/2018), na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2018 r., pod numerem 2018/S 139-318754.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: 1. Euvic Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Gliwicach, 2. Blue Brain Sp. z o.o. Sp.k. (członek) z siedzibą w Krakowie, 3. eo Networks S.A. (członek) z siedzibą w Warszawie – wniósł w dniu 1 kwietnia 2019 r. odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w zakresie posiadania sieci autoryzowanych punktów serwisowych, podczas gdy Odwołujący przedstawił zarówno listę punktów serwisowych oraz przedstawił autoryzację producenta oferowanego sprzętu, czym wykazał spełnianie warunków udziału w brzmieniu określonym w SIWZ i odpowiedziach na pytania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w zakresie warunku zdolności technicznej i zawodowej, podczas gdy Odwołujący wykazał się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia, zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ;
- 3) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający realizacji zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i adekwatności w związku z wybiórczym stosowaniem zasad udziału w zakresie punktów serwisowych i sposobu wykazania ich spełniania w stosunku do różnych wykonawców,
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 przez brak wskazania wymaganych prawem informacji dotyczących podstaw decyzji Zamawiającego, w tym nie wskazania, których

elementów warunków udziału zarówno opisanych w Części szczegółowej I jak i Części Szczegółowej II, Odwołujący nie wykazał w ofercie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 2) dokonania ponownego badania spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało wniesione od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, o której Zamawiający poinformował Odwołującego drogą elektroniczną w dniu 20 marca 2019 r. Termin do wniesienia odwołania upływał w dniu 1 kwietnia 2019 r., a zatem odwołanie zostało wniesione w przepisany terminie.

Odwołujący podniósł, że jego interes w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy, który złożył ofertę ważną i najwyżej ocenioną z ważnych ofert w postępowaniu, doznał uszczerbku. Odwołujący również spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego w SIWZ, co wykazał w toku procedury wyjaśniania złożonych dokumentów i oświadczeń. Złożenie odwołania w powyższym zakresie na obecnym etapie jest konieczne w celu ochrony interesów Odwołującego.

Uzasadnienie

I. Część wstępna

1. W dniu 20 marca 2019 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego (widomością e-mail) o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, gdyż, jak uznał Zamawiający, Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem zaszła przesłanka do zastosowania względem Odwołującego sankcji wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający wskazał, że podstawą wykluczenia Odwołującego jest niewykazanie spełniania warunków udziału w zakresie warunków określonych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ, odnośnie posiadania sieci punktów serwisowych, a także określonych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ, w zakresie umowy realizowanej na rzecz Poczty Polskiej S.A. oraz umowy realizowanej na rzecz Xerox Polska Sp. z o.o., jako niepotwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez okres 41 miesięcy od dnia podpisania Umowy usług związanych z Outsourcingiem urządzeń, Systemem Wydruku, Środowiskiem Urządzeń Drukujących, Serwisem urządzeń, Serwisem systemu oraz Optymalizacją usługi, usługi outsourcingu wielofunkcyjnych urządzeń drukujących oraz usługi w modelu SaaS, obejmującej system monitorowania oraz zarządzania wydrukami. Przedmiotem dostawy w ramach zamówienia było min. 280 sztuk urządzeń standardu D1, 527 sztuk urządzeń standardu D2 oraz 53 urządzenia standardu D3.

3. Zamawiający w SIWZ określił (Rozdział XI) szczegółowe warunki udziału w postępowaniu. W zakresie warunku zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający za spełniających warunek udziału w postępowaniu miał uznać wykonawców, którzy wykażą, między innymi, że:

- 1) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie co

najmniej dwie umowy/zamówienia o wartości co najmniej 5 000 000 zł każda, których przedmiotem była dzierżawa przez okres co najmniej 3 lat, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w tym co najmniej w 10 lokalizacjach (Rozdział XI ust. 3 pkt 1 SIWZ),

3) posiadają sieć punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa), obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B (Rozdział XI ust. 3 pkt 3 SIWZ).

4. W postępowaniu zostały złożone 4 oferty:

- 1) oferta wykonawcy WASKO S.A. na kwotę: 17 123 806,13 zł brutto - została odrzucona w dniu 26 marca 2019 r.,
- 2) oferta wykonawcy Ricoh Polska Sp. z o.o. na kwotę: 17 156 349,01 zł brutto,
- 3) oferta wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. na kwotę: 14 381 498,02 zł brutto,
- 4) oferta Odwołującego na kwotę 19 976 931,35 zł brutto.

Oferta Odwołującego, przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, została oceniona jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu.

5. W odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz Poczty Polskiej S.A. Zamawiający wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp pismami z dnia 29 stycznia 2019 r. oraz 6 marca 2019 r. Przedmiotem wezwań było wyjaśnienie okresu realizacji zamówienia oraz jego wartości w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych. W dniu 13 marca 2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia uzupełnienia wykazu realizowanych umów o wartości co najmniej 5 000 000 zł każda, których przedmiotem była dzierżawa przez okres co najmniej 3 lat, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w tym co najmniej w 10 lokalizacjach, gdyż uznał, że mimo złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, umowa realizowana na rzecz Poczty Polskiej nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący udzielał stosowanych wyjaśnień i uzupełniał dokumentację w terminach wskazanych przez Zamawiającego. Całość korespondencji zawarta jest w dokumentacji przetargowej.

6. W odniesieniu do wykazu punktów serwisowych przedstawionych przez Odwołującego celem wykazania spełniania warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ, Zamawiający wzywał Odwołującego w dniu 29 stycznia 2019 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta oferowanych urządzeń wskazanych w wykazie punktów serwisowych. Następnie Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w piśmie z dnia 18 lutego 2019 r. do uzupełnienia wykazu punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym, co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B. Z kolei w piśmie z dnia 29 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zarzutów wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. dotyczących sieci

punktów serwisowych podniesionych w piśmie z dnia 28 stycznia 2019 r. Odwołujący udzielał stosowanych wyjaśnień oraz uzupełniał dokumentację w terminach wskazanych przez Zamawiającego. Całość korespondencji zawarta jest w dokumentacji przetargowej.

II. Część szczegółowa - brak wykazania spełniania warunku określonego w Rozdziale XI ust. 1 pkt 3 SIWZ- autoryzowana sieć punktów serwisowych

1. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że całość uzasadnienia dotyczącego wykluczenia Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału, o którym mowa w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 Pzp, sprowadza się do opisu zdarzeń faktycznych, które miały miejsce w postępowaniu, treści kolejnych wezwań Zamawiającego oraz odpowiedzi na nie, natomiast nie zawiera nawet krótkiego uzasadnienia podjętej przez Zamawiającego decyzji. Zamawiający nie wyciąga żadnego, innego niż niewykazanie spełniania warunku udziału, wniosku z prowadzonej korespondencji, nie wskazuje dlaczego nie przyjmuje wyjaśnień Odwołującego oraz dlaczego konkretnie w sposób wybiórczy rozumie udzielone przez siebie wyjaśnienia. Uzasadnienie można zatem jedynie domniemywać z treści poszczególnych wezwań kierowanych do Zamawiającego, ale nie z samej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Ponieważ Zamawiający w informacji o wykluczeniu odnosi się zarówno do kwestii samych punktów serwisowych i ich odmiennego rozumienia przez strony oraz rzekomo uzupełnionego dwa razy dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta oferowanego sprzętu, Odwołujący nie ma jasnej informacji z jakiego konkretnie powodu nastąpiło jego wykluczenie, to znaczy których elementów warunku udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ nie spełnił i dlaczego.

Wskazana przez Zamawiającego podstawa wykluczenia Odwołującego, nie sprostowana przez Zamawiającego w żaden sposób, nie koreluje jednocześnie z treścią SIWZ oraz opisanym przebiegiem korespondencji pomiędzy stronami. Zamawiający zarzucił bowiem Odwołującemu (str. 3 z 8 informacji z dnia 20 marca 2019 r.), że Odwołujący „nie wykazał spełniania warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale XI ust. 3 pkt 2 SIWZ” dalej cytując treść warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ. Ta rozbieżność jest istotna dla czynności Zamawiającego wykluczającej Odwołującego, bowiem zgodnie z przepisami prawa Zamawiający podejmując taką decyzję musi wskazać jej podstawę prawną, tj. przepis ustawy Pzp a także, w przypadku wykluczenia wobec nie spełniania warunków udziału określonych przez Zamawiającego, stosowny opis w SIWZ. O ile Zamawiający wskazał, że podstawą wykluczenia Odwołującego jest art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, o tyle w zakresie SIWZ wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 2 SIWZ, a nie w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3.

2. Z ostrożności procesowej jedynie, bazując na opisie korespondencji, zakładając, że podstawą wykluczenia Odwołującego był jednak warunek udziału określony w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ, Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z tezą, jakoby nie potwierdził on spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie tego warunku.

Zamawiający wymagał, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego posiadali sieć punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym co najmniej jeden punkt serwisowy na

terenie każdego województwa), obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B (Rozdział XI ust. 3 pkt 3 SIWZ). Zamawiający nie zamieścił bezpośrednio w SIWZ żadnych innych wymogów dotyczących charakterystyki tych punktów czy ich sieci. Natomiast w toku odpowiedzi na pytania wykonawców, na pytanie 28:s „Zamawiający w SIWZ str. 6 z 31 rozdział XI pkt 3/3 wymagał posiadania przez Oferenta autoryzowanego punktu serwisowego dla oferowanych urządzeń i systemów informatycznych instalowanych na urządzeniach w każdym województwie. Firma nasza posiada pracowników zatrudnionych w województwie opolskim bez stałego punktu serwisowego do obsługi regionu a samo województwo opolskie (ze względu na wielkość i komunikację (autostrada) obsługiwane jest administracyjnie przez punkty serwisowe z Katowic i Wrocławia), czy Zamawiający dopuści takie rozwiązanie?, w dniu 17 sierpnia 2018 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Dopuszcza - Zamawiający wymaga zapewnienia serwisu i obsługi urządzeń w każdym województwie przez serwis posiadający autoryzację producenta tych urządzeń. Serwis powinien spełniać wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie obsługi serwisowej (Certyfikat ISO 9001) oraz spełniania w zakresie serwisu parametru SM.”

Definicja serwisu urządzeń a także opis wymagań dotyczących serwisu oraz parametry SLA zostały określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia. I tak zgodnie z przyjętą definicją serwis urządzeń to „usługa obejmująca pełną obsługę wielofunkcyjnych urządzeń drukujących dostarczonych przez Wykonawcę, w tym również ich naprawę, konserwację, okresowe przeglądy wymagane wskazaniem producenta, wymianę zużytych lub uszkodzonych części albo podzespołów, wymianę wszelkich zużytych materiałów eksploatacyjnych (za wyjątkiem wymiany papieru)”. Opisy te zostały też doprecyzowane w dalszej części Załącznika nr 1, gdzie Zamawiający wskazał:

„5.5.3. Zakres Serwisu urządzeń obejmuje:

5.5.3.1. konserwację urządzeń;

5.5.3.2. wykonywanie okresowych przeglądów gwarancyjnych wymaganych przez producenta urządzeń;

5.5.3.3. zapewnienie sprawności urządzeń;

5.5.3.4. wymianę części zamiennych;

5.5.3.5. wyprowadzanie Incydentów związanych z eksploatacją urządzeń;

5.5.3.6. dla lokalizacji typu A - dostarczenie i wymianę tonerów;

5.5.3.7. dla lokalizacji typu B- dostarczenie nowego tonera;

5.5.3.8. wymianę pozostałych materiałów eksploatacyjnych (za wyjątkiem papieru);

5.5.3.9. wszelkie inne niewymienione powyżej czynności niezbędne do prawidłowego działania dostarczonych urządzeń drukujących.”

Wymagania dotyczące serwisu urządzeń zostały opisane przez Zamawiającego w pkt 5.5. tego Załącznika i wynika z ich w szczególności to, że „Serwis urządzeń będzie wykonywany zgodnie z

poniższymi warunkami SLA:

5.5.4.1. rozwiązanie zgłoszonego przez Zamawiającego lub wskazanego przez System Wydruku Incydentu nastąpi w następnym dniu roboczym od zgłoszenia lub podjęcia przez Wykonawcę wiedzy o Incydencie dotyczącym Systemu Wydruku;

5.5.4.2. w przypadku braku możliwości skutecznej naprawy w wymaganym czasie, Wykonawca w ww. czasie na swój koszt dostarczy urządzenie zastępcze o nie gorszych parametrach od urządzenia, które uległo awarii (obejście);

5.5.4.3. dostawa i wymiana pozostałych materiałów eksploatacyjnych lub konserwacyjnych w lokalizacjach typu A i B, realizowana w sposób gwarantujący ciągłą dostępność Usługi;”. W żadnym miejscu Załącznika nr 1 Zamawiający nie wskazał, że jakkolwiek z usług objętych serwisem miałyby być realizowana w punkcie serwisowym, a tym bardziej w lokalnym, stacjonarnym punkcie serwisowym wykonawcy. Posiłkując się jednak opisanymi w Załączniku nr 2 do SIWZ - projekcie Umowy zasadami określonymi dla realizacji usługi gwarancyjnej, należy podnieść, że Zamawiający w § 9 ust. wskazał, że „8. Naprawa urządzeń realizowana będzie w miejscu ich użytkowania, a jeżeli będzie to niemożliwe, to Wykonawca na czas naprawy urządzeń w serwisie dostarczy Zamawiającemu urządzenie zastępcze (zamiennie) o parametrach nie gorszych niż parametry urządzenia zdefektowanego.” Ponieważ w dalszej części opisów dotyczących realizacji uprawnień z gwarancji w odniesieniu do urządzeń, Zamawiający zakładał ich realizację na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ dla serwisu urządzeń, a także braku innych uregulowań w projekcie umowy w odniesieniu do zasad świadczenia usług serwisowych, uznać należy, że przywołany opis ma analogiczne zastosowanie do świadczenia usługi serwisu urządzeń. Jest to logiczne również z uwagi na tożsamy przedmiotowo zakres serwisu i gwarancji dla urządzeń w zakresie ich naprawy.

W odniesieniu do usług serwisowych dotyczących dostarczenia i wymiany tonerów dla lokalizacji A i B, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 113 „Czy Zamawiający: dla lokalizacji B, dopuści możliwość dostarczania tonerów firmą kurierską i odbieranie pustych pojemników od tonera przy okazji wizyt serwisowych w lokalizacji?,”

wskazał: „Odpowiedź udzielona na pytanie 112. Jednocześnie Zamawiający dopuszcza dostarczanie tonerów firmą kurierską i odbieranie zużytych materiałów eksploatacyjnych, w tym pustych pojemników od tonera, przy okazji wizyt serwisowych lub za pośrednictwem firmy kurierskiej jednak nie rzadziej niż raz w miesiącu.”

Z kolei przy pytaniu 112 „Prosimy o potwierdzenie, że w lokalizacjach typu B, Zamawiający przewiduje możliwość wymiany tonerów przez pracowników Zamawiającego, Zamawiający udzielił odpowiedzi „W lokalizacjach typu B Zamawiający przewiduje dostarczanie tonerów przez firmę kurierską oraz wymianę zużytych tonerów przez pracowników Zamawiającego. Jednocześnie Wykonawca do raportu z dotrzymania parametrów SLA dla dostępności urządzeń drukujących za dany okres rozliczeniowy musi załączyć kopię potwierdzenia dostarczenia/odbioru podpisanego przez Zamawiającego. Raport SLA musi uwzględniać czas dostawy tonerów oraz czas instalacji tonera w

urządzeniu (w przypadku różnicy w czasie pomiędzy terminem dostawy a terminem instalacji różnica ta nie jest brana pod uwagę przy ustalaniu poziomu SLA).”

Zatem, również w przypadku wymiany tonerów i czynności z tym związanych, SIWZ nie przewidywał dokonywania żadnych czynności poza lokalizacją urządzenia wielofunkcyjnego, przez wszystkim zaś jakichkolwiek czynności w punkcie serwisowym.

3. Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ przedstawił jako Załącznik nr 10 „Wykaz punktów serwisowych”, wskazując nazwę punktu serwisowego, adres punktu serwisowego, nazwę województwa punktu serwisowego oraz obsługiwane lokalizacje. Punkty te obejmowały adresy punktów kurierskich DPD, w których autoryzowany serwisant mógł nadawać lub odbierać nadane do niego części i materiały eksploatacyjne. Po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 24 (26) ust. 3 Pzp tak sporządzonego wykazu punktów serwisowych, Odwołujący złożył nowy wykaz uzupełniony o nazwiska i dane kontaktowe pracowników eo Networks w każdym województwie, ze wskazaniem za jaki obszar te osoby odpowiadają. Każda z tych osób posiada certyfikat autoryzacyjny dla świadczenia usług serwisowych wystawiony przez producenta dostarczanego sprzętu. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu jak rozumie opisy SIWZ, w szczególności wskazał, że Zamawiający nie wymagał wykazania się stacjonarnymi punktami serwisowymi, nie wskazał definicji punktu serwisowego, a także odwołał się do cytowanej wyżej odpowiedzi na pytanie 28. Wyjaśnił też i poparł to wyjaśnienie oświadczeniem producenta urządzeń, że nie prowadzi się odrębnej polityki autoryzującej regionalne stacjonarne punkty serwisowe rozumiane jako działalność prowadzona pod określonym adresem, ale autoryzuje i certyfikuje kompetencje sieci inżynierów zlokalizowanych na terenie Polski świadczących usługi serwisowe w siedzibie Klienta. Jest to zaakceptowana polityka autoryzacji partnerów stosowana przez producenta sprzętu dostarczanego przez Wykonawcę. W tak stworzonej i autoryzowanej sieci punktów serwisowych wykorzystywany jest punkt kurierski, z którym podmiot serwisujący – eo Networks, posiadający autoryzację producenta sprzętu - ma zawartą umowę.

4. W toku prowadzonej procedury badania spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, wzywając do złożenia wyjaśnień odnośnie sieci punktów serwisowych, Zamawiający zajął stanowisko, które zbiorczo zostało przedstawione w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający twierdzi, że nie jest prawdą, że nie wymagał w SIWZ wykazania się stacjonarnymi punktami serwisowymi, a taki wymóg wynika ze sformułowania „punkt serwisowy” użyty w sformułowaniu warunku udziału, a także konieczność podania nazwy punktu serwisowego i adresu punktu serwisowego w Załączniku nr 10. Zamawiający twierdzi również, że odpowiedź na pytanie 28 dopuścił jedynie takie rozwiązanie, gdzie jedno z województw obsługiwane będzie administracyjnie przez punkty serwisowe w innej lokalizacji, a nie przez pracowników zatrudnionych bez stałego punktu serwisowego. Również nie uwzględnił on złożonego uzupełnionego wykazu punktów serwisowych twierdząc, że żądał listy punktów serwisowych, a nie wykazu osób.

5. Odwołujący nie może zgodzić się z interpretacją warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3

SIWZ przez Zamawiającego, w kontekście wskazanych wyżej opisów SIWZ, OPZ i projektu umowy oraz odpowiedzi na pytania wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę, że warunek ten dotyczy wprost urządzeń będących przedmiotem dostawy w ramach postępowania, a zatem należy uznać, że warunki udziału w postępowaniu oraz zasady realizacji usługi serwisu urządzeń i gwarancji są ze sobą powiązane. Deklarację spełniania warunku udziału należy zatem odczytywać przez pryzmat warunków świadczenia usługi serwisowej i gwarancji, co znajduje też potwierdzenie w zasadzie proporcjonalności wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp. Usługa serwisu, zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w OPZ, jak również przedmiotowo tożsama usługa wynikająca z gwarancji, miała być świadczona w lokalizacjach Zamawiającego, czyli tam, gdzie dostarczone są urządzenia. Dopiero w przypadku niemożności ich naprawienia, urządzenia te miały być naprawiane „w serwisie”. Inne czynności dotyczące urządzeń, takie jak ich konserwacja, wymiana części, są realizowane w miejscu użytkowania i nie ma potrzeby ich dostarczania do jakiegoś punktu serwisowego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że dostarczane urządzenia są wielkogabarytowe, ich dostarczenie do stacjonarnego punktu serwisowego przez pracowników Zamawiającego jest niemożliwe, gdyż urządzenie to wymaga odłączenia go od systemu informatycznego w ramach którego funkcjonuje, a także zabezpieczenia (wymontowania) dysku. Takich czynności może dokonać tylko autoryzowany serwisant i tylko w miejscu użytkowania urządzenia. Z tego punktu widzenia rozumienie punktu serwisowego jako stacjonarnej lokalizacji jest bez znaczenia dla procesu świadczenia usługi serwisu, a co ważne pomniejsza jego koszty. Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Zamawiającego, że odpowiedzią na pytanie 28 dopuścił on odstępstwo do warunków udziału w zakresie posiadania stacjonarnych punktów serwisowych na terenie każdego województwa, ale tylko w odniesieniu do sytuacji, w której usługa serwisowa w jednym z województw będzie świadczona przez punkty serwisowe zlokalizowane w innych województwach, a nie do sytuacji, w której dopuszcza się posiadanie pracowników zatrudnionych bez stałego punktu serwisowego. Interpretacja Zamawiającego nie ma pokrycia ani w treści zadanego pytania („Firma nasza posiada pracowników zatrudnionych w województwie opolskim bez stałego punktu serwisowego do obsługi regionu a samo województwo opolskie (ze względu na wielkość i komunikację (autostrada) obsługiwane jest administracyjnie przez punkty serwisowe z Katowic i Wrocławia, czy Zamawiający dopuści takie rozwiązanie”) oraz odpowiedzi („Dopuszcza - Zamawiający wymaga zapewnienia serwisu i obsługi urządzeń w każdym województwie przez serwis posiadający autoryzację producenta tych urządzeń”). Obsługa administracyjna danego punktu serwisowego, o której wspomina wykonawca zadający pytanie, nie oznacza świadczenia usług serwisowych przez ten punkt w innym województwie. Wykonawca wyraźnie wskazuje, że posiada pracowników zatrudnionych bez stałego punktu serwisowego, ale to oni obsługują region (Województwo Opolskie), to znaczy dokonują napraw, a ich obsługa administracyjna - czyli kadry, płace, przełożeni, administracja - zlokalizowana jest w innym województwie. Ewidentnie zatem Zamawiający w tej odpowiedzi przyjął i dopuścił sytuację możliwości wykazania warunku udziału w postępowaniu przez punkty serwisowe, nie koniecznie stacjonarne, rozumiane jako budynek czy biuro z adresem. Tak samo mógłby stwierdzić Odwołujący, że posiada pracowników zatrudnionych w

każdym województwie bez stałego punktu serwisowego do obsługi regionu, a te województwa te obsługiwane są administracyjnie przez punkty serwisowe z Warszawy. Odwołujący nie widzi tu różnicy, czy dotyczy to jednego punktu serwisowego czy 16, chodzi bowiem o zasadę, którą Zamawiający dopuścił. Dodatkowo, co Zamawiający pomija w informacji o wykluczeniu Odwołującego, istotne jest to jak skonstruował treść odpowiedzi - również w niej nie odwołał się do wymogu stacjonarnych punktów serwisowych, ale odpowiedział, że wymaga zapewnienia serwisu i obsługi urządzeń w każdym województwie przez serwis posiadający autoryzację producenta sprzętu, a nie przez stacjonarne punkty serwisowe, które w większości przypadków odnośnie do usług serwisu urządzeń wielofunkcyjnych świadczonych B2B, pełnią jedynie rolę administracyjną. Istotą usługi serwisu i gwarancji kupowanej przez Zamawiającego jest natomiast zapewnienie realizacji tej usługi i to zasadniczo w miejscu użytkowania urządzenia. Jeżeli nawet początkowo Zamawiający, konstruując treść SIWZ, miał na myśli punkty serwisowe rozumiane jako punkty stacjonarne (co nie wynika jednak z treści warunku), to odpowiedź na pytanie 28 zmieniła wymaganie, uznając, że „co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa” oznacza również świadczenie serwisu bez stałego punktu serwisowego na terenie województwa w sytuacji, gdy jest on obsługiwany administracyjnie przez inny punkt serwisowy.

6. Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego podniósł, jakoby Odwołujący dwukrotnie uzupełnił w trybie art. 26 ust. 4 Pzp dokument autoryzacji przez producenta oferowanych urządzeń wielofunkcyjnych sieci punktów serwisowych, przy czym z dokumentów tych wynika inna treść. Zamawiający wskazywał, że dokumenty autoryzacyjne w rzeczywistości nie potwierdzają posiadania i autoryzacji sieci serwisowej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z literalnym brzmieniem warunku udziału określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ, Zamawiający oczekiwał autoryzacji punktów serwisowych, a nie sieci tych punktów (*„posiada sieć punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących”*).

Zamawiający nie wymagał zgodnie z SIWZ przedstawienia dokumentu potwierdzającego posiadaną autoryzację, jedynie wskazywał w Rozdziale XII ust. 10 lit. c, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału określonego *„w Rozdziale XI ust 3 pkt 3 SIWZ - wykaz punktów serwisowych potwierdzony przez producenta oferowanych urządzeń, potwierdzający posiadanie przez Wykonawcę sieci punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B – sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 10 do SIWZ”* Oprócz potwierdzenia przez producenta oferowanych urządzeń wykazu, Zamawiający nie określił jaki dokument miałby stanowić wymagane potwierdzenie producenta. Informacja potwierdzająca autoryzację producenta oferowanego sprzętu dla świadczenia usług serwisowych natomiast wynika z przedłożonego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp certyfikatu HP wystawionego dla eo Networks S.A., ważnego do 31 października 2019 r. obejmującego dostawę usług z pakietu opieki (serwisowych) oraz gwarancyjnych (HP Channel Service Delivery Program).

Zamawiający natomiast wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia nowego wykazu tylko raz - w dniu 21 lutego 2019 r. W dniu 29 stycznia 2019 r. Zamawiający natomiast wezwał Odwołującego do dokumentu potwierdzającego autoryzację punktów serwisowych. W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie, Odwołujący przedstawił pismo z dnia 1 lutego 2019 r. wystawione przez dostawcę oferowanego sprzętu, w którym potwierdził on, że eo Networks posiada status Autoryzowanego Partnera Serwisowego HP o specjalizacji serwisu sprzętu drukującego HP. Wyjaśnił również, że autoryzacja i certyfikacja serwisowa jest następstwem badania ogólnopolskiej sieci serwisowej eo Networks, jej zasobów oraz zaakceptowanej metodologii wykonywania usługi serwisowych, a także pozytywnego wyników egzaminu pracowników zajmujących się naprawą produktów HP. Tym samym producent potwierdził, wbrew temu co uważa Zamawiający, że metodologia świadczenia usług serwisowych przez punkty serwisowe rozumiane jako osoby posiadające odpowiednie certyfikaty i pracujące na określonym obszarze bez administracyjnego punktu serwisowego - jest przez niego objęta wyżej wskazanym certyfikatem. Pismo złożone przez HP w dniu 20 lutego 2019 r., jako załącznik do nowego wykazu punktów serwisowych rozumianych jako miejsca zamieszkania osób świadczących usługę serwisu, nie jest w żaden sposób sprzeczna z poprzednim pismem, tylko wyjaśnia na czym polega metodologia świadczenia usług serwisowych wzmiankowana w poprzednim piśmie. Odwołujący wskazał przy tym, że nie ma on wpływu na politykę autoryzacji poszczególnych producentów sprzętu. To, że jedni autoryzują proces serwisowy przez stacjonarny punkt, a inni przez punkt serwisowy rozumiany jako kompetencję certyfikowanych inżynierów świadczących usługi serwisowe na terenie całej Polski, nie może stanowić ograniczenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli finalnie usługa serwisowa jest świadczona w miejscu użytkowania urządzenia przez wykwalifikowanych i odpowiednio przeszkolonych serwisantów, a stacjonarny punkt serwisowy - czy to jako miejsce administracyjnej obsługi czy miejsce naprawy urządzenia - to dla świadczenia takiej usługi pozostaje bez znaczenia. Odwołujący nie kwestionuje opisów SIWZ, bowiem one wyraźnie odnoszą się do sieci autoryzowanych punktów serwisowych, nie do autoryzowanej sieci stacjonarnych punktów serwisowych. Potwierdza to również odpowiedź na pytanie 28, a inne rozumienie warunku udziału mogłoby prowadzić do ograniczenia konkurencji.

Część szczegółowa II - brak wykazania spełniania warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ - doświadczenie.

1. Zamawiający w SIWZ określił - Rozdział XI pkt 3 ust. 1 SIWZ - szczegółowe warunki udziału w postępowaniu i wymagał od wykonawców wykazania, że: *„w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie co najmniej dwie umowy/zamówienia o wartości co najmniej 5 000 000 zł każda, których przedmiotem była dzierżawa przez okres co najmniej 3 lat, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w tym co najmniej w 10 lokalizacjach.”*

2. Warunek w SIWZ został określony w taki sposób, że każdy wykonawca musiał wykazać Zamawiającemu, że:

a. Realizował lub realizuje co najmniej dwie umowy lub zamówienia,

- b. Realizacja umowy lub zamówienia była - w przypadku umowy zakończone - lub jest - w przypadku umowy lub zamówienia w toku - należyta,
 - c. Każda umowa lub zamówienia miała wartość co najmniej 5 mln zł,
 - d. Przedmiotem każdej umowy lub zamówienia była dzierżawa,
 - e. Wskazany w umowie lub zamówieniu okres dzierżawy wynosił co najmniej 3 lata,
 - f. Wskazany w umowie lub zamówieniu przedmiotem dzierżawy było co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących,
 - g. Wskazane w umowie lub zamówieniu 400 wielofunkcyjne urządzenia drukujące musiały znajdować się co najmniej w 10 lokalizacjach.
3. Odwołujący spełnia to wymaganie co w sposób zgodny z SIWZ wykazał w swojej ofercie i potwierdził złożonymi na wezwanie Zamawiającego oświadczeniami.
4. Z pisma Zamawiającego z dnia 20 marca 2019 r. wynika jednoznacznie, że Zamawiający dokonał niekorzystnej dla Odwołującego reinterpretacji postanowień SIWZ.
5. Istota dokonanej faktycznie zmiany SIWZ poprzez dokonanie jej-interpretacji sprowadza się do tego, że:
- a. SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu jednoznacznie wymaga tego, by dla wykazania spełnienia warunku należało wskazać umowę lub zamówienie o parametrach wskazanych w pkt 2 powyżej - co Odwołujący uczynił,
 - b. Zamawiający uzasadniając wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty wskazał, że zawarta i realizowana umowa na rzecz Poczty Polskiej S.A. oraz umowa zawarta i realizowana na rzecz Xerox Polska sp. z o.o. nie została zrealizowana w zakresie opisanym w Rozdział XI pkt 3 ust. 1 SIWZ.
6. Błąd Zamawiającego wydaje się oczywisty. W SIWZ nie ma zastrzeżenia o treści, z której by wynikało, że realizacja umów, na które mogliby powoływać się wykonawcy dla wykazania spełnienia warunku, muszą być wykonane w całości albo - jeśli realizacja jest w toku - muszą być wykonane w jakkolwiek zdefiniowanej części.
7. Poza jakimkolwiek sporem jest to, że:
- a. Zamawiający mógł swobodnie - w granicach prawa - opisać w SIWZ zarówno warunek jaki i sposób w jaki spełnienie tego warunku musiało być wykazane,
 - b. spośród trzech umów/zamówień wskazanych na potrzeby wykazania spełnienia warunku Zamawiający zakwestionował dwie umowy będące w toku realizacji,
 - c. Zamawiający nie kwestionuje tego, że przedmiot i wartość (cena) wskazanych umów (tj. umowy z Poczta Polska S.A. Xerox Polska sp. z o.o.) jest zgodna z treścią w Rozdział XI pkt 3 ust. 1.
8. Zamawiający w swym piśmie z 20 marca br. informując o wykluczeniu Odwołującego nie podał jednoznacznie, która część z wieloelementowego warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ nie została spełniona. Zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.
9. W zakresie umowy z Poczta Polska S.A. Zamawiający wskazuje w swym piśmie z 20 marca br., że usługa realizowana była przez okres krótszy niż 3 lata (k. 4 pkt a akapit 2 *in fine*) a wartość zamówienia w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych była mniejsza niż 5 000 000 zł.

- a. Odwołujący podniósł, że dopiero w piśmie z 20 marca br. Zamawiający wskazał własne rozumienie warunku SIWZ, jego zdaniem: Wykonawca w wykazie miał przedstawić umowy/zamówienia, obejmujące zamknięty okres 3 letniej dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, a jeżeli umowa jeszcze się nie zakończyła to jej zrealizowana część powinna potwierdzać spełnienie warunku tj. obejmować okres 3 lat dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych przed terminem składania ofert - trak k.6 akapit przedostatni).
 - b. Zacytowane zdanie wskazuje intencje Zamawiającego – jednak są one niezgodne z treścią SIWZ.
 - c. Można przypuszczać, że gdyby takie oświadczenie zostało przez Zamawiającego złożone przed upływem terminu składania ofert, to sposób wykazania spełnienia warunku byłby inny.
 - d. Najważniejsze jest jednak to, że dopiero w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, że w odniesieniu do umów trwających wymaga, by umowa taka obejmowała 3 lata dzierżawy urządzeń - warunku takiego nie ma w SIWZ i nie ma w SIWZ warunku, by wartość zrealizowanej części zamówienia wynosiła 5.000.000 zł.
 - e. Podsumowując, wykluczenie jest niezasadne, gdyż SIWZ nie zawiera warunku o treści wskazanej przez Zamawiającego.
10. W zakresie umowy z Xerox Polska sp. z o.o. Zamawiający wskazuje w piśmie z 20 marca br., że Odwołujący nie wykazał jaka była wartość zamówienia w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych i jaki był okres realizacji w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, przy czym uznał za niewystarczające oświadczenie, że wartość tej umowy przenosi 6.000.000 zł.
- a. Także w tym przypadku, Zamawiający wywodzi, że zrealizowana część zamówienia w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych musiała mieć wartość >5 mln zł i musiała trwać co najmniej 3 lata - jednak takiego wymagania nie ma w SIWZ.
 - b. Podsumowując, wykluczenie jest niezasadne, gdyż SIWZ nie zawiera warunku o treści wskazanej przez Zamawiającego.
11. W obu przypadkach, tj. zarówno w odniesieniu do umowy zawartej z Poczta Polska S.A. jak i w odniesieniu do umowy z Xerox Polska sp. z o.o. wykazany zostało, m.in. to, że umowa jest w toku realizacji, jest wykonywana należycie, ma wartość co najmniej 5 000 000 zł, a jej przedmiotem jest dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych na czas dłuższy niż 3 lata.
12. Ponieważ Zamawiający dopuścił powoływanie się na umowy w toku realizacji i nie zastrzegł w SIWZ, że okres realizacji umowy musi przenosić 3 lata i w tym okresie wynagrodzenie za dzierżawę urządzeń musi być równe lub wyższe niż 5 000 000 zł, to za brak wykazania takich elementów wykluczenie wykonawcy i - co za tym idzie - odrzucenie jego oferty jest niedopuszczalne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie i w konsekwencji pozostawienie wniesionych zarzutów bez rozpoznania, a przypadku niepodzielenia wniosku, wniósł o:
- 2) oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 i 3 SIWZ, wobec czego Zamawiający (po wyczerpaniu procedur określonych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp), był zobligowany do wykluczenia Odwołującego z postępowania. W innym przypadku, Zamawiający naruszyłby przepisy ustawy Pzp przywołane w treści odwołania.

W ocenie Zamawiającego jako pierwszorzędne zagadnienie winno być dokonane rozstrzygnięcie podstawy odrzucenia odwołania w świetle art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie i w konsekwencji pozostawia przedstawione zarzuty bez rozpoznania. W wyroku KIO 1402/15 z dnia 20.07.2015 r. Izba wskazała: *Termin wyznaczony w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie tego uprawnienia. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie odpowiednio stosowanego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pozostawia taki spóźniony zarzut bez rozpoznania.* Zgodnie z wyr. KIO z 05.07.2013 r., KIO 1526/13: *Dodatkowo Izba stwierdza, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie pozwala przywrócić terminu do wniesienia odwołania (w tym przypadku zarzutu) w związku z brakiem działania (wniesienia odwołania) przez wykonawcę w terminie ściśle określonym ustawą Prawo zamówień publicznych. Termin do wniesienia odwołania - co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie i w ustawie Prawo zamówień publicznych jest terminem zawitym, a tym samym nie podlega przywróceniu z żadnego powodu.*

Stosownie do przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Terminy do wniesienia odwołania określone w art. 182 ustawy Pzp są terminami zawitymi, których upływ powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania. Skoro już pismem z dnia 13.03.2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, tj.:

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wzywa Państwa do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń złożonej przez Państwa oferty w poniższym zakresie:

1) *Zgodnie z Rozdziałem XI ust. 3 pkt 1 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, co najmniej dwie umowy/zamówienia o wartości, co najmniej 5 000 000,00 (słownie: pięć milionów złotych 00/100) złotych netto każda, których przedmiotem była dzierżawa, przez okres, co najmniej 3 lat, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach. W*

dnia 09.01.2019 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał Państwa do przedłożenia wykazu wykonania należycie co najmniej dwóch umów/zamówień, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, o wartości co najmniej 5 000 000,00 (pięć milionów złotych 00/100) złotych netto każda, których przedmiotem była dzierżawa, przez okres co najmniej 3 lat, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach. Na stronach 10-11 pisma z dnia 17.01.2019 r. w części oznaczonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa, załączyli Państwo wykaz zrealizowanych umów/zamówień, w zakresie którego:

a) W wierszu lp. 1, kolumna „Zakres wykonywanych usług (należy opisać usługi w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu)”, wpisali Państwo „Kompleksowa dzierżawa urządzeń (dostawa, serwis, dostawy materiałów eksploatacyjnych, oprogramowanie do zarządzania i wydruku podążającego)”. W dniu 29.01.2019 r. Zamawiający wezwał Państwa do złożenia wyjaśnień, jaki był okres, zakres oraz wartość zamówienia w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, realizowanego przez firmę Bluebrain Sp. z o.o. W dniu 04.02.2019 r. w odpowiedzi na wezwanie przekazali Państwo wyjaśnienia, które w dalszym ciągu budziły wątpliwości Zamawiającego. Wezwano Państwa na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień, jaka była wartość zamówienia oraz okres realizacji w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych zamówienia zrealizowanego przez konsorcjum firm Bluebrain Sp. z o.o. sp.k. oraz Euvic Sp. z o.o. dla Poczty Polskiej S.A.:

- W piśmie z dnia 11.03.2019 r. w pkt 1 lit. b wyjaśnili Państwo, że „wartość dzierżawy w ramach tego zamówienia na dzień składania ofert przekracza wartość 5 000 000 zł netto”. Z listu referencyjnego zamieszczonego na str. 14 pisma z dnia 17.01.2019 r. w części oznaczonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wynika, że zakres urządzeń, dla których świadczona była usługa dzierżawy jest szerszy niż wymóg Zamawiającego.

Wyjaśnili Państwo wartość dzierżawy, jednak nie określili czy dzierżawa dotyczyła wyłącznie urządzeń wielofunkcyjnych. W dalszym ciągu Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, jaka część zamówienia wykonana za wartość przekraczająca 5 000 000 zł netto dotyczyła dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych.

- W piśmie z dnia 11.03.2019 r. pkt 1 lit. c wskazali Państwo, że zamówienie trwa „od sierpnia 2016 roku i jest realizowane do 4 lutego 2021 roku, to jest przez okres dłuższy niż 3 lata”. Nie potwierdzili Państwo spełnienia warunku, ponieważ usługa realizowana była przez okres krótszy niż 3 lata do terminu składania ofert.

Przedstawiona przez Państwa umowa w lp. 1 wykazu zrealizowanych umów i zamówień oraz przekazane wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ.

b) W wierszu lp. 2, kolumna „Zakres wykonywanych usług (należy opisać usługi w sposób

umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu)” wpisali Państwo „Kompleksowa obsługa 1200 urządzeń w tym dzierżawa 500 urządzeń (dostawa, serwis, dostawy materiałów eksploatacyjnych, oprogramowanie do zarządzania i wydruku podążającego)”. W dniu 29.01.2019 r. Zamawiający wezwał Państwa do złożenia wyjaśnień, jaki był okres, zakres oraz wartość zamówienia w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, realizowanego przez firmę E-Fish Sp. z o.o. W dniu 04.02.2019 r. w odpowiedzi na wezwanie przekazali Państwo wyjaśnienia, które w dalszym ciągu budziły wątpliwości Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający w dniu 06.03.2019 r. ponownie wezwał Państwa na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień, jaki był okres realizacji umowy w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych oraz zakres zamówienia faktycznie zrealizowanego przez firmę E-Fish Sp. z o.o. na rzecz firmy Diebold Nixdorf Sp. z o.o. W wyjaśnieniach z dnia 11.03.2019 r. w pkt 2 lit. b wskazali Państwo, „że wartość dzierżawy w ramach tego zamówienia na dzień składania ofert przekracza wartość 5 000 000 zł netto”. Z listu referencyjnego zamieszczonego na str. 15 pisma z dnia 17.01.2019 r. w części oznaczonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wynika, że zakres urządzeń, dla których świadczona była usługa jest szerszy niż wymóg Zamawiającego. W piśmie z dnia 11.03.2019 r. w pkt 2 lit. b wyjaśnili Państwo wartość dzierżawy, jednak nie określili czy dzierżawa dotyczyła wyłącznie urządzeń wielofunkcyjnych. W dalszym ciągu Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić jaka część wykonana za wartość przekraczającą 5 000 000 zł netto urządzeń wielofunkcyjnych.

Przedstawiona przez Państwa umowa w lp. 2 wykazu zrealizowanych umów / zamówień oraz przekazane wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia warunku określonego Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ.

c) W wierszu lp. 3, kolumna „Zakres wykonywanych usług (należy opisać usługi w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu)” wpisali Państwo „Dostawa urządzeń wielofunkcyjnych, dostawa materiałów eksploatacyjnych, zestawy naprawcze, usługi serwisowe, dostawa i maintenance systemu zarządzania środowiskiem druku”. Zamawiający w dniu 29.01.2019 r. wezwał Państwa do złożenia wyjaśnień, jaki był okres, zakres oraz wartość zamówienia w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, realizowanego przez firmę eo Networks S.A. W dniu 04.02.2019 r. w odpowiedzi na wezwanie przekazali Państwo wyjaśnienia, które w dalszym ciągu budziły wątpliwości Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający w dniu 06.03.2019 r. wezwał Państwa do złożenia nowych wyjaśnień, jaka była wartość zamówienia w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, jaki był okres realizacji w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych oraz zakres zamówienia faktycznie zrealizowanego przez firmę eo Networks S.A. na rzecz firmy Xerox Polska Sp. z o.o. W piśmie z dnia 11.03.2019 r. nie udzielili Państwo odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie: jaka była wartość zamówienia w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, jaki

był okres realizacji w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych.

Przedstawiona przez Państwa umowa w lp. 3 wykazu zrealizowanych umów/ zamówień oraz przekazane wyjaśnienia nie potwierdzają spełniania warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ.

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wzywa Państwa do uzupełnienia wykazu zrealizowanych umów i zamówień, o którym mowa w Rozdziale XII ust. 10 pkt 2 lit. a SIWZ, potwierdzającego, że Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, o wartości co najmniej 5 000 000,00 (pięć milionów złotych 00/100) złotych netto każda, których przedmiotem była dzierżawa, przez okres co najmniej 3 lat, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach (sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ) wraz z dowodami określającymi czy umowy/zamówienia, zostały wykonane należycie.”

– to tym samym Zamawiający już w ww. piśmie (w dniu 13.03.2019 r.) ocenił, że Odwołujący nie wykazał spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, co wyraźnie zaznaczył w piśmie będącym podstawą wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. W konsekwencji, jeśli na skutek ww. wezwania Odwołujący jedynie polemizuje z zasadnością oceny Zamawiającego skutkującej następnie wykluczeniem Odwołującego, to tym samym nieuzasadnione jest przyjęcie interpretacji jakoby wyłącznie decyzją Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z dnia 20.03.2019 r. była pierwszą czynnością z zakresu oceny doświadczenia Odwołującego, albowiem we wcześniejszej czynności z dnia 13.03.2019 r. Zamawiający wyraźnie stwierdził nie potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, które - jeśli Odwołujący się nie zgadzał - winno być zakwestionowane.

Analogicznie Zamawiający ocenił drugą z podstaw wykluczenia - również w zakresie kwestionowanego wymogu posiadania punktów serwisowych. Zamawiający w piśmie z dnia 18.02.2019 r. wyraził i sprecyzował swoją ocenę przedstawionych przez Odwołującego dokumentów i oświadczeń. Pismem z dnia 18.02.2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów i oświadczeń albowiem, jak wskazał w tym piśmie:

Zgodnie z Rozdziałem XI ust. 3 pkt 3 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że posiada sieć punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym, co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B. Na str. 18-23 Państwa pisma z dnia 17.01.2019 r. części oznaczonej - jako tajemnica przedsiębiorstwa zamieścili Państwo „Wykaz punktów serwisowych”. W dniu 29.01.2019 r.

Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Państwa do wyjaśnienia wykazu punktów serwisowych w zakresie wskazanym w piśmie Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z dnia 28.01.2019 r. oraz na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego autoryzację wykazanych w wykazie punktów serwisowych. Przedstawiony przez Państwa wykaz punktów serwisowych jak również przekazane przez Państwa wyjaśnienia z dnia 4.02.2019 r., nie potwierdzają posiadania przez Państwa sieci punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B.

We wskazanych w wykazie lokalizacjach, za wyjątkiem lokalizacji przy ul. Jagiellońskiej 78, 03-301 Warszawa, zgodnie z wiedzą Zamawiającego, nie występują żadne punkty serwisowe, a jedynie punkty kurierskie DPD. Punkty kurierskie DPD z pewnością nie posiadają wymaganych przez Zamawiającego autoryzacji firmy HP.

Zgodnie z rozdziałem XI ust. 3 SIWZ Zamawiający sformułował warunek odnośnie punktów serwisowych na potwierdzenie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy, o której mowa w art. 22 ust. 1b ustawy. Zamawiający wymagał od Wykonawcy posiadania punktów serwisowych, dlatego wykazywanie punktów kurierskich innego podmiotu nie potwierdza posiadania przez Państwa wymaganego potencjału w zakresie punktów serwisowych.

Dodatkowo w piśmie z dnia 04.02.2019 r. w pkt 6 lit. a wskazują Państwo, że Zamawiający „w żadnym miejscu SIWZ nie wymagał wykazania się stacjonarnymi punktami serwisowymi”. Zamawiający nie może zgodzić się z tą argumentacją tym bardziej, że takie sformułowania de facto potwierdzają, że wykazywane przez Państwa lokalizacje nie stanowią sieci serwisowej wymaganej przez Zamawiającego na terenie całej Polski tj., co najmniej jednego punktu serwisowego na terenie każdego województwa.

Ponadto Zamawiający nie widzi możliwości spełniania warunku udziału przez Wykonawcę w zakresie wymaganej sieci serwisowej przez wykazanie lokalizacji niebędących punktami serwisowymi Wykonawcy, nieposiadającymi wymaganej przez Zamawiającego autoryzacji przez producenta oferowanych urządzeń drukujących.

W ocenie Zamawiającego załącznik nr 1 do pisma z dnia 04.02.2019 r. wystawiony przez HP Inc. Polska Sp. z o.o. nie potwierdza autoryzacji przez producenta oferowanych urządzeń drukujących wykazywanej przez Państwa sieci punktów serwisowych zawartej na str. 18-23 Państwa pisma z dnia 17.01.2019 r. w części oznaczonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa - wykaz punktów serwisowych”. (...) Wymóg dotyczący posiadania statusu producenta lub partnerstwa z producentem oferowanych urządzeń sformułowany został świadomie przez Zamawiającego w innym warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale XI ust. 3 pkt 4 SIWZ, ponieważ posiadanie statusu partnerstwa z producentem oferowanych urządzeń nie potwierdza i nie gwarantuje posiadania przez Wykonawcę ogólnopolskiej sieci serwisowej

autoryzowanej przez producenta. Dokument wyjaśnia ogólne zasady współpracy związane ze statusem partnerstwa HP. Dodatkowo dokument wskazuje, że „autoryzacja i certyfikacja serwisowa udzielona firmie eo Networks S.A. jest następstwem badania ogólnopolskiej sieci serwisowej eo Networks”, co w żadnym wypadku nie potwierdza posiadania i autoryzacji wykazywanej przez Państwa sieci serwisowej.

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wzywa Państwa do uzupełnienia wykazu punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym, co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B.”

A zatem, zarówno w odniesieniu do zarzutu wykluczenia Odwołującego z powodu niespełniania warunku udziału w zakresie wymogu posiadania odpowiedniego doświadczenia oraz wykazania stosownych punktów serwisowych, Zamawiający przedstawił swoje stanowisko oraz ocenę przedstawionych dokumentów i oświadczeń Odwołującego, odpowiednio w pismach z dnia 13.03.2019 r. i 18.02.2019 r. W przypadku kwestionowania przez Odwołującego ocen Zamawiającego, które zostały przedstawione w ww. pismach, zawity termin na ich skuteczne podważanie miały odpowiednio w dniu 23.03.2019 r. i 28.02.2019 r. Obecne kwestionowanie czynności, które są tożsame i stanowią jedynie wynik wcześniejszej przedstawionej przez Zamawiającego oceny dokumentów i oświadczeń Odwołującego, zostały podniesione po terminie i przy uwzględnieniu treści art 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać je jako wniesione po terminie.

Z ostrożności procesowej, w przypadku niepodzielania przez Krajową Izbę Odwoławczą ww. wniosku, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji, wskazując jak niżej.

I. Ad - zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art 24 ust. 4 ustawy Pzp, przez brak wskazania wymaganych prawem informacji dotyczących podstaw decyzji Zamawiającego.

Zarzut jest całkowicie niezasadny. Obowiązki informacyjne zamawiającego dotyczące wykluczenia wykonawcy określa art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a nie jak błędnie wskazuje Odwołujący - art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy. Przywołany przez Odwołującego przepis stanowi, że „zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców (...) o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności”. Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp „ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

Z uwagi na to, że podstawę decyzji Zamawiającego stanowiło wykluczenie Odwołującego z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, należy stwierdzić, że uznanie jego oferty za odrzuconą jest kwestią wtórną w stosunku do wykluczenia. Wobec

powyższego, Zamawiający był zobligowany do dostatecznego opisanie podstaw wykluczenia, a nie odrzucenia, dlatego też zarzut Odwołującego jest w tym zakresie całkowicie chybiony.

Abstrahując od wskazania niewłaściwej podstawy prawnej, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zadośćuczynił obowiązkowi spoczywającemu na nim na mocy art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w sposób wyczerpujący określił powody wykluczenia wykonawcy, podając bardzo szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 4 maja 2016 r. (KIO 588/16) *stopień szczegółowości uzasadnienia jest kwestią ocenną, jednak w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty wystarczające jest podanie najważniejszych i zrozumiałych dla wykonawcy przyczyn, które legły u podstaw takiej decyzji zamawiającego. Dodatkowo nie jest niezbędne popieranie decyzji zamawiającego orzeczeniami KIO albo stanowiskiem doktryny.*

Zamawiający już w uzasadnieniu Zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 20 marca 2019 r. zawarł wszelkie podstawy faktyczne i prawne podjętej przez niego czynności, a zatem ww. zarzut jest całkowicie niezasadny.

II. Ad - zarzuty naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w zakresie posiadania sieci autoryzowanych punktów serwisowych,

- art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w zakresie warunku zdolności technicznej i zawodowej,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający realizacji zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i adekwatności,

w związku z wybiórczym stosowaniem zasad udziału w postępowaniu w zakresie punktów serwisowych i sposobu wykazania ich spełnienia w stosunku do różnych wykonawców.

Zgodnie z Rozdziałem XI ust. 3 SIWZ:

3. W zakresie warunku określonego w rozdziale X ust. 2 pkt 3 SIWZ, za spełniających warunek udziału w postępowaniu zostaną uznani Wykonawcy, którzy wykażą, że:

1) okresie ostatnich 5 lat rzed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, co najmniej dwie umowy/zamówienia o wartości, co najmniej 5 000 000,00 (słownie: pięć milionów złotych 00/100) złotych netto każda, których przedmiotem była dzierżawa, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach,

2) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, co najmniej dwie umowy/zamówienia, których przedmiotem było wdrożenie systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących,

w co najmniej 10 lokalizacjach. Wykonawca może wykazać spełnienie warunków z pkt 1 i 2 w ramach jednej umowy (tj. umowy na wdrożenie systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku oraz dzierżawę urządzeń dla co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach).

Wykonawca może wykazać spełnienie warunków z pkt 1 i 2 w ramach jednej umowy (tj. umowy na wdrożenie systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku oraz dzierżawę urządzeń dla co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach).

3) posiada sieć punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym, co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B. W przypadku zaoferowania urządzeń różnych producentów Wykonawca musi zapewnić sieć serwisową dla urządzeń każdego z producentów.

4) posiada aktualny status producenta lub partnerstwa z producentem oferowanych urządzeń oraz oferowanego systemu monitorowania i zarządzania wydrukami,

5) firma świadcząca usługi serwisowe w ramach umowy posiada certyfikat ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych”.

a) Brak wykazania spełniania warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający w Zawiadomieniu o wykluczeniu z dnia 20 marca 2019 r. określił, że Odwołujący „nie wykazał spełniania warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale XI ust. 3 pkt 2 SIWZ, dalej cytując treść warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ. Ta rozbieżność jest istotna dla czynności Zamawiającego wykluczającej Odwołującego, bowiem zgodnie z przepisami prawa Zamawiający podejmując taką decyzję musi wskazać jej podstawę prawną, tj. przepis ustawy Pzp a także, w przypadku wykluczenia wobec nie spełniania warunków udziału określonych przez Zamawiającego, stosowny zapis SIWZ. O ile Zamawiający wskazał, że podstawą wykluczenia Odwołującego jest art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, o tyle w zakresie SIWZ wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 2 SIWZ, a nie w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3.

Twierdzenia Odwołującego dotyczące niemożności zidentyfikowania z jakiego powodu Odwołujący został wykluczony z postępowania są nieuprawnione, ponieważ z analizy uzasadnienia Zawiadomienia, w którym Zamawiający przytoczył szczegółowo brzmienie warunku udziału w postępowaniu i kilkakrotnie wskazał na Rozdział XI ust. 3 pkt 3 SIWZ oraz okoliczności faktyczne dotyczące wykazania spełniania tego warunku, wynika w sposób niewątpliwy, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku, o którym mowa w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ, a zawarta w jednym miejscu długiego 8-stronicowego pisma wzmianka o Rozdziale XI ust. 3 pkt 2 SIWZ jest oczywistą omyłką pisarską.

Odwołujący dokonuje w sposób dowolny, oderwany od literalnego brzmienia SIWZ, a także wbrew regułom logiki, niedopuszczalnej nadinterpretacji omawianego warunku udziału w postępowaniu twierdząc, że Zamawiający nie wymagał, żeby sieć punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym, co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) miała charakter punktów stacjonarnych.

Odwołujący wykazał się punktami kurierskimi DPD, które z całą pewnością nie posiadają wymaganej przez Zamawiającego autoryzacji, o której jest mowa w omawianym warunku udziału w postępowaniu. Uzupełnione przez Odwołującego oświadczenie wystawione przez firmę HP Inc. Polska Sp. z o.o. stanowiące załącznik nr 1 do pisma z dnia 4 lutego 2019 r. nie potwierdza autoryzacji przez producenta oferowanych urządzeń drukujących wykazywanej przez niego sieci punktów serwisowych zawartej na str. 18-23 pisma z dnia 17 lutego 2019 r. w części oznaczonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa - „Wykaz punktów serwisowych”. Z dokumentu wystawionego przez firmę HP Inc. Polska Sp. z o.o. wynika jedynie, że firma eo Networks S.A. posiada status Autoryzowanego Partnera Serwisowego HP o specjalizacji serwisu sprzętu drukującego HP. Dokument wyjaśnia ogólne zasady współpracy związane ze statusem partnerstwa HP. Dodatkowo dokument wskazuje, że „autoryzacja i certyfikacja serwisowa udzielona firmie eo Networks S.A. jest następstwem badania ogólnopolskiej sieci serwisowej eo Networks”, co w żadnym wypadku nie potwierdza posiadania autoryzacji wykazywanej przez Odwołującego sieci serwisowej.

Ponadto wymóg dotyczący posiadania statusu producenta lub partnerstwa z producentem oferowanych urządzeń sformułowany został przez Zamawiającego świadomie w odrębnym warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale XI ust. 3 pkt 4 SIWZ, ponieważ posiadanie statusu partnerstwa z producentem oferowanych urządzeń nie potwierdza i nie gwarantuje posiadania przez wykonawcę ogólnopolskiej sieci serwisowej autoryzowanej przez producenta urządzeń.

Zarówno wykaz punktów serwisowych złożony przez Odwołującego wraz z ofertą, jak i ten złożony w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w piśmie z dnia 21 lutego 2019 r., nie potwierdzają spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca w piśmie z dnia 21 lutego 2019 r. załączył „wykaz uzupełniony o nazwiska i dane kontaktowe pracowników eo Networks w każdym województwie, ze wskazaniem za jaki obszar te osoby odpowiadają”. Przedstawiony przez Wykonawcę wykaz osób (techników) w żadnym wypadku nie potwierdza posiadania przez Wykonawcę sieci punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących. Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XI ust. 3 pkt 2 SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku wymagał przedstawienia listy punktów serwisowych, a nie wykazu osób.

Dodatkowo Wykonawca na stronie 6 pisma dnia 21.02.2019 r., pomimo wcześniejszego już uzupełnienia na mocy art. 26 ust. 3 ustawy dokumentu potwierdzającego autoryzację wykazanych w wykazie punktów serwisowych, ponownie go uzupełnił załączając kolejne oświadczenie o innej treści wystawione przez firmę HP Inc. Polska Sp. z o.o. z dnia 20.02.2019 r. Z oświadczenia wynika, że „autoryzacja i certyfikacja serwisowa udzielona firmie eo Networks S.A. dotyczy kompetencji sieci inżynierów zlokalizowanych na terenie całej Polski i upoważnia firmę eo do świadczenia usług serwisu sprzętu drukującego HP - bezpośrednio w siedzibie klienta - zgodnie z procesem i wymaganiami stawianymi przez HP. (...) Regionalne punkty serwisowe bez recepcji nie wymagają oddzielnej autoryzacji po stronie HP w ramach procesu autoryzacji partnerów serwisowych HP”.

Zacytowane stwierdzenie producenta oferowanych urządzeń potwierdza, że lokalizacje wskazane przez Wykonawcę na str. 18-23 pisma z dnia 17.01.2019 r. w części oznaczonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa - „Wykaz punktów serwisowych” nie posiadają autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących.

Podkreślenia wymaga, że warunek udziału sformułowany w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ określa jasno, że Zamawiający oczekuje konkretnych lokalizacji punktów serwisowych, tj. co najmniej jednego punktu serwisowego na terenie każdego województwa. Świadczy o tym również treść załącznika nr 10 do SIWZ stanowiącego wzór wykazu punktów serwisowych, który zawiera m.in. kolumnę „Nazwa punktu serwisowego” oraz „Adres punktu serwisowego”. Zgodnie z definicją określoną w Słowniku Języka Polskiego PWN przez „punkt” rozumie się „określone miejsce w terenie lub jakiejś przestrzeni”, „miejsce przeznaczone do wykonywania specjalnych czynności lub prac” (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/punkt.html>).

W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że na potwierdzenie omawianego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania się posiadaniem stacjonarnych punktów serwisowych, a nie - jak twierdzi Odwołujący - serwisu rozumianego jako „osoby posiadające odpowiednie certyfikaty”. Kwestia ta nie wzbudziła wątpliwości pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Odwołujący dokonuje dowolnej, wadliwej nadinterpretacji tego warunku, oderwanej od jego literalnej wykładni i rzeczywistości, opierając ją na wnioskach wynikających z analizy postanowień OPZ i umowy, a także odpowiedzi na pytanie nr 28 z dnia 17 sierpnia 2018 r.

Zgodnie z tym pytaniem: „Zamawiający w SIWZ str. 6 z 31 rozdział XI pkt 3/3 wymagał posiadania przez Oferenta autoryzowanego punktu serwisowego dla oferowanych urządzeń i systemów informatycznych instalowanych na urządzeniach w każdym województwie. Firma nasza posiada pracowników zatrudnionych w województwie opolskim bez stałego punktu serwisowego do obsługi regionu a samo województwo opolskie (ze względu na wielkość i komunikację (autostrada) obsługiwane jest administracyjnie przez punkty serwisowe z Katowic i Wrocławia, czy Zamawiający dopuści takie rozwiązanie?”

W dniu 17 sierpnia 2018 roku Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Dopuszcza - Zamawiający wymaga zapewnienia serwisu i obsługi urządzeń w każdym województwie przez serwis posiadający autoryzację producenta tych urządzeń. Serwis powinien spełniać wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie obsługi serwisowej (Certyfikat ISO 9001) oraz spełniania w zakresie serwisu parametru SLA”.

Odwołujący dokonując wadliwej wykładni uznał, że z ww. odpowiedzi wynika, że: „ewidentnie zatem Zamawiający w tej odpowiedzi przyjął i dopuścił sytuację możliwości wykazania warunku udziału w postępowaniu przez punkty serwisowe, niekoniecznie stacjonarne, rozumiane jako budynek czy biuro z adresem. Tak samo mógłby stwierdzić Odwołujący, że posiada pracowników zatrudnionych w każdym województwie bez stałego punktu serwisowego do obsługi regionu, a te województwa te obsługiwane są administracyjnie przez punkty serwisowe z Warszawy.” Odwołujący nie widzi tu różnicy, czy dotyczy to jednego punktu serwisowego czy 16, chodzi bowiem o zasadę, którą Zamawiający dopuścił. Dodatkowo, co Zamawiający pomija w informacji o wykluczeniu Odwołującego, istotne jest to jak skonstruował treść odpowiedzi - również w niej nie odwołał się do wymogu stacjonarnych punktów serwisowych, ale odpowiedział, że wymaga zapewnienia serwisu i obsługi urządzeń w każdym województwie przez serwis posiadający autoryzację producenta sprzętu, a nie przez stacjonarne punkty serwisowe, które w większości przypadków usług serwisu urządzeń wielofunkcyjnych świadczonych B2B, pełnią jedynie rolę administracyjną. Istotą usługi serwisu i gwarancji kupowanej przez Zamawiającego jest natomiast zapewnienie realizacji tej usługi i to zasadniczo w miejscu użytkowania urządzenia.

Jeżeli nawet początkowo Zamawiający, konstruując treść SIWZ miał na myśli punkty serwisowe rozumiane jako punkty stacjonarne, to odpowiedź na pytanie 28 zmieniła wymaganie, uznając, że „co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa” oznacza również świadczenie serwisu bez stałego punktu serwisowego na terenie województwa w sytuacji, gdy jest on obsługiwany administracyjnie przez inny punkt serwisowy.”

Nie sposób zgodzić się z ww. argumentacją, ponieważ z analizy odpowiedzi na pytanie nr 28 wynika niezbicie, że Zamawiający dopuścił wyłącznie rozwiązanie gdzie jedno z województw (opolskie) obsługiwane będzie administracyjnie przez punkty serwisowe w innej lokalizacji (Katowice i Wrocław).

Z treści pytania jasno wynika, że nie chodziło o dopuszczenie posiadania pracowników zatrudnionych bez stałego punktu serwisowego, tylko o możliwość świadczenia usług serwisowych w jednym z województw (a nie we wszystkich 16) przez punkty serwisowe zlokalizowane (posadowione) w innych województwach i na taki wyjątek wyraził zgodę Zamawiający. Zamawiający dopuścił taką ewentualność z uwagi na niewielką odległość pomiędzy poszczególnymi miastami leżącymi w województwach objętych zakresem pytania.

Wobec powyższego, nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że wymóg ten został

rozszerzony na wszystkie 16 województw, bo zdaniem Odwołującego „chodzi bowiem o zasadę, którą Zamawiający dopuścił.”

Ponadto wskazał, że budzi zdziwienie Zamawiającego wniosek Odwołującego, że „odpowiedź na pytanie 28 zmieniła wymagania, uznając, że co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa oznacza również świadczenie serwisu bez stałego punktu serwisowego na terenie województwa w sytuacji, gdy jest on obsługiwany administracyjnie przez inny punkt serwisowy.”

Zamawiający podkreślił, że w przypadku zmiany warunku udziału w postępowaniu lub sposobu oceny spełniania tego warunku (która byłaby zmianą istotną mogącą mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia), zgodnie z art. 12a ust. 1 i 2 ustawy Pzp musiałyby dojść do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i przedłużenia terminu składania ofert. W postępowaniu Zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia po udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 28, wobec czego twierdzenie Odwołującego, że odpowiedź zmieniła warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego pierwotnie w ogłoszeniu i w SIWZ, jest całkowicie niezasadne.

Zamawiający sformułował omawiany warunek udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, a w przypadku gdy Odwołujący powziął w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, był zobowiązany do zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie tej kwestii na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. To na Odwołującym, jako na profesjonalistcie działającym zgodnie z należytą starannością wymaganą od przedsiębiorcy zgodnie z art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 2018 r. poz. 1025), spoczywał taki obowiązek. Zgodnie z regulacją art. 355 k.c. „dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność)”, „należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”. O takim obowiązku rozstrzygnął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013. W wyroku KIO z dnia 25 maja 2015 r., KIO 1000/15, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Po wyroku Sądu Najwyższego z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013, tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ, nie dających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę powinna ponieść zawsze strona, która ten SIWZ zredagowała czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd, że zadawanie pytań Zamawiającemu należało uważać tylko za uprawnienie wykonawcy. S.N. wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do

Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.

Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania takiej oferty, która po pierwsze, będzie spełniała wymagania SIWZ, a po drugie, aby możliwe było prawidłowe wykonanie zamówienia”.

Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 maja 2016 r., KIO 757/16, stwierdzając, że *profesjonalista nie powinien mieć wątpliwości, jakie znaczenie winien nadać wykonawca spornym pojęciom i nie przekonuje argument, że wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, ze względu właśnie na profesjonalny charakter jego działalności”*.

Stanowisko to znajduje swoje odzwierciedlenie również w orzecznictwie sądów powszechnych, gdzie wyrażono przekonanie, że „artykuł 38 ust. 1 p.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie powziętych co do treści SIWZ wątpliwości, a zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia przyjmującemu zamówienie braku dochowania należytej staranności przedsiębiorcy, o której mowa w art. 355 § 2 k.c.” (wyrok S.A. w Krakowie z dnia 12 maja 2015 r., sygn. akt I ACa 1666/14).

Jako kolejny argument przemawiający za tym, że warunek udziału w postępowaniu nie dotyczy stacjonarnych punktów serwisowych Odwołujący wskazał, że (na s. 9 odwołania) „rozumienie punktu serwisowego jako stacjonarnej lokalizacji jest bez znaczenia dla procesu świadczenia usługi serwisu, a co ważne pomniejsza jego koszty”. Twierdzenie to nie znajduje odzwierciedlenia w realiach niniejszego postępowania, ponieważ pozostali wykonawcy wykazali się posiadaniem stacjonarnych punktów serwisowych, w których mogą świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia, a ceny ofert tych wykonawców są dużo niższe niż cena oferty Odwołującego, który wywodzi że świadczenie usług przez punkt serwisowy rozumiany jako „osoby” obniża koszty - różnica między ofertą Odwołującego a najtańszą ofertą złożoną w postępowaniu wynosi ponad 5,5 mln złotych.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że „Zamawiający nie wymagał zgodnie z SIWZ przedstawienia dokumentu potwierdzającego posiadaną autoryzację”. Zamawiający, formułując treść ogłoszenia i SIWZ, w Rozdziale XII ust. 2 lit. c skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i żądał przedstawienia dokumentu producenta oferowanych urządzeń, potwierdzającego posiadanie przez Wykonawcę sieci punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B - sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 10 do SIWZ.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, poświadczenie to miało dotyczyć punktów serwisowych stacjonarnych, a nie osób świadczących usługi serwisowe, wobec czego Odwołujący przedstawiając omówione powyżej dokumenty nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ.

b) Brak wykazania spełniania warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ.

Odwołujący w treści odwołania wyjaśnił w jaki sposób - w jego ocenie - przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu powinien być rozumiany, wskazując że:

„2. Warunek w SIWZ został określony w taki sposób, że każdy wykonawca musiał wykazać Zamawiającemu, że:

- a. Realizował lub realizuje co najmniej dwie umowy lub zamówienia,
- b. Realizacja umowy lub zamówienia była - w przypadku umowy zakończone - lub jest - w przypadku umowy lub zamówienia w toku - należyta,
- c. Każda umowa lub zamówienia miała wartość co najmniej 5 mln zł,
- d. Przedmiotem każdej umowy lub zamówienia była dzierżawa,
- e. Wskazany w umowie lub zamówieniu okres dzierżawy wynosił co najmniej 3 lata,
- f. Wskazany w umowie lub zamówieniu przedmiotem dzierżawy było co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących,
- g. Wskazane w umowie lub zamówieniu 400 wielofunkcyjne urządzenia drukujące musiały znajdować się co najmniej w 10 lokalizacjach”.

Z powyższej analizy Odwołujący wysnuwa wniosek, że w świetle tego warunku Zamawiający nie wymagał, aby dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych trwała co najmniej przez okres 3 lat. Podkreślenia wymaga, że wniosek ten stoi w sprzeczności z twierdzeniami zawartymi w przytoczonych powyżej lit. d, e, gdzie Odwołujący wyjaśnił, że „Wskazany w umowie lub zamówieniu okres dzierżawy co najmniej 3 lata”, a „przedmiotem każdej umowy lub zamówienia była dzierżawa”. W przytoczonych zdaniach Odwołujący użył czasu przeszłego, który dotyczy czynności, które są zakończone i miały miejsce w konkretnym czasie w przeszłości. Już tylko z tego wynika, że Odwołujący w gruncie rzeczy interpretuje brzmienie tego warunku udziału w postępowaniu w taki sam sposób jak Zamawiający i pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

Jak wynika z analizy treści omawianego warunku, został on określony w taki sposób, że każdy wykonawca musiał wykazać Zamawiającemu, iż:

- a. Realizował lub realizuje co najmniej dwie umowy lub zamówienia,
- b. Realizacja umowy lub zamówienia była - w przypadku umowy zakończonej - lub jest - w przypadku umowy lub zamówienia w toku - należyta,
- c. Przedmiotem każdej umowy lub zamówienia była dzierżawa przez okres co najmniej trzech lat

(użyto czasu przeszłego, co świadczy o tym, że dotyczy to zamkniętego okres 3 – letniej dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, a w przypadku gdy umowa jeszcze się nie zakończyła - jej zrealizowana część powinna potwierdzać spełnienie warunku tj. obejmować okres 3 lat dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych przed terminem składania ofert),

- d. wartość dzierżawy będącej przedmiotem umowy lub zamówienia opiewa na co najmniej 5 mln zł,
- e. Wskazany w umowie lub zamówieniu przedmiotem dzierżawy było co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących,
- f. Wskazane w umowie lub zamówieniu 400 wielofunkcyjne urządzenia drukujące musiały znajdować się co najmniej w 10 lokalizacjach.

Zamawiający określił, że wymaga, aby wykonawca wykazał, że „realizował/realizuje należycie” zamówienia/ umowy, których przedmiotem „była” dzierżawa - w tym postanowieniu SIWZ nie zawarto zwrotu, których przedmiotem była/jest dzierżawa”.

Gdyby Zamawiający użył ww. zwrotu obejmującego słowo „jest”, można by podzielić interpretację Odwołującego, że nie jest wymagane aby 3-letni okres dzierżawy w ramach umowy/zamówienia został zakończony przed upływem terminu składania ofert.

Jednak użycie czasu przeszłego w odniesieniu do legitymowania się przez wykonawcę usługą obejmującą 3 letni okres dzierżawy świadczy niezbicie o tym, że dotyczy to zamkniętego (zakończonego) okresu 3 - letniej dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, a w przypadku gdy umowa jeszcze się nie zakończyła - jej zrealizowana część powinna potwierdzać spełnienie warunku tj. obejmować okres 3 lat dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych przed terminem składania ofert.

Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że twierdzenia Odwołującego stanowią wynik niedopuszczalnej nadinterpretacji omawianego warunku udziału w postępowaniu dokonanej w sposób dowolny, oderwany od literalnego brzmienia SIWZ, a także wbrew regułom logiki. Odwołujący myli się twierząc, że „w SIWZ nie ma zastrzeżenia o treści, z której by wynikało, iż realizacja umów, na które mogliby powoływać się wykonawcy dla wykazania spełnienia warunku, muszą być wykonane w całości albo - jeśli realizacja jest toku - muszą być wykonane w jakkolwiek zdefiniowanej części”. W tej sytuacji zarzucanie Zamawiającemu, że dokonał „niekorzystnej dla Odwołującego reinterpretacji postanowień SIWZ” jest nieuprawnione i wręcz kuriozalne.

Podkreślenia wymaga, że w Odwołujący definiuje sporny warunek przez pryzmat przedmiotu zamówienia i doświadczenia, jakie powinno być w jego opinii pożądane od wykonawcy. Jednakże takie prowadzenie wykładni celowościowej nie mieści się w regułach wykładni językowej oświadczenia woli, wynikającego z omawianego postanowienia SIWZ

opisującego dane wymaganie i z tego też powodu taka interpretacja warunku w tej sprawie jest nieuprawniona. Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie, rozstrzygające znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu ma jego literalne brzmienie w specyfikacji, a nie oczekiwany przez wykonawcę sposób interpretacji spornego warunku w świetle przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r. KIO 501/14). Interpretacja tego warunku udziału w postępowaniu nie budziła wątpliwości wykonawców przed upływem terminu składania ofert, żaden z nich nie sformułował na podstawie art. 38 ustawy Pzp pytania do treści SIWZ w tym zakresie.

W ocenie Zamawiającego, warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w taki sposób, że nie są możliwe różne metody ich odczytania, ponieważ określono w sposób jednoznaczny w jaki sposób odbędzie się ocena poziomu ich spełniania.

W świetle powyższego, Zamawiający nie ma więc możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu - jak tego oczekuje Odwołujący - przez zliberalizowanie zapisów zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, ani przez interpretowanie tych zapisów ponad to, co było zapisane. Działanie takie stanowiłoby zmianę, swego rodzaju dopasowanie odpowiednio sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w postępowaniu do przedłożonych wraz z ofertą Odwołującego dokumentów lub dopasowanie go do możliwości konkretnego wykonawcy, co jest niedopuszczalne w myśl zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący już w piśmie z dnia 4 lutego 2019 r. w pkt 3 dokonał dowolnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu stwierdzając, że „warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w Rozdziale XI ust. 3 SIWZ nie odnosił się do wykazania wartości dzierżawy urządzeń realizowanej w ramach referencyjnej umowy, ale ogólnie jej wartości. Świadczy o tym nie tylko brak literalnego zapisu w tym zakresie, ale również uwaga zamieszczona przez Zamawiającego w Rozdziale XI ust. 3 pod pkt 2, gdzie Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się przez wykonawców jedną umową w ramach której realizowane było wdrożenie systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku oraz dzierżawy urządzeń, bez dodatkowego wymogu dotyczącego wartości każdego z tych elementów przedmiotu umowy”.

Te twierdzenie są nieuprawnione i oderwane od literalnego brzmienia SIWZ. Zamawiający jasno wskazał, że zrealizowane/realizowane zamówienia miały dotyczyć dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł netto. Natomiast przytaczana przez Wykonawcę adnotacja pod pkt 2 Rozdziału XI ust. 3 SIWZ wskazuje precyzyjnie, że „Wykonawca może wykazać spełnienie warunków z pkt 1 i 2 w ramach jednej umowy”, co w żadnym wypadku nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku spełnienia wymogów szczegółowych zawartych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 i 2 SIWZ (odrębnie dla każdego z tych wymogów), w tym

wartości dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych. Wskazana adnotacja nie jest również odrębnym/samodzielnym warunkiem udziału i z całą pewnością nie można traktować jej jakoby zastępowała warunki udziału w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 i 2 SIWZ.

Stanowczego podkreślenia wymaga, że Zamawiający dwukrotnie (tj. w dniu 29 stycznia 2019 r. i 6 marca 2019 r.) zwracał się do Odwołującego o wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp treści złożonych wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń, formułując konkretne pytania dotyczące poszczególnych okoliczności mających potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu (o wartość zamówienia dotyczącą dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych, okres realizacji zamówienia i zakres zamówienia faktycznie zrealizowany przez wykonawcę), co świadczy o tym, że Zamawiający dochował należytej staranności w celu wyjaśnienia powstałych wątpliwości i przedsięwziął wszelkie możliwe środki w celu ich wyjaśnienia. Z uwagi na to, że z odpowiedzi na ww. wezwanie do wyjaśnień nie wynikało, że Odwołujący spełnia omawiany warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 13 marca 2019 r.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że „Zamawiający w swym piśmie z 20 marca br. informując o wykluczeniu Odwołującego nie podał jednoznacznie, która część z wieloelementowego warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ nie została spełniona”.

Zamawiający jasno wyartykułował której części spełniania warunku Wykonawca nie potwierdził, tj.

- a) w zakresie przedstawionej przez Wykonawcę umowy realizowanej na rzecz Poczty Polskiej S.A. wskazanej w wierszu lp. 1 na stronach 10-11 pisma z dnia 17.01.2019 r. i w wierszu lp. 1 na stronie 3 pisma z dnia 15.03.2019 r. - Zamawiający uznał, że nie wykazano, iż okres realizacji dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych nie był wystarczający, ponieważ trwał od sierpnia 2016 r. do dnia, w którym upłynął termin składania ofert nie minęły wymagane przez Zamawiającego 3 lata,
- b) w zakresie umowy wskazanej w wierszu lp. 3 Wykazu realizowanej na rzecz firmy Xerox Polska Sp. z o.o. Odwołujący nie wykazał jaka była wartość zamówienia w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych (zakres kontraktu obejmował kompleksową usługę druku w tym: dostawę urządzeń wielofunkcyjnych, dostawę materiałów eksploatacyjnych, zestawy naprawcze, usługę serwisową, dostawę i utrzymanie systemu zarządzania środowiskiem druku, a wartość całości opiewała na kwotę ok. 6 mln złotych netto) oraz jaki był okres realizacji w zakresie dzierżawy urządzeń wielofunkcyjnych.

Pomimo, że Zamawiający zwracał się dwukrotnie o wyjaśnienia formułując konkretne pytania dotyczące poszczególnych okoliczności mających potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a Odwołujący udzielał niejednoznacznych odpowiedzi, które

budziły wątpliwości Zamawiającego, Zamawiający z uwagi na brak potwierdzenia przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wezwał do go do uzupełnienia. Odwołujący w przedstawionych dokumentach w dalszym ciągu nie potwierdził spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazuje się w orzecznictwie „zamawiający nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy brak jest pewności co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Brak złożenia jednoznacznych wyjaśnień, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie może prowadzić do uznania że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie można uznać że zostały wyjaśnione wątpliwości zamawiającego, gdy wykonawca przedłożył w odpowiedzi na wezwanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przyp. Aut. takie same dokumenty jak te złożone w treści (wyrok KIO z dnia 2 listopada 2018 r., KIO 2061/18).

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2019 r. (KIO 50/19) „należy sprzeciwić się działaniu wykonawcy polegającego na uchylaniu się od adekwatnej odpowiedzi na wezwania zamawiającego i przekazywaniu informacji, które formalnie przez kopiowanie treści SIWZ wskazują na spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jednak nie dają zamawiającemu rzeczywistej wiedzy o konkretnym materialnym charakterze. Uporczywe lekceważenie uzasadnionych żądań zamawiającego nie zasługuje na ochronę w żadnym wypadku”.

W świetle powyższego i okoliczności faktycznych szczegółowo omówionych w Zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z dnia 20 marca 2019 r., Zamawiający nie mógł wybrać oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ponieważ dopiero dokonując takiej czynności, naruszyłby przepisy wskazane przez Odwołującego w treści odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wniósł jak w *petitum* pisma.

Wykonawca - Konica Minolta Bussines Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w piśmie procesowym zawierającym rozwinięcie argumentacji przedstawionej w zgłoszeniu przystąpienia, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie wskazanych dowodów. Przedstawił bardzo szczegółowe uzasadnienie, spójne ze stanowiskiem Zamawiającego i odpowiadające treści opisowi warunków zamieszczonych w SIWZ. Część argumentacji zawartej w piśmie, jako nie budząca wątpliwości, została przedstawiona w końcowej części uzasadnienia wyroku.

1. Zarzut 1 - Brak posiadania sieci autoryzowanych punktów serwisowych

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednym z warunków, który nie został spełniony przez Odwołującego jest warunek określony w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawców

„sieci punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym, co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B”.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że Zamawiający nie podał definicji ani nie określił wymogów dotyczących charakterystyki „punktów serwisowych”. Nie oznacza to jednak, że Odwołujący może dokonywać swobodnej interpretacji tego pojęcia (warunku), bez uwzględnienia przyjętego w obrocie znaczenia określenia „punkt serwisowy” oraz wszystkich wymagań w tym zakresie zawartych w treści SIWZ.

Zamawiający wskazał zakres czynności, które będzie realizował wykonawca w ramach serwisu urządzeń. Zgodnie z pkt 5.5.3. OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ) serwis urządzeń obejmuje:

- a) konserwację urządzeń,
- b) wykonywanie okresowych przeglądów gwarancyjnych wymaganych przez producenta urządzeń,
- c) zapewnienie sprawności urządzeń,
- d) wymianę części zamiennych,
- e) wprowadzanie incydentów związanych eksploatacją urządzeń,
- f) dla lokalizacji typu A - dostarczenie i wymianę tonerów,
- g) dla lokalizacji typu B - dostarczenie nowego tonera,
- h) wymianę pozostałych materiałów eksploatacyjnych (za wyjątkiem papieru),
- i) wszelkie inne niewymienione powyżej czynności, niezbędne do prawidłowego działania dostarczonych urządzeń drukujących.

Natomiast, jak zauważył Odwołujący, zgodnie z 59 ust. 8 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) „Naprawa urządzeń realizowana będzie w miejscu ich użytkowania, a jeżeli będzie to niemożliwe, to wykonawca na czas naprawy urządzeń w serwisie dostarczy Zamawiającemu urządzenie zastępcze (zamienne)”.

Zdaniem Przystępującego z warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ oraz treści umowy wynika, że intencją Zamawiającego było posiadanie punktów serwisowych oznaczających konkretne miejsca znajdujące się w obrębie danego województwa, do których trafi urządzenie w przypadku, gdy jego naprawa nie będzie możliwa w miejscu użytkowania urządzenia. Zamawiający dał temu wyraz także w treści załącznika nr 10 do SIWZ, w którym wymagał wskazania nazwy punktu serwisowego, nazwy województwa, w którym punkt się znajduje, a przede wszystkim wskazania konkretnego adresu danego punktu serwisowego.

W odpowiedzi na pytanie 28, na które Odwołujący, Zamawiający zaznaczył, że „wymaga zapewnienia serwisu i obsługi powołuje się urządzeń w każdym województwie przez serwis posiadający autoryzację producenta tych urządzeń”. Odwołujący pomija fakt, że ta część

odpowiedzi oznacza, że naprawa urządzenia, które nie może zostać naprawione w miejscu jego użytkowania, nadal powinna zostać wykonana w serwisie w danym województwie (zgodnie z 59 ust. 8 wzoru umowy), tj. w punkcie serwisowym, będącym miejscem wskazanym przez wykonawcę w wykazie punktów serwisowych (załącznik nr 10 do SIWZ). Tego faktu nie zmienia również dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości dostarczania tonerów i odbierania zużytych materiałów eksploatacyjnych za pośrednictwem firmy kurierskiej (pytanie nr 112 i nr 113 i odpowiedź Zamawiającego). Zgodnie ze wskazanym pkt 5.5.3. OPZ oraz treścią umowy, zakres usługi serwisu jest znacznie szerszy i nie obejmuje jedynie wymiany tonerów, materiałów eksploatacyjnych czy konserwacji sprzętu.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, istnieją czynności, które wykonawca będzie wykonywał „w serwisie” (punkcie serwisowym). Czynności, które nie mogą zostać wykonane w miejscu użytkowania urządzenia ani przy pomocy firmy kurierskiej nadal mają zostać wykonane „w serwisie” w danym województwie, przykładowo czynności określone w pkt 5.5.3. ppkt 5.5.3.3., ppkt 5.5.3.4., ppkt 5.5.3.9 OPZ.

Odwołujący złożył wykaz punktów serwisowych wraz z ich konkretnymi adresami (17 stycznia 2019 r.). Jednakże w miejscach wskazanych przez Odwołującego nie znajdują się punkty serwisowe, tylko punkty nadania paczek kurierskich firmy DPD. Jedynym punktem serwisowym wskazanym w wykazie było Centrum Serwisowe znajdujące się w Warszawie (województwo mazowieckie). Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 lutego 2019 r. złożył nowy wykaz punktów serwisowych, będący jednak w rzeczywistości wykazem osób - pracowników eo Networks S.A. wraz z ich prywatnymi adresami zamieszkania.

Odwołujący nie wykazał zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż na dzień otwarcia ofert dysponował tylko jednym punktem serwisowym znajdującym się w Warszawie, który nie posiada autoryzacji producenta sprzętu HP w zakresie świadczenia usług serwisowych.

Nie można bowiem uznać, że punktem serwisowym jest punkt nadania paczek kurierskich DPD, z którą to firmą eo Networks S.A. ma zawartą umowę. W tych miejscach uszkodzony sprzęt może zostać jedynie wysyłany do innego miejsca w celach jego serwisowania. Nawet jeżeli paczka zostanie nadana przez inżyniera wskazanego przez Odwołującego to nadal jest to czynność nadania paczki, a nie serwis urządzenia. Tym bardziej za punkt serwisowy, w rozumieniu wyżej wymienionego warunku, nie można uznać inżynierów (osób) wykonujących usługi serwisowe w swoim miejscu zamieszkania (pod prywatnym adresem zamieszkania). Jak zauważył Odwołujący, serwisem objęty jest sprzęt ciężki i wielkogabarytowy, a zatem trudno wyobrazić sobie wysyłanie takiego sprzętu paczką przez firmę kurierską do centrum serwisowego w Warszawie lub serwisowania go w miejscu zamieszkania osoby wskazanej przez Odwołującego. Tym bardziej, że zgodnie z wzorem

umowy, wykonawca powinien w bardzo krótkim czasie zapewnić urządzenie zamienne. Nierealne jest zatem wykonywanie w sposób należyty usługi serwisu w pełnym zakresie i zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, posiadając w praktyce jeden punkt serwisowy zlokalizowany w województwie mazowieckim w Warszawie - Centrum Serwisowe eo Networks S.A.

Odwołujący wcale nie zaprzecza, że w złożonym przez siebie wykazie punktów serwisowych z dnia 15 stycznia 2019 r. oraz nowym wykazie z dnia 20 lutego 2019 r., nie znajdują się punkty serwisowe, w których będzie realizowana usługa serwisu urządzeń w obrębie danego województwa. Odwołujący polemizuje jedynie z Zamawiającym co do właściwej interpretacji warunku i definicji „punktów serwisowych” oraz wskazuje swoją wykładnię w tym zakresie.

Tak więc, wykładnia warunku dokonana przez Odwołującego, prowadzi do wniosku, że jako punkt serwisowy, należy rozumieć jakiekolwiek miejsce, w jakikolwiek sposób związane z Wykonawcą, np. będące miejscem zamieszkania osoby, którym Wykonawca się posługuje. Takie rozumienie warunku jest sprzeczne z jego funkcją i zasadą proporcjonalności, bowiem tak rozumiany warunek udziału w postępowaniu w żaden sposób nie jest pomocny w ustaleniu, czy o zamówienie będzie ubiegał się jedynie wykonawca, który jest w stanie je wykonać.

Dodatkowo Odwołujący dwukrotnie załączył oświadczenia producenta HP Inc Polska Sp. z o.o., z których wynika jedynie, że eo Networks S.A. posiada status Autoryzowanego Partnera Serwisowego HP o specjalizacji serwisu sprzętu drukującego HP. Z oświadczeń tych wynika, że autoryzacja partnera jest następstwem badania ogólnopolskiej sieci serwisowej eo Networks S.A. Nie zostały jednak wskazane żadne konkretne punkty/oddziały, które zostały poddane tej autoryzacji producenta, jak tego wymagał Zamawiający. Przystępujący wskazał, że tylko dokument złożony dnia 4 lutego 2019 r. jest dokumentem złożonym na wezwanie Zamawiającego na podstawie 26 ust. 3 Pzp w celu jego uzupełnienia. Natomiast dokument złożony dnia 20 lutego 2019 r. został co prawda złożony na ponowne wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, ale wezwanie dotyczyło jedynie uzupełnienia wykazu punktów serwisowych, a nie dokumentu potwierdzającego autoryzację punktów przez producenta urządzeń. Oświadczenie to zostało zatem złożone po terminie wskazanym przez Zamawiającego oraz w dalszym ciągu nie potwierdza autoryzacji punktów serwisowych wskazanych przez Odwołującego. Z oświadczenia HP Inc Sp. z o.o. wynika także, że producent udziela autoryzacji na „świadczanie usług serwisowych dla sprzętu drukującego HP bezpośrednio w siedzibie klienta”, co oznacza, że Odwołujący nie posiada autoryzacji producenta HP Inc Polska Sp. z o.o. na serwis urządzeń wykonywany poza lokalizacjami Zamawiającego, co jest wymagane w przypadku, gdy naprawa urządzenia nie będzie możliwa w miejscu jego użytkowania (siedziba klienta).

Przystępujący zauważył, że Certyfikat ISO 9001:2015 został wydany jedynie dla Centrum Serwisowego eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Jagiellońskiej 78, 03-

301 Warszawa. Odwołujący nie załączył do certyfikatu aneksu, w którym powinny zostać szczegółowo wskazane punkty serwisowe/oddziały wykonawcy posiadające certyfikat ISO 9001:2015 na świadczenie usług serwisowych (włączone do danego certyfikatu). Z wiedzy uzyskanej przez Przystępującego wynika, że taki certyfikat nie został wydany dla żadnej z lokalizacji wskazanych w wykazie z dnia 15 stycznia 2019 r., ani tym bardziej dla żadnego z inżynierów wskazanych jako punkty serwisowe przez Odwołującego. Aby firma/organizacja wielooddziałowa otrzymała certyfikat ISO 9001:2015 w zakresie określonej działalności (świadczenie usług serwisowych), każdy oddział/punkt podlega osobnej weryfikacji pod względem spełnienia normy ISO. Jeżeli natomiast certyfikacją ISO została objęta cała organizacja to musi to zostać wyartykułowane wprost w treści dokumentu. Skoro zatem firma eo Networks S.A. uzyskała certyfikację ISO 9001:2015 w zakresie danej lokalizacji (jednego adresu) to oznacza, że certyfikatem ISO objęty został tylko ten oddział/centrala znajdująca się pod tym adresem. Ten fakt potwierdza, że w miejscach (pod adresami) wskazanych przez Odwołującego nie znajdują się punkty serwisowe, a więc Odwołujący nie spełnia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Z punktu widzenia Zamawiającego oznacza to również, że Odwołujący będzie realizował usługę serwisu urządzeń jedynie w jednym miejscu (w Jednym województwie) przy wykorzystaniu firmy kurierskiej DPD lub inżynierów, którzy będą nadawać paczki zawierające uszkodzony sprzęt i wysyłać je do centrum serwisowego eo Networks S.A. w Warszawie. Oznacza to także, że firma eo Networks S.A. nie posiada certyfikatu ISO 9001:2015 w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, zgodnie z Rozdziałem XI ust. 3 pkt 5 SIWZ, bowiem eo Networks S.A. ma certyfikację tylko dla jednego oddziału/punktu, a nie jako całość organizacji.

Na potwierdzenie powyższych informacji Przystępujący przedstawił dokument obowiązujący dla wszystkich firm certyfikujących z akredytacją, pochodzący ze strony internetowej <https://www.pca.gov.pl/publikacje/dokumenty/iaf/>. W rozdziale 6 i 7 dokumentu przedstawione zostały szczegółowe wytyczne dotyczące certyfikowania organizacji wielooddziałowych. Natomiast w pkt 7.8. znajduje się szczegółowy opis danych jakie muszą się znaleźć na certyfikacie obejmującym wiele oddziałów.

Dowód: Dokument obowiązkowy IAF (Załącznik nr 1)

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z przepisami Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący powinien był zatem dochować należytej staranności, tj. przedstawić Zamawiającemu wyjaśnienia i dowody, z których jednoznacznie wynikało spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, aby sprostać spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu. Odwołujący, pomimo dwukrotnego wezwania do wyjaśnień oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów nie przedstawił Zamawiającemu wystarczających wyjaśnień ani dokumentów potwierdzających spełnianie wszystkich warunków udziału, a informacje zawarte w wyjaśnieniach są w większości

bardzo ogólne i niekiedy nawet nasuwające jeszcze więcej wątpliwości.

Całokształt przedstawionej argumentacji, a przede wszystkim treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wskazują jednoznacznie, że wykonawca ten nie spełnia wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu i nie sprostął udowodnieniu tezy przeciwnej. Powyższe zatem w pełni obligowało Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

2. Zarzut nr 2 - brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego, w związku z niewykazaniem spełnienia określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 Pzp warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanej przez Odwołującego umowy realizowanej na rzecz Poczty Polskiej oraz na rzecz firmy Xerox Polska Sp. z o.o.

Zgodnie z treścią Rozdziału XI ust. 3 pkt 1 Pzp każdy z wykonawców powinien wykazać, że „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, co najmniej dwie umów/zamówienia o wartości, co najmniej 5 000 000,00 (słownie: pięć milionów złotych 00/100) złotych netto każda, których przedmiotem była dzierżawa, przez okres co najmniej 3 lat, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach”.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, brzmienie tego warunku nie uległo zmianie ani niekorzystnej dla Odwołującego reinterpretacji w trakcie trwania postępowania.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że „W SIWZ nie ma zastrzeżenia o treści, z której by wynikało, że realizacja umów, na które mogliby powoływać się wykonawcy dla wykazania spełnienia warunku, muszą być wykonane w całości albo - jeśli realizacja jest w toku - muszą być wykonane w jakkolwiek zdefiniowanej części”. Wskazał również, że w treści SIWZ w ogóle nie ma warunku by w stosunku do umów trwających umowa obejmowała 3 lata dzierżawy urządzeń oraz by wartość zrealizowanej części zamówienia wynosiła 5 000 000,00 zł.

Przystępujący nie podzielił zdania Odwołującego i nie potwierdził takiej wykładni wskazanego warunku. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania warunku udziału w postępowaniu nie tylko przez powołanie się na już należycie wykonane umowy, ale także umowy będące w trakcie realizacji oraz możliwość powołania się na jedną umowę w celu wykazania spełnienia warunków określonych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 i pkt 2 Pzp. Taka umowa musi jednak spełniać łącznie wszystkie przesłanki określone w obu punktach wskazanych powyżej. Oczywistym jest także, że warunki udziału w postępowaniu, każdy z wykonawców ma obowiązek spełniać już na dzień składania ofert.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w treści SIWZ wskazał na jaką kwotę oraz w jakim zakresie umowa, na którą powołuje się wykonawca w celu wykazania spełnienia

warunku udziału, ma być zrealizowana już na dzień otwarcia ofert. Z treści warunku wynika, że umowa będąca w trakcie realizacji musi spełniać wszystkie przesłanki wskazane w wymienionym warunku, w tym m.in. przedmiotem tej umowy „była dzierżawa, przez okres co najmniej 3 lat” o wartości „co najmniej 5 000 000,00 (słownie: pięć milionów złotych 00/100) złotych netto”.

Przyjęcie za słuszną wykładni Odwołującego prowadziłoby do wniosku, że każda umowa, nawet ta, której realizacja rozpoczęła się w dniu otwarcia ofert, ale będzie realizowana przez okres minimum 3 lat na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł, byłaby umową spełniającą wszystkie przesłanki wyżej wymienionego warunku udziału. Stanowi to zupełne zaprzeczenie wykładni logicznej i celowościowej tego warunku. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Zamawiający sformułował wyżej wskazany warunek w celu realizacji zamówienia przez wykonawcę posiadającego doświadczenie w wykonaniu danego rodzaju umów, a nie wykonawcę, który podpisał umowy i rozpoczął ich realizację, ale nie posiada jeszcze doświadczenia (zdolności technicznej i zawodowej) w zakresie określonym przez Zamawiającego. Celem omawianego warunku nie jest wykazanie zdolności zawierania określonego rodzaju umów, lecz zdolności ich realizacji.

Zdaniem Przystępującego, omawiany warunek został sformułowany w sposób jasny i niebudzący wątpliwości wykonawców. Przystępujący zauważył, że nawet sam Odwołujący na stronie 12 (pkt 2 lit. c, lit. d., lit. e i lit. f) odwołania wskazał, że „Warunek w SIWZ, został określony w taki sposób, że każdy wykonawca musiał wykazać Zamawiającemu, że (...) c. każda umowa lub zamówienia miało wartość co najmniej 5 mln zł. (...) d, przedmiotem każdej umowy lub zamówienia była dzierżawa (...), e. wskazany w umowie lub zamówieniu okres dzierżawy wynosił co najmniej 3 lata” (...), f. przedmiotem dzierżawy było co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących”. Odwołujący zatem potwierdził, że zrozumiał treść warunku udziału w postępowaniu w takim sam sposób jak pozostali wykonawcy. Natomiast w uzasadnieniu zaprzecza treści wyżej wskazanych przesłanek, mimo, że sam je szczegółowo wypisał w odwołaniu.

Przystępujący zauważył także, że z uzasadnienia Odwołującego wynika, że nie zgadza się on jedynie z wykładnią treści warunku określoną przez Zamawiającego, na podstawie której został wykluczony z odwołania. Zgodnie bowiem z jego interpretacją, wskazaną powyżej, spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący nie zaprzeczył jednak faktu, że umowy wskazane przez niego w celu wykazania spełnienia warunku udziału na dzień składania ofert, faktycznie nie były zrealizowane w zakresie wymaganym przez Zamawiającego (tj. nie obejmują dzierżawy na okres 3 lat na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł.).

W wykazie zrealizowanych umów/zamówień (załącznik nr 7 do SIWZ) Odwołujący wskazał, że umowa na rzecz Poczty Polskiej S.A. jest realizowana od dnia 5 lutego 2016 r., planowana data zakończenia jej wykonywania to 4 luty 2021 r., a jej wartość wynosi 28 573

113,80 zł netto. Na dzień otwarcia ofert, tj. dzień 28 września 2018 r. umowa była zrealizowana jedynie w okresie niecałych 2 lat i 8 miesięcy. Przedmiotem wskazanej umowy nie była jedynie dzierżawa wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, ale także m.in. serwis, dostawa materiałów eksploatacyjnych, wdrożenie systemu zarządzania i wydruku podążającego. Zasadnym było zatem wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący powołując się na tę umowę w celu wykazania spełnienia warunku powinien udzielić Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień i wskazać jaki był, w ramach danej umowy, okres realizacji usługi dzierżawy wielofunkcyjnych urządzeń drukujących oraz konkretną kwotę za dzierżawę tych urządzeń, a nie ogólne informacje dotyczące całości umowy, szerszym zakresie niż przesłanki określone w warunku udziału. Takie działanie Odwołującego uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację faktycznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu tego wykonawcy.

W piśmie z dnia 4 lutego 2019 r. Odwołujący wskazał, że usługa dzierżawy jest realizowana od dnia 5 lutego 2016 r. i trwać będzie do 4 lutego 2021 r., czyli zgodnie z terminami wskazanymi w treści wykazu (załącznik nr 7 do SIWZ). Jednakże, Odwołujący na tę samą umowę powołał się także w wykazie stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ w celu wykazania spełnienia warunku udziału określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 2 SIWZ, dotyczącym doświadczenia w realizacji usługi wdrożenia systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku. W zakresie tego rodzaju usługi także wskazał, że „usługa świadczona jest od 5 lutego 2016 r. do 4 lutego 2021 r.” Zamawiający dopuścił możliwość wykazania spełnienia warunków udziału określonych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 i pkt 2 SIWZ przez powołanie się na jedną umowę. Jednakże, jak zaznaczył Zamawiający, w informacji o wykluczeniu Odwołującego, nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku wykazania spełnienia wszystkich wymogów określonych w tych opisach SIWZ. W związku z tym, jeżeli realizacja umowy jest podzielona na etapy, następujące po sobie, to nie mogą one być realizowane jednocześnie w tym samym terminie. Odwołujący zatem powinien był wykazać konkretny okres i kwotę odnoszącą się tylko do usługi dzierżawy oraz tylko do usługi wdrożenia, a nie wskazywać Zamawiającemu całkowitą kwotę umowy i ogólny termin jej realizacji. W odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego z dnia 6 marca 2019 r. Odwołujący jedynie oświadczył, że wartość dzierżawy w ramach umowy na rzecz Poczty Polskiej przekracza wartość 5 000 000,00 zł netto, a realizacja dzierżawy trwa od sierpnia 2016 r. Co oznacza, że usługa dzierżawy była realizowana przez okres krótszy niż wskazany w wykazie (załącznik nr 7 do SIWZ).

Pomimo dwukrotnego wezwania do wyjaśnień oraz wezwania do uzupełnienia wykazu Zamawiający nie uzyskał od Odwołującego konkretnych informacji oraz dokumentów w tym zakresie, a dodatkowo z treści wykazu oraz wyjaśnień jednoznacznie wynika, że umowa na rzecz Poczty Polskiej na dzień otwarcia ofert była realizowana przez okres krótszy niż 3 lata.

W przypadku umowy realizowanej na rzecz Xerox Polska Sp. z o.o. data rozpoczęcia została wskazana przez Odwołującego na dzień 1 lipiec 2015 r., a data zakończenia nie została określona. Odwołujący wskazał, że trwa „nadal”, a jej całkowita wartość wynosi 6 000 000,00 zł netto. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący jednak w piśmie z dnia 4 lutego 2019 r. nie wskazał jaka konkretnie część zamówienia została zrealizowana do dnia 28 września 2018 r., tj. do dnia otwarcia ofert, mimo, że przedmiotem wyżej wskazanej umowy nie była jedynie usługa dzierżawy wielofunkcyjnych urządzeń drukujących. W odpowiedzi na ponowne wezwanie Zamawiającego dotyczące wskazania wartości zamówienia w zakresie usługi dzierżawy urządzeń, Odwołujący wskazał jedynie kwotę 6 000 000,00 zł, będącą wartością całkowitą umowy na rzecz Xerox Polska Sp. z o.o. wskazanej w wykazie zrealizowanych umów/zamówień (załącznik nr 7 do SIWZ). Natomiast w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów Odwołujący ponownie złożył ten sam wykaz (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz dołączył referencje pochodzące od firmy Xerox Sp. z o.o., z których wynikało jedynie, że umowa na rzecz tej firmy realizowana jest od 1 lipca 2015 r. i obejmuje „dostawę urządzeń wielofunkcyjnych, dostawę materiałów eksploatacyjnych, zestawy naprawcze, usługę serwisową, dostawę i utrzymanie systemu zarządzani środowiskiem druku”. W związku z tym Odwołujący nie wykazał, że eo Networks S.A. realizowała na rzecz Xerox Polska Sp. z o.o. umowę w zakresie usługi dzierżawy wielofunkcyjnych urządzeń drukujących przez okres 3 lat na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł netto.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający wskazał w jakim zakresie Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podał nie tylko podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania, ale także konkretny warunek który nie został spełniony przez Odwołującego, tj. Rozdz. XI ust. 3 pkt 1 SIWZ. Dodatkowo wskazał w zakresie jakich konkretnie umów wpisanych w wykazie (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz w jakiej części (w zakresie jakich przesłanek) wyżej wymienionego warunku Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący pomimo dwukrotnego wezwania go do złożenia wyjaśnień oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów (wykazu) nie przedstawił Zamawiającemu żadnych konkretnych informacji ani dowodów potwierdzających w sposób niebudzący wątpliwości, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ. Zdaniem Przystępującego Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wystąpiły wszystkie przesłanki dające podstawę do dokonania tej czynności, a wyjaśnienia Odwołującego tylko potwierdziły uzasadnione wątpliwości Zamawiającego.

3. Zarzut nr 3 - warunki udziału w postępowaniu

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp,

w rzeczywistości kwestionuje treść SIWZ dotyczącą warunków udziału w postępowaniu oraz zmieniające treść SIWZ odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców. Odwołujący dopiero na etapie postępowania odwoławczego formułuje wyżej wymienione zarzuty, pomimo, że odwołanie w tym zakresie powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od zamieszczenia zmiany treści SIWZ na stronie internetowej lub opublikowania odpowiedzi przez Zamawiającego. W związku z powyższym termin na odwołanie się od wyżej wskazanych czynności już upłynął, co oznacza, że zarzuty Odwołującego należy uznać za spóźnione, a argumentacja w tym zakresie powinna zostać w całości pominięta.

Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania punktów serwisowych w żaden sposób nie różnicuje sytuacji wykonawców w postępowaniu. Zamawiający w treści SIWZ w sposób jasny i precyzyjny opisał ten warunek udziału w postępowaniu.

Zdaniem Przystępującego z warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ, treści umowy, treści OPZ wynika, że intencją Zamawiającego było posiadanie punktów serwisowych w konkretnych miejscach w obrębie danego województwa, do których trafi urządzenie w przypadku, gdy jego naprawa nie będzie możliwa w miejscu użytkowania. Nie bez znaczenia dla sformułowania powyższego warunku jest także duża liczba urządzeń i lokalizacji typu A (34) i typu B (357) objęta przedmiotem zamówienia oraz ograniczony czasowo okres niedostępności pojedynczego urządzenia wynikający z jego awarii (pkt 5.9 opz).

Wszelkie wymagania stawiane w powyższym zakresie przez Zamawiającego, są zatem zdaniem Przystępującego w pełni uzasadnione i proporcjonalne do przedmiotu i rozmiarów zamówienia. Z wiedzy i wieloletniego doświadczenia Przystępującego wynika także, że Zamawiający nie mógł sformułować warunków udziału w postępowaniu zupełnie w oderwaniu od wskazanych w piśmie okoliczności i narazić się brak zapewnienia mu korzystania ze sprawnych urządzeń przez okres dłuższy niż wskazano w treści SIWZ.

4. Zarzut nr 4 - uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania

Przystępujący nie zgodził się także ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał w sposób wystarczający podstaw decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Zamawiający nie tylko wskazał podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ale także konkretne opisy SWIZ dotyczące warunków udziału, które nie zostały spełnione przez Odwołującego, tj. Rozdział XI ust. 3 pkt 1 i pkt 3 Pzp. Dodatkowo każdy z tych warunków został szczegółowo opisany w zakresie stanu faktycznego i prawnego oraz stanowisk zajętych w tym zakresie przez Odwołującego i Zamawiającego.

W zakresie niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 Pzp Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał konkretnych

lokalizacji punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących. W tym zakresie w uzasadnieniu Zamawiający zaznaczył, m.in., że Odwołujący nie podał nazw oraz konkretnego adresu punktów serwisowych, a zamiast tego przedstawił lokalizacje punktów kurierskich DPD, a następnie przedstawił jedynie wykaz osób (techników). Wskazał także, że Odwołujący nie złożył dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta urządzeń dla wskazywanej sieci serwisowej, a tym samym lokalizacje wskazane przez Odwołującego nie posiadają autoryzacji producenta oferowanych urządzeń drukujących. Wbrew twierdzeniom Odwołującego uzyskał on informacje, których konkretnie elementów wyżej wskazanego warunku nie spełnił i dlaczego.

Natomiast w ramach warunku wskazanego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 Pzp, Zamawiający wskazał w zakresie jakich konkretnie umów wpisanych w wykazie (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz w jakiej części (w zakresie jakich przesłanek) wymienionego warunku Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący posiada zatem wiedzę, nie tylko których konkretnie warunków udziału w postępowaniu nie spełnił, ale także w zakresie jakich elementów.

Mając powyższe na uwadze, wszystkie postawione przez Odwołującego zarzuty są bezpodstawne i nieuzasadnione, a w z związku z tym Odwołanie powinno zostać oddalone w całości.

Załącznik: Dokument obowiązkowy IAF (Załącznik nr 1)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron Izba uznała, że Wykonawca - Konica Minolta Bussines Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w wyniku skutecznego zgłoszenia przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym dalej też „Przystępującym”.

Izba nie uwzględniła alternatywnego wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu upływu ustawowego terminu do jego wniesienia (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Odwołanie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia zostało wniesione w ustawowym terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego: 20 marca 2019 r. przesłanie informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania; 1 kwietnia 2019 r. wniesienie odwołania (30 i 31 marca 2019 r. dni wolne od pracy).

Uzasadnienie wniosku Zamawiającego wskazujące, że termin wniesienia odwołania od wykluczenia Odwołującego z postępowania rozpoczął bieg od 13 marca 2019 r., tj. od dnia, w

którym Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, bo już wówczas Odwołujący powinien powziąć wiadomość, że złożone dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunków – nie znajduje podstawy faktycznej i prawnej. Przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Przepisy ustawy nie obligują wykonawcy do wniesienia odwołania, jest to uprawnienie wykonawcy spełniającego przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do dokonania wskazanych w piśmie czynności. Odwołujący mógł złożyć wymagane dokumenty /oświadczenia lub ich nie składać. Ocena czynności bądź zaniechania czynności wykonawcy w następstwie wezwania, stanowi podstawę do podjęcia przez zamawiającego rozstrzygnięcia: w tym stanie faktycznym odpowiednio – pozostawić wykonawcę w postępowaniu lub wykluczyć z udziału w postępowaniu. Czynność wykluczenia jest więc następczą czynnością zamawiającego - po uprzednim wezwaniu wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Odwołanie może być wniesione zarówno od czynności wezwania przez zamawiającego, także od wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Odwołanie może być wniesione od każdej czynności spełniającej przesłanki z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, również w związku z udzieleniem wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, w terminie 10. dni (o którym przesądza wartość przedmiotu zamówienia) od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę wniesienia odwołania.

Stąd odwołanie od czynności Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, wniesione przy zachowaniu 10-dniowego terminu od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego (ze względu na wartość przedmiotu zamówienia), jest odwołaniem wniesionym w ustawowym terminie.

Nie wystąpiły w sprawie przesłanki do odrzucenia odwołania.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie, uznając, że Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uznała stanowiska Zamawiającego i Przystępującego za zasadne, nie stwierdziła

podstaw do uwzględnienia odwołania wniesionego przez Odwołującego.

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu, jedna oferta została odrzucona, pozostałe dwie oferty nie zostały ocenione i nie dokonano na dzień orzekania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stan faktyczny objęty zakresem odwołania – wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy.

Zamawiający wymagał w SIWZ w Rozdziale XI pt. „Szczegółowe warunki udziału w postępowaniu”, w zakresie warunku określonego w rozdziale X ust. 2 pkt 3 - zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp - spełniania przez wykonawców warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej) przez wykazanie, że - ust. 3:

- pkt 1 - *w okresie ostatnich 5 lat rzed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, co najmniej dwie umowy/zamówienia o wartości, co najmniej 5 000 000,00 (słownie: pięć milionów złotych 00/100) złotych netto każda, których przedmiotem była dzierżawa, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach,*

- pkt 2 - *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, co najmniej dwie umowy/zamówienia, których przedmiotem było wdrożenie systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach. Wykonawca może wykazać spełnienie warunków z pkt 1 i 2 w ramach jednej umowy (tj. umowy na wdrożenie systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku oraz dzierżawę urządzeń dla co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach),*

Wykonawca może wykazać spełnienie warunków z pkt 1 i 2 w ramach jednej umowy (tj. umowy na wdrożenie systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku oraz dzierżawę urządzeń dla co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach),

- pkt 3 – *posiada sieć punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym, co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B.*

W przypadku zaoferowania urządzeń różnych producentów Wykonawca musi zapewnić sieć serwisową dla urządzeń każdego z producentów.

W załączniku nr 7 do SIWZ – Wykaz usług, w tabeli Wykaz zrealizowanych umów/zamówień (umowy wykazywane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ), należało podać:

- podmiot na rzecz, którego realizowane były usługi (nazwa, adres);
- zakres wykonywanych usług (należało opisać usługi w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu);
- liczbę dzierżawionych urządzeń wielofunkcyjnych;
- wartość zamówienia netto w PLN;
- datę rozpoczęcia realizacji zamówienia (dzień/miesiąc/rok);
- datę zakończenia realizacji zamówienia (dzień/miesiąc/rok);
- nazwę (firmę) podwykonawcy, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a ustawy (w przypadku powoływania się na te zasoby).

W załączniku nr 10 do SIWZ (Załącznik nr 5 do Formularza Oferty), Wykaz punktów serwisowych, należało podać:

- nazwę punktu serwisowego;
- adres punktu serwisowego;
- nazwę województwa punktu serwisowego;
- obsługiwane lokalizacje Zamawiającego (lokalizacje typu A i B z załącznika nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia).

Odwołujący był wzywany do złożenia dokumentów i oświadczeń oraz wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp. Tryb ten został wyczerpany. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu zarzutów w tym zakresie odnośnie do przeprowadzonej procedury, podważając finalną czynność Zamawiającego – wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest związana w zakresie postępowania odwoławczego i wydania wyroku zarzutami zawartymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1) i 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania:

- sieci autoryzowanych punktów serwisowych i,
- zdolności technicznej i zawodowej, podczas gdy Odwołujący, w jego ocenie, przedstawił zarówno:

– listę punktów serwisowych oraz autoryzację producenta oferowanego sprzętu, czym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i odpowiedziach na pytania wykonawców, także

– wykazał się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia, zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ;

3) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i adekwatności w związku z wybiórczym stosowaniem zasad udziału w zakresie punktów serwisowych i sposobu wykazania ich spełniania w stosunku do różnych wykonawców;

4) art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 przez brak wskazania wymaganych prawem informacji dotyczących podstaw decyzji Zamawiającego, w tym nie wskazania, których elementów warunków udziału zarówno opisanych w Części szczegółowej I jak i Części Szczegółowej II, Odwołujący nie wykazał w ofercie.

Wniosek Odwołującego co do rozstrzygnięcia odwołania dotyczył uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 2) dokonania ponownego badania spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem treści odwołania.

Oceniając ostatecznie uzupełniane i wyjaśniane dokumenty i oświadczenia złożone na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania sieci autoryzowanych punktów serwisowych i zdolności technicznej lub zawodowej, należy stwierdzić, że zarzuty Zamawiającego dotyczące – nie posiadania sieci autoryzowanych punktów serwisowych (zarzut nr 1) oraz – wykazu zrealizowanych umów i zamówień nie potwierdzającego wymagania Zamawiającego (zarzut nr 2), zostały potwierdzone w postępowaniu dowodowym, jako zasadne.

Ad) zarzut 1 - Brak posiadania sieci autoryzowanych punktów serwisowych

Zamawiający określił w SIWZ wymagania w tym zakresie – *wymóg posiadania przez wykonawców sieci punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących (w tym co najmniej jeden punkt serwisowy na terenie każdego województwa) obejmujących zasięgiem wszystkie lokalizacje Zamawiającego zawarte w Załączniku nr 4 do Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji typu A i B (Rozdział XI ust. 3 pkt 3 SIWZ).*

W pkt 5.5.3. OPZ (Załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający wskazał zakres czynności, które wykonawca będzie realizował w ramach serwisu urządzeń. W § 9 ust. 8 wzoru umowy, (Załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający wskazał: *Naprawa urządzeń realizowana będzie w miejscu ich użytkowania, a jeżeli będzie to niemożliwe, to wykonawca na czas naprawy urządzeń w serwisie dostarczy Zamawiającemu urządzenie zastępcze (zamiennie).*

Przedmiotem wymagania Zamawiającego było posiadanie punktów serwisowych oznaczających konkretne miejsca w obrębie danego województwa, w których będzie wykonywana usługa serwisowa, w przypadku, gdy nie będzie możliwości dokonania tych

czynności w siedzibie użytkownika.

Odpowiedź na pytanie nr 28 (z dnia 17 sierpnia 2018 r.), udzielona na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, zawiera wyjaśnienie treści SIWZ odnośnie do zakresu pytania – zapewnienie serwisu i obsługi urządzeń w każdym województwie przez serwis posiadający autoryzację producenta urządzeń.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że dopuścił on wyłącznie rozwiązanie, gdzie jedno z województw (opolskie) obsługiwane będzie administracyjnie przez punkty serwisowe w innej lokalizacji (Katowice i Wrocław).

Z treści pytania wynika, że nie chodziło o dopuszczenie posiadania pracowników zatrudnionych bez stałego punktu serwisowego, tylko o możliwość świadczenia usług serwisowych w jednym z województw (a nie we wszystkich 16) przez punkty serwisowe zlokalizowane (posadowione) w innych województwach i na taki wyjątek Zamawiający wyraził zgodę. Dopuszczył taką ewentualność z uwagi na niewielką odległość pomiędzy poszczególnymi miastami leżącymi w województwach objętych zakresem pytania.

Brak jest podstaw by uznać, że wyjaśnienie udzielone na skonkretyzowane zapytanie odnoszące się do wskazanej lokalizacji, zostało uznane za zasadę dopuszczoną przez Zamawiającego i dotyczyło wszystkich lokalizacji przedstawionych w SIWZ.

Należy podkreślić, że zmiana SIWZ (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp) dopuszczalna jest przed upływem terminu składania ofert, z obowiązkiem zamawiającego dokonania dalszych czynności wynikających z następnych ustępów art. 38 ustawy. Czynności te nie zostały dokonane w związku z przyjęciem koncepcji udzielenia wyjaśnień (odpowiedzi na pytania).

Ponadto, Zamawiający wskazał punkt jako miejsce świadczenia usługi w znaczeniu przedmiotowym – punkty serwisowe (zorganizowane miejsca świadczenia usługi). Natomiast Odwołujący zaoferował serwis w znaczeniu podmiotowym, poza wyjątkiem dotyczącym Warszawy, przez wskazanie pracowników, którzy mieliby świadczyć usługi serwisowe wyłącznie w miejscu klienta.

Izba podzieliła też stanowisko Uczestnika postępowania odwoławczego, że z warunku określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 SIWZ oraz treści umowy wynika, że Zamawiający wymagał posiadania punktów serwisowych oznaczających konkretne miejsca znajdujące się w obrębie danego województwa, do których trafi urządzenie w przypadku, gdy jego naprawa nie będzie możliwa w miejscu użytkowania urządzenia, co oznacza, że naprawa urządzenia, które nie będzie mogło być naprawione w miejscu jego użytkowania, powinna zostać wykonana w serwisie w danym województwie (§ 59 ust. 8 wzoru umowy), tj. w punkcie serwisowym, będącym miejscem wskazanym przez wykonawcę w wykazie punktów serwisowych (załącznik nr 10 do SIWZ). Dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości dostarczania tonerów i odbierania zużytych materiałów eksploatacyjnych za pośrednictwem firmy kurierskiej (pytanie i odpowiedź nr 112 i nr 113 dotyczące treści SIWZ), nie zmienia i nie eliminuje wymagania

posiadania punktów serwisowych w przedmiotowym znaczeniu.

Odwołujący złożył wykaz punktów serwisowych wraz z ich konkretnymi adresami. W miejscach wskazanych przez Odwołującego znajdują się punkty nadania paczek kurierskich firmy DPD, a nie punkty serwisowe. Jedynym punktem serwisowym wskazanym w wykazie jest Centrum Serwisowe w Warszawie (województwo mazowieckie). Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 lutego 2019 r. złożył nowy wykaz punktów serwisowych, będący jednak wykazem osób - pracowników eo Networks S.A. wraz z ich prywatnymi adresami zamieszkania.

Zatem, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż do upływu terminu składania ofert dysponował tylko punktem serwisowym znajdującym się w Warszawie.

Brak jest podstaw do uznania, że punktem serwisowym jest punkt nadania paczek kurierskich DPD, z którą eo Networks S.A. ma zawartą umowę. W punktach kurierskich może być sprzęt wysłany do innego miejsca w celach jego serwisowania. Nawet jeżeli paczka zostanie nadana przez inżyniera wskazanego przez Odwołującego, to nadal jest to czynność nadania paczki, a nie serwis urządzenia. Nie można zatem uznać za punkt serwisowy, w rozumieniu warunku, inżynierów (osób) wykonujących usługi serwisowe w swoim miejscu zamieszkania (pod prywatnym adresem zamieszkania).

Odwołujący nie zaprzeczał, że w wykazach punktów serwisowych nie znajdują się punkty serwisowe, w których będzie realizowana usługa serwisu urządzeń w obrębie danego województwa. Stanowisko Odwołującego sprowadza się do nadania innego znaczenia punktom serwisowym, niż wynika to z treści warunku i pozostałych dokumentów określających usługi serwisowe.

Zatem, czynność Zamawiającego uznania tych okoliczności za podstawę wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu została oparta na faktycznych okolicznościach w sprawie.

Ad) zarzut 2 - brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

W Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 Pzp warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanej przez Odwołującego umowy realizowanej na rzecz Poczty Polskiej oraz na rzecz firmy Xerox Polska Sp. z o.o., Zamawiający wymagał: każdy z wykonawców powinien wykazać, że „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie realizował/realizuje należycie, co najmniej dwie umów/zamówienia o wartości, co najmniej 5 000 000,00 (słownie: pięć milionów złotych 00/100) złotych netto każda, których przedmiotem była dzierżawa, przez okres co najmniej 3 lat, co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w co najmniej 10 lokalizacjach”.

Zamawiający dopuścił możliwość wykazania warunku udziału w postępowaniu przez

powołanie się na już należycie wykonane umowy, ale także umowy będące w trakcie realizacji oraz możliwość powołania się na jedną umowę w celu wykazania spełnienia warunków określonych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 i pkt 2 SIWZ. Umowa taka musi spełniać łącznie wszystkie przesłanki określone w obu punktach ust. 3. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert (Rozdział XI ust. 3 pkt 1 i 2), co Zamawiający znacząco wypunktował określając: „przed upływem terminu składania ofert.” Z treści warunku wynika, że umowa będąca w trakcie realizacji musi spełniać wszystkie przesłanki wskazane w warunku, w tym m.in., że przedmiotem tej umowy „była dzierżawa, przez okres co najmniej 3 lat” o wartości „co najmniej 5 000 000,00 (słownie: pięć milionów złotych 00/100) złotych netto”.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego, że brak jest podstaw do przyjęcia innej interpretacji – w tym wskazanej przez Odwołującego – że każda umowa, nawet taka, której realizacja rozpoczęła się w dniu upływu terminu składania ofert, ale będzie realizowana przez okres minimum 3 lat na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł, byłaby umową spełniającą przesłanki warunku udziału w postępowaniu. Stanowi to zupełne zaprzeczenie wykładni logicznej i celowościowej tego warunku. Zamawiający sformułował warunek w celu realizacji zamówienia przez wykonawcę posiadającego doświadczenie w wykonaniu danego rodzaju umów, a nie wykonawcę, który podpisał umowy i rozpoczął ich realizację, ale nie posiada jeszcze doświadczenia (zdolności technicznej i zawodowej) w zakresie określonym przez Zamawiającego. Celem omawianego warunku nie jest wykazanie zdolności zawierania określonego rodzaju umów, lecz zdolności ich realizacji.

Warunek został sformułowany w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Odwołujący przyznał ten fakt wskazując w odwołaniu, że „Warunek w SIWZ, został określony w taki sposób, że każdy wykonawca musiał wykazać Zamawiającemu, że (str. 12 odwołania), (...) c. każda umowa lub zamówienia miało wartość co najmniej 5 mln zł. (...) d. przedmiotem każdej umowy lub zamówienia była dzierżawa (...), e. wskazany w umowie lub zamówieniu okres dzierżawy wynosił co najmniej 3 lata (...), f. przedmiotem dzierżawy było co najmniej 400 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących”. Odwołujący więc potwierdził w odwołaniu treść warunku udziału w postępowaniu, w taki sposób jaki wynikał z opisu.

Z uzasadnienia Odwołującego wynika, że nie zgadza się on jedynie z treścią warunku określoną przez Zamawiającego, na podstawie której został wykluczony z odwołania. Zgodnie z jego interpretacją, spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący nie zaprzeczył, że umowy wskazane w celu wykazania spełnienia warunku udziału na dzień składania ofert, faktycznie nie były zrealizowane w zakresie wymaganym przez Zamawiającego (tj. nie obejmują dzierżawy na okres 3 lat na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł.).

W wykazie zrealizowanych umów/zamówień (załącznik nr 7 do SIWZ) Odwołujący wskazał, że umowa na rzecz Poczty Polskiej S.A. jest realizowana od dnia 5 lutego 2016 r.,

planowana data zakończenia jej wykonywania to 4 luty 2021 r., a jej wartość wynosi 28 573 113,80 zł netto. Na dzień otwarcia ofert, tj. dzień 28 września 2018 r. umowa była zrealizowana w okresie niecałych 2 lat i 8 miesięcy. Przedmiotem wskazanej umowy nie była jedynie dzierżawa wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, ale także m.in. serwis, dostawa materiałów eksploatacyjnych, wdrożenie systemu zarządzania i wydruku podążającego. Odwołujący powołując się na tę umowę w celu wykazania spełnienia warunku powinien udzielić Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień i wskazać jaki był, w ramach danej umowy, okres realizacji usługi dzierżawy wielofunkcyjnych urządzeń drukujących oraz konkretną kwotę za dzierżawę tych urządzeń, a nie ogólne informacje dotyczące całości umowy, w szerszym zakresie niż przesłanki określone w warunku udziału. Działanie Odwołującego uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację faktycznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu tego wykonawcy.

W piśmie z dnia 4 lutego 2019 r. Odwołujący wskazał, że usługa dzierżawy jest realizowana od dnia 5 lutego 2016 r. i trwać będzie do 4 lutego 2021 r., czyli zgodnie z terminami wskazanymi w treści wykazu (załącznik nr 7 do SIWZ). Odwołujący na tę samą umowę powołał się też w wykazie stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ w celu wykazania spełnienia warunku udziału określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 2 SIWZ, dotyczącym doświadczenia w realizacji usługi wdrożenia systemu umożliwiającego zarządzanie i monitorowanie wydruku. W zakresie tego rodzaju usługi także wskazał, że „usługa świadczona jest od 5 lutego 2016 r. do 4 lutego 2021 r.” Zamawiający dopuścił możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 i pkt 2 SIWZ przez powołanie się na jedną umowę. Jednakże, jak wskazał Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku wykazania spełnienia wszystkich wymogów określonych w tych opisach SIWZ. W związku z tym, jeżeli realizacja umowy jest podzielona na etapy, następujące po sobie, to nie mogą one być realizowane jednocześnie w tym samym terminie. Odwołujący powinien był wykazać konkretny okres i kwotę odnoszącą się tylko do usługi dzierżawy oraz tylko do usługi wdrożenia, a nie wskazywać Zamawiającemu całkowitej kwoty umowy i ogólny termin jej realizacji. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 marca 2019 r., Odwołujący jedynie oświadczył, że wartość dzierżawy w ramach umowy na rzecz Poczty Polskiej przekracza wartość 5 000 000,00 zł netto, a realizacja dzierżawy trwa od sierpnia 2016 r. Co oznacza, że usługa dzierżawy była realizowana przez okres krótszy niż wskazany w wykazie (załącznik nr 7 do SIWZ).

Pomimo dwukrotnego wezwania do wyjaśnień oraz wezwania do uzupełnienia wykazu, Zamawiający nie uzyskał konkretnych informacji oraz dokumentów w tym zakresie, a dodatkowo z treści wykazu oraz wyjaśnień jednoznacznie wynika, że umowa na rzecz Poczty Polskiej na dzień otwarcia ofert była realizowana przez okres krótszy niż 3 lata.

W przypadku umowy realizowanej na rzecz Xerox Polska Sp. z o.o. data rozpoczęcia została wskazana przez Odwołującego na dzień 1 lipiec 2015 r., a data zakończenia nie została określona. Odwołujący wskazał, że trwa „nadal”, a jej całkowita wartość wynosi 6 000 000,00 zł netto. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący jednak w piśmie z dnia 4 lutego 2019 r. nie wskazał jaka konkretnie część zamówienia została zrealizowana do dnia 28 września 2018 r., tj. do dnia upływu terminu składania ofert, mimo, że przedmiotem wskazanej umowy nie była jedynie usługa dzierżawy wielofunkcyjnych urządzeń drukujących. W odpowiedzi na ponowne wezwanie Zamawiającego dotyczące wskazania wartości zamówienia w zakresie usługi dzierżawy urządzeń, Odwołujący wskazał jedynie kwotę 6 000 000,00 zł, będącą wartością całkowitą umowy na rzecz Xerox Polska Sp. z o.o. wskazanej w wykazie zrealizowanych umów/zamówień (załącznik nr 7 do SIWZ). Natomiast w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów Odwołujący ponownie złożył ten sam wykaz (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz dołączył referencje pochodzące od firmy Xerox Sp. z o.o., z których wynikało jedynie, że umowa na rzecz tej firmy realizowana jest od 1 lipca 2015 r. i obejmuje „dostawę urządzeń wielofunkcyjnych, dostawę materiałów eksploatacyjnych, zestawy naprawcze, usługę serwisową, dostawę i utrzymanie systemu zarządzani środowiskiem druku”. W związku z tym Odwołujący nie wykazał, że eo Networks S.A. realizowała na rzecz Xerox Polska Sp. z o.o. umowę w zakresie usługi dzierżawy wielofunkcyjnych urządzeń drukujących przez okres 3 lat na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł netto.

Zamawiający wskazał w informacji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu w jakim zakresie Odwołujący nie spełnił warunku. Podał podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania, ale także konkretny warunek który nie został spełniony, tj. Rozdz. XI ust. 3 pkt 1 SIWZ. Dodatkowo wskazał w zakresie jakich konkretnie umów wpisanych w wykazie (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz w jakiej części (w zakresie jakich przesłanek) wymienionego warunku, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący pomimo dwukrotnego wezwania go do złożenia wyjaśnień oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów (wykazu) nie przedstawił Zamawiającemu konkretnych informacji ani dowodów potwierdzających w sposób niebudzący wątpliwości, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 SIWZ. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Wystąpiły przesłanki obligujące Zamawiającego do dokonania tej czynności.

Ad) 3 - zarzut odnośnie warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w istocie kwestionuje treść SIWZ dotyczącą warunków udziału w postępowaniu oraz treść wyjaśnień Zamawiającego

udzielonych w odpowiedzi na pytania wykonawców. Odwołujący dopiero na etapie postępowania odwoławczego sformułował wymienione zarzuty, pomimo że odwołanie w tym zakresie mogło być wniesione w terminie 10 dni od zamieszczenia zmiany treści SIWZ na stronie internetowej lub opublikowania odpowiedzi przez Zamawiającego. W związku z powyższym, z uwagi na upływ wskazanego terminu, odwołanie od wskazanych czynności jest niedopuszczalne. Stąd, zarzuty dotyczące treści SIWZ wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, nie podlegały rozpoznaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest dalece sformalizowane, stąd ustalenie interpretacji postanowień SIWZ na etapie postępowania odwoławczego, nie może być podstawą do osiągnięcia zamierzonego skutku.

Ad) 4 - uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując podstawy faktyczne i prawne zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Omyłka pisarska, została sprostowana pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r., nie miała żadnego negatywnego wpływu na treść informacji o wykluczeniu oraz uprawnienie Odwołującego do kwestionowania czynności Zamawiającego.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, Zamawiający zamieścił wyjątkowo obszerne uzasadnienie, przedstawił pełną procedurę postępowania, którego następstwem była ocena skutkująca wykluczeniem.

W końcowej części uzasadnienia, dodatkowo wskazał, że: *Zamawiający wyklucza Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą z uwagi na treść art. 24 ust. 4.*

Analizując powyższe, należało uznać, że Zamawiający wskazał podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu - art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przywołał konkretne opisy SWIZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu, które nie zostały spełnione przez Odwołującego - Rozdział XI ust. 3 pkt 1 i pkt 3 Pzp. Każdy z warunków został przedstawiony w zakresie stanu faktycznego i prawnego oraz stanowisk zajętych w tym przedmiocie przez Odwołującego i Zamawiającego.

W zakresie niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału określonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 3 Pzp Zamawiający podał, że Odwołujący nie wykazał konkretnych lokalizacji punktów serwisowych na terenie całej Polski autoryzowanych przez producenta oferowanych urządzeń drukujących. W uzasadnieniu zaznaczył m.in., że Odwołujący nie podał nazw oraz konkretnego adresu punktów serwisowych, a zamiast tego przedstawił lokalizacje punktów kurierskich DPD, a następnie przedstawił jedynie wykaz osób (techników). Wskazał także, że Odwołujący nie złożył dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta urządzeń dla wskazywanej sieci serwisowej, a tym samym lokalizacje przedstawione przez Odwołującego nie posiadają autoryzacji producenta oferowanych urządzeń drukujących.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego uzyskał on informacje, których konkretnie elementów warunku nie spełnił i dlaczego.

Natomiast w ramach warunku zamieszczonego w Rozdziale XI ust. 3 pkt 1 Pzp, Zamawiający wskazał w zakresie jakich konkretnie umów wpisanych w wykazie (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz w jakiej części warunku Odwołujący nie wykazał spełnienia.

Zatem, Odwołujący posiadał wiedzę o niespełnieniu nie tylko warunków udziału w postępowaniu, ale także o zakresie kwestionowanych elementów składających się na opis warunków.

Postępowanie odwoławcze o charakterze kontradyktoryjnym polega na udowodnieniu faktów, z których strony, Uczestnik postępowania odwoławczego – wywodzą skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

W tym postępowaniu kwestią podstawową było ustalenie treści opisu warunków udziału w postępowaniu zamieszczonego w SIWZ. Istotnie, Odwołujący wskazał interpretację odbiegającą od wynikającej z SIWZ. Ponadto, podstawy zarzutów, mimo nie wskazania ich wprost, dotyczą treści SIWZ.

W tej sytuacji, Izba oddaliła odwołanie orzekając jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (15 000 zł) - § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia.

Przewodniczący: