

Sygn. akt: KIO 613/21

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2021 roku przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie**, działającego w imieniu i na rzecz jednostek: Biuro do Spraw Substancji Chemicznych, Biuro Rzecznika Praw Pacjenta, Centrum Obsługi Administracji Rządowej, Dolnośląski Urząd Wojewódzki, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wraz z Oddziałami, Generalna Dyrekcja Ochrony Środowiska, Główny Inspektorat Farmaceutyczny, Główny Inspektorat Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, Główny Inspektorat Ochrony Roślin i Nasiennictwa, Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, Główny Inspektorat Sanitarny, Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Główny Inspektorat Weterynarii, Główny Urząd Geodezji i Kartografii, Główny Urząd Miar, Główny Urząd Nadzoru Budowlanego, Główny Urząd Statystyczny, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, Kujawsko-Pomorski Urząd Wojewódzki w Bydgoszczy, Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie, Lubuski Urząd Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim, Łódzki Urząd Wojewódzki w Łodzi, Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie, Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie, Ministerstwo Cyfryzacji, Ministerstwo Edukacji Narodowej, Ministerstwo Energii, Ministerstwo Finansów, Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, Ministerstwo Infrastruktury, Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Ministerstwo Obrony Narodowej, Ministerstwo

Przedsiębiorczości i Technologii, Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, Ministerstwo Sportu i Turystyki, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Ministerstwo Sprawiedliwości, Ministerstwo Środowiska, Ministerstwo Zdrowia, Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych, Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, Państwowa Agencja Atomistyki, Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie, Podlaski Urząd Wojewódzki w Białymstoku, Pomorski Urząd Wojewódzki w Gdańsku, Rządowe Centrum Bezpieczeństwa, Rządowe Centrum Legislacji, Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, Świętokrzyski Urząd Wojewódzki w Kielcach, Urząd do Spraw Cudzoziemców, Urząd do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych, Urząd Komunikacji Elektronicznej, Urząd Lotnictwa Cywilnego, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Urząd Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Urząd Regulacji Energetyki, Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Urząd Transportu Kolejowego, Urząd Zamówień Publicznych, Warmińsko-Mazurski Urząd Wojewódzki w Olsztynie, Wielkopolski Urząd Wojewódzki w Poznaniu, Wyższy Urząd Górniczy, Zachodniopomorski Urząd Wojewódzki w Szczecinie,

przy udziale

wykonawcy **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie II litera a) oraz c) *petitum* odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie części zarzutu opisanego w punkcie II litera b) *petitum* odwołania, tj. dotyczącej nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. w Części II i III zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym wezwanie wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** tytułem wpisu od odwołania.
- 4.2. zasądza od wykonawcy **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** na rzecz odwołującego **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie, działający w imieniu i na rzecz jednostek: Biuro do Spraw Substancji Chemicznych, Biuro Rzecznika Praw Pacjenta, Centrum Obsługi Administracji Rządowej, Dolnośląski Urząd Wojewódzki, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wraz z Oddziałami, Generalna Dyrekcja Ochrony Środowiska, Główny Inspektorat Farmaceutyczny, Główny Inspektorat Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, Główny Inspektorat Ochrony Roślin i Nasiennictwa, Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, Główny Inspektorat Sanitarny, Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Główny Inspektorat Weterynarii, Główny Urząd Geodezji i Kartografii, Główny Urząd Miar, Główny Urząd Nadzoru Budowlanego, Główny Urząd Statystyczny, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, Kujawsko-Pomorski Urząd Wojewódzki w Bydgoszczy, Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie, Lubuski Urząd Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim, Łódzki Urząd Wojewódzki w Łodzi, Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie, Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie, Ministerstwo Cyfryzacji, Ministerstwo Edukacji Narodowej, Ministerstwo Energii, Ministerstwo Finansów, Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, Ministerstwo Infrastruktury, Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Ministerstwo Obrony Narodowej, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, Ministerstwo Sportu i Turystyki, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Ministerstwo Sprawiedliwości, Ministerstwo Środowiska, Ministerstwo Zdrowia, Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych, Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu, Państwowa Agencja Atomistyki, Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie, Podlaski Urząd Wojewódzki w Białymstoku, Pomorski Urząd Wojewódzki w Gdańsku, Rządowe Centrum Bezpieczeństwa, Rządowe Centrum Legislacji, Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, Świętokrzyski Urząd Wojewódzki w Kielcach, Urząd do Spraw Cudzoziemców, Urząd do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych, Urząd Komunikacji Elektronicznej, Urząd Lotnictwa Cywilnego, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Urząd Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Urząd Regulacji Energetyki, Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Urząd Transportu Kolejowego, Urząd Zamówień Publicznych, Warmińsko-Mazurski Urząd Wojewódzki w Olsztynie, Wielkopolski Urząd Wojewódzki w Poznaniu, Wyższy Urząd

Górnicy, Zachodniopomorski Urząd Wojewódzki w Szczecinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę urządzeń biurowych na potrzeby jednostek administracji państwowej, numer postępowania: 2019/2. Zamówienie zostało podzielone na części: Część I – Drukarki, Część II – Skanery i drukarki etykiet, Część III – Urządzenia wielofunkcyjne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lutego 2019 roku pod numerem: 2019/S 038-085138.

Zamawiający w dniu 15 lutego 2021 roku poinformował wykonawców, iż w wyniku dokonania powtórzenia czynności oceny ofert dla Części II i III zamówienia, została wybrana oferta wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o., z którą zostanie zawarta umowa ramowa w ramach Części II – Skanery i drukarki przenośne i Części III – Urządzenia wielofunkcyjne.

W dniu 25 lutego 2021 roku wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- a. art. 7 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji;
- b. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 oraz z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Suntar Sp. z o.o. mimo tego, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu w zakresie cz. II i III i celowo lub przez rażące niedbalstwo wprowadził w błąd zamawiającego przy udzielaniu informacji nt. spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu mających wpływ na wynik postępowania. Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wskazane bowiem przez niego dostawy w załączniku nr 7 do SIWZ, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- c. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu dostaw, gdyż przedstawiony przez wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu;
- d. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. jako wykonawcy wykluczonego z postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności wyboru oferty SUNTAR Sp. z o.o. najkorzystniejszej w zakresie cz. II i III;

- b. dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. w zakresie cz. II i III;
- c. wykluczenie wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenie jego oferty. W ocenie odwołującego nie jest możliwe uzupełnienie dokumentu „Wykaz dostaw”, ponieważ w dniu 9.02.2021 roku wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. dokonał samodzielnego uzupełnienia tego dokumentu korygując błędne działanie zamawiającego, tym samym pozbawił się możliwości uzupełnienia tego dokumentu na ewentualne wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednak z ostrożności procesowej odwołujący wskazywał, że jeżeli w ocenie zamawiającego lub Izby nadal jest taka możliwość należałoby SUNTAR Sp. z o.o. wezwać do uzupełnienia dokumentu „wykaz dostaw” potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił krótki rys historyczny tego co dotychczas zdarzyło się w toku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, w tym czynności podejmowane przez zamawiającego, także w związku z wydanymi w sprawie wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej (odwołujący powołał przy tym wyrok o sygn. akt: KIO 1399/19, 1400/19) oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 maja 2020 roku, sygn. akt: XXIII Ga 1548/19.

Finalnie odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 7.01.2021 roku zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty SUNTAR Sp. z o.o., a następnie w dniu 15 lutego 2021 roku poinformował o wyborze oferty SUNTAR Sp. z o.o. w zakresie części II III.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał na opis warunków udziału w postępowaniu, dot. doświadczenia (zawarty w rozdziale VIII SIWZ podrozdział I), tj.:

„w zakresie Części II:

Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

- w tym okresie, należycie wykonał, co najmniej dwa zamówienia (rozumiane jako dwie odrębne umowy) polegające na dostawie urządzeń biurowych (m.in. urządzenia wielofunkcyjne, drukarki, skanery) - każda o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto dla co najmniej 10 różnych lokalizacji, objętych umową

W zakresie Części III:

Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

- w tym okresie, należycie wykonał, co najmniej dwa zamówienia (rozumiane jako dwie odrębne umowy) polegające na dostawie wraz z instalacją urządzeń biurowych

(m.in. urządzenia wielofunkcyjne, drukarki, skanery) - każda o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto dla co najmniej 10 różnych lokalizacji, objętych umową.

Natomiast zgodnie z rozdziałem IX podrozdział 1 ust. 2 SIWZ zamawiający, przed udzieleniem zamówienia, miał wezwać wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione, do złożenia w wyznaczonym terminie *odpowiednio dla każdej z Części – wykazu wykonanych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy - wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ*".

Odwołujący podnosił, że zamawiający dokonał wyboru oferty SUNTAR Sp. z o.o., mimo że ze złożonych na wezwanie dokumentów jasno wynika, że wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Odwołujący stwierdził, że dwie wskazane przez tego wykonawcę dostawy nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza wskazana dostawa realizowana na rzecz MAXTO Sp. z o.o. Sp. k. wykonana została po terminie składania ofert, a zatem nie można uznać, że w dniu składania ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Zamawiający wezwał SUNTAR Sp. z o.o. do złożenia dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, ale potwierdzających okoliczności, o których mowa w SIWZ a wynikających z przepisów ustawy Pzp, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. potwierdzających fakt, że wykonawca w dniu złożenia ofert nie podlegał wykluczeniu.

W kwestii aktualności dokumentów składanych w postępowaniu odwołujący dodatkowo powołał się na opinię zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, a także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2020 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 141/20.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. składając oświadczenie wstępne (JEDZ), poświadczył nieprawdę, naruszając tym samym przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, ponieważ zaświadczył, że spełnia warunki udziału

w postępowaniu, a jak wynika z dokumentów złożonych na wezwanie i później uzupełnionego wykazu dostaw nie spełniał warunku dotyczącego doświadczenia.

Odwołujący podkreślił, że dokumenty uzupełniane na wezwanie mogą być wystawiane z datą bieżącą, ale treść ich musi potwierdzać spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty. Powołał się przy tym na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 707/16 oraz KIO 2249/16 wskazując, że JEDZ jest oświadczeniem wykonawcy, które stanowi wstępne poświadczenie spełnianie warunków udziału w postępowaniu i dotyczy stanu rzeczywistego a nie hipotetycznego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 26 lutego 2021 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem Platformy zakupowej.

W dniu 1 marca 2021 roku wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (zwanego dalej: „SUNTAR” lub „przystępującym”) zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) i tym samym wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 22 kwietnia 2021 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w całości.

W trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 28 kwietnia 2021 roku przystępujący oświadczył, iż wnosi sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów opisanych w punkcie II lit. b) i d) odwołania, natomiast nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego pozostałych zarzutów odwołania, tj. zarzutów opisanych w punkcie II lit. a) i c) odwołania.

Mając powyższe na względzie Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie II lit. a) i c) *petitum* odwołania. Natomiast w zakresie pozostałych zarzutów skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 28 kwietnia 2021 roku z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 roku, stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) -zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast, mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2021 roku, to do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą nPzp”.

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp.

Ponadto, Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w ramach postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2474/20, KIO 2848/20 i 3171/20, a także przy piśmie z dnia 11 marca 2021 roku oraz przekazanych na pendrive w toku rozprawy w dniu 28 kwietnia 2021 roku, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawiadomienia o wyborze oferty wykonawcy SUNTAR w części II i III z dnia 12 lutego 2021 roku oraz korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcą SUNTAR, a także z dokumentów złożonych przez odwołującego i przystępującego w toku rozprawy.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odwołaniu oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 kwietnia 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umów ramowych na dostawę urządzeń biurowych na potrzeby jednostek administracji państwowej, na podstawie, których zamawiający udziela aktualnie zamówień wykonawczych.

Zamówienie podzielone jest na III części, tj. Część I – Drukarki, Część II – Skanery i drukarki przenośne, Część III – Urządzenia wielofunkcyjne. Odwołanie dotyczy Części II i III.

Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ zamawiający miał zawrzeć umowy ramowe z maksymalnie 5 wykonawcami w zakresie każdej części.

W Rozdziale VIII SIWZ zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział VIII pkt I.1.2. ppkt 3), wskazując, iż:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...) 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...)

3. zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: (...)

– w zakresie Części II: Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, co najmniej dwa zamówienia (rozumiane jako dwie odrębne umowy) polegające na dostawie urządzeń biurowych (m.in. urządzenia wielofunkcyjne, drukarki, skanery) - każda o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto dla co najmniej 10 różnych lokalizacji, objętych umową;

– w zakresie Części III: Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, co najmniej dwa zamówienia (rozumiane jako dwie odrębne umowy) polegające na dostawie wraz z instalacją urządzeń biurowych (m.in. urządzenia wielofunkcyjne, drukarki, skanery) - każda o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto dla co najmniej 10 różnych lokalizacji, objętych umową”.

Z uwagi na przebieg wcześniejszych czynności procesowych, w tym dotyczących postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1399/19 i KIO 1400/19 i wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 maja 2020 roku o sygn. akt: XXIII Ga 1548/19 zmieniającego wyrok KIO z dnia 13.08.2019 roku w części dotyczącej sprawy o sygn. akt KIO 1400/19, zamawiający zawarł w dniu 20.09.2019 r. umowy ramowe z dwoma podmiotami, tj. Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (Część II i III zamówienia) oraz

wykonawcą Egida IT Solutions Sp. z o.o. (Część II zamówienia) na okres 24 miesięcy. Na podstawie tych umów realizowane są zamówienia wykonawcze.

W między czasie czynność odrzucenia oferty SUNTAR w Części II i III została uchylona w drodze środków zaskarżenia. Na mocy powołanego powyżej wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.08.2019 roku, w zakresie dotyczącym postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1400/19 w części i unieważnił czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty SUNTAR w zakresie Części II i III zamówienia. Sąd nakazał Zamawiającemu poprawienie innej omyłki w treści oferty SUNTAR i nakazał powtórzenie czynności oceny oferty tego wykonawcy w zakresie Części II i III zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 11.08.2020 roku unieważnił czynność polegającą na odrzuceniu oferty SUNTAR w ramach Części II i III zamówienia, a w dniu 18.09.2020 roku powiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty o wyniku powtórzonej czynności oceny oferty ww. wykonawcy i przedstawił ponowną ocenę punktową ofert wykonawców, zgodnie z którą do zawarcia umowy ramowej został zakwalifikowany także wykonawca SUNTAR w ramach Części II i III. W dniu 19 listopada 2020 roku zamawiający ponownie unieważnił czynność wyboru oferty SUNTAR i dokonał jej odrzucenia. Czynność ta została zaskarżona przez wykonawcę SUNTAR, który wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W dniu 7 stycznia 2021 roku zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawcy SUNTAR.

Następnie w dniu 8 stycznia 2021 roku zamawiający wezwał wykonawcę SUNTAR – na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – m.in. do złożenia: *„odpowiednio dla Części II i III - wykaz wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert – wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ”* (pkt 8 wezwania).

Wykonawca SUNTAR w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył wykaz dostaw wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ, w którym powołał się na:

- 1) dostawę urządzeń drukujących (drukarki MFP) w powyżej 10 różnych lokalizacji realizowaną na rzecz Maxto Sp. z o.o. S.K.A. w terminie 15.10.2019r. – 29.12.2020r.;
- 2) dostawę urządzeń drukujących (drukarki MFP) w powyżej 10 różnych lokalizacji realizowaną na rzecz Komendy Głównej Policji w terminie 21.11.2018 r. – 25.02.2019r.

W dniu 8 lutego 2021 roku zamawiający wezwał wykonawcę SUNTAR – na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień, wskazując, iż ze złożonego przez wykonawcę Załącznika nr 7 do SIWZ - wykaz dostaw oraz z załączonych referencji nie wynika, że dostawy urządzeń biurowych zostały zrealizowane wraz z ich instalacją, które dotyczyły Części III zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca SUNTAR złożył w dniu 9 lutego 2021 roku wyjaśnienia, że dostawy urządzeń drukujących będące przedmiotem załączonych do wykazu dostaw referencji odbyły się wraz z instalacją. Jednocześnie do wyjaśnień wykonawca załączył poprawiony wykaz dostaw, zawierając w nim informację, że dostawy urządzeń drukujących odbyły się wraz z instalacją. W poprawionym wykazie dostaw wykonawca wykazał takie same dostawy jak w wykazie złożonym pierwotnie (ten sam podmiot na rzecz którego realizowana była dostawa, termin realizacji i wartość), jedynie w rubryce dot. przedmiotu zamówienia dodał sformułowanie: „wraz z instalacją”.

Pismem z dnia 12 lutego 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy SUNTAR, z którym zostanie zawarta umowa ramowa w ramach Części II i III zamówienia.

Wobec powyższej czynności zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie w dniu 25 lutego 2021 roku.

Izba zważyła co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie II litera a) oraz c) *petitum* odwołania, tj. w zakresie w jakim przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

Do rozpoznania na rozprawie zostały skierowane zatem zarzuty opisane w punkcie II litera b) oraz d) *petitum* odwołania, które w ocenie Izby częściowo się potwierdziły.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, co trafnie podnosił przystępujący, iż jest związana zarzutami odwołania na mocy przepisu art. 555 ustawy nPzp. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe oznacza, że Izba rozstrzyga odwołanie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesione odwołanie. To one stanowią o zarzutach, które podlegają rozpoznaniu.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że okoliczności związane z ustaleniem czy w ramach wykazywanych dostaw przystępujący wykonał także usługę instalacji urządzeń drukujących, a które to okoliczności były podnoszone przez odwołującego na rozprawie, nie mieściły się w ramach zarzutu podniesionego w odwołaniu, lecz stanowiły jego nieuprawnione rozszerzenie. Innymi słowy, Izba uznała, że odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do kwestionowania wykazu dostaw złożonego przez przystępującego w tym zakresie i dlatego też nie orzekała w tym zakresie. Z tej też przyczyny, jako zbędne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba uznała dowody z dokumentów przedłożonych zarówno przez odwołującego, tj. wniosku o udostępnienie informacji publicznej z dnia 24.03.2021 roku oraz pisma Zastępcy Dyrektora Biura Łączności i Informatyki Komendy Głównej Policji, stanowiącego odpowiedź na ten wniosek, jak i dokumentów złożonych przez przystępującego, tj. SIWZ dot. postępowania prowadzonego przez Komendę Główną Policji oraz umowy zawartej przez przystępującego w ramach tego postępowania.

Należy jednak zauważyć, że zamawiający dokonując ponownego badania i oceny oferty wykonawcy SUNTAR może uczynić to także z uwzględnieniem powyższych okoliczności.

Ponadto, Izba także uznała, że odwołujący nie wykazał, że zaistniały przesłanki wykluczenia wykonawcy SUNTAR w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Z kolei przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby podniesienie zarzutów w tym zakresie, w tym dotyczących działania celowego lub rażącego niedbalstwa ze strony przystępującego albo chociażby lekkomyślności czy niedbalstwa przy udzielaniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, które to informacje wprowadzałyby zamawiającego w błąd. Nie każda bowiem podana przez wykonawcę informacja świadcząca o niespełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu skutkuje od razu jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Na pewno taką samoistną przesłanką nie będzie wyłącznie wskazanie w oświadczeniu wstępnym wykonawcy (JEDZ), iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, mimo iż tych warunków być może nie spełnia. Należy wykazać bowiem wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17, a które warunkują wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie tych przepisów.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że jedyne okoliczności faktyczne jakie zostały sprecyzowane i przedstawione w odwołaniu odnosiły się do dostawy realizowanej na rzecz Maxto Sp. z o.o. S.K.A. i terminu jej realizacji. W tym też zakresie zarzut się potwierdził, tj. potwierdził się częściowo zarzut opisany w punkcie II litera b) odwołania, dotyczący nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tzn. przedmiotowa dostawa jako że realizowana po terminie składania ofert nie potwierdzała spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Dodać należy, że informacje te nie mogą jednocześnie potwierdzać zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, bowiem zgodnie ze stanem faktycznym zostały przedstawione przez przystępującego bezpośrednio w treści wykazu dostaw (rubryka: „*Termin wykonywania*”). Trudno zatem byłoby tu mówić o informacjach wprowadzających w błąd zamawiającego, abstrahując już od kwestii postaci winy wykonawcy w tym zakresie.

Ze względu na brak uprzedniego wezwania wykonawcy przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania 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

Jednocześnie dodatkowo należy wskazać, że wprawdzie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie II litera c) *petitum* odwołania, z uwagi na uwzględnienie go przez zamawiającego i brak sprzeciwu przystępującego w tym zakresie, a który to zarzut dotyczył naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu dostaw, to jednak Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu wezwania do uzupełnienia wykazu dostaw w ramach potwierdzenia się zarzutu opisanego w punkcie II litera b) *petitum* odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż nakazanie wykluczenia wykonawcy, bez uprzedniego jego wezwania do uzupełnienia dokumentów byłoby przedwczesne.

Co do stanowiska odwołującego, że wykonawca SUNTAR w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dokonał samodzielnie uzupełnienia dokumentów, w związku z czym nie powinien być wzywany do ich uzupełnienia, Izba podnosi, że poprawiony wykaz dostaw został złożony przez przystępującego w odpowiedzi na konkretne i sprecyzowane wezwanie zamawiającego do wyjaśnień, czy wykazywane przez niego dostawy obejmowały instalację urządzeń, a nie wskazywało ono na inne wadliwości dostaw, chociażby z uwagi na termin ich realizacji, w konsekwencji tylko w takim zakresie wykonawca odniósł się do wezwania zamawiającego, składając wyjaśnienia i poprawiony wykaz dostaw (co istotne w poprawionym wykazie powołał się na te same dostawy). Tym samym, skoro zarzut, który się potwierdził, dotyczy innej okoliczności związanej ze złożonym pierwotnie wykazem dostaw, niż ta, której dotyczyło wezwanie zamawiającego, to Izba uznała, za zasadne nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty wykonawcy przystępującego, w tym wezwanie go do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, w ramach potwierdzenia się zarzutu z punktu II lit. b) *petitum* odwołania.

Odnosząc się do zarzutu opisanego w punkcie II lit. d) *petitum* odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy SUNTAR jako wykonawcy wykluczonego z postępowania, Izba wskazuje,

że zarzut ten jest bezzasadny. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Trafnie podniósł przystępujący na rozprawie, że powołany przepis nie znajduje zastosowania w trybie przetargu nieograniczonego, tylko odnosi się do postępowań dwuetapowych. W związku z powyższym nie zasługuje on na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł. Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Stosownie zaś do § 7 ust. 5 Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Rozstrzygając o kosztach w niniejszej sprawie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów pomiędzy odwołującym i przystępującym, biorąc pod uwagę rodzaj zarzutu uwzględnionego oraz jego wagę dla rozstrzygnięcia odwołania, jak i dla samego odwołującego.

W oparciu powołane powyżej przepisy Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: