

Sygn. akt: KIO 1165/16

WYROK
z dnia 20 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie** działającą w imieniu i na rzecz:

- 1) **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie,**
- 2) **PGE Energa Odnawialna S.A. w Warszawie,**
- 3) **PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie,**
- 4) **PGE Obrót S.A. w Rzeszowie,**
- 5) **PGE Systemy S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Ricoh Polska sp. z o.o. w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie działającą w imieniu i na rzecz:

- 1) PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie,
- 2) PGE Energa Odnawialna S.A. w Warszawie,
- 3) PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie,
- 4) PGE Obrót S.A. w Rzeszowie,
- 5) PGE Systemy S.A. w Warszawie

zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zarządzanie drukiem biurowym”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2015 r., nr 2015/S 247-450429.

W dniu 7 czerwca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o zaproszeniu go do udziału w aukcji elektronicznej. 22 czerwca 2016 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o odtajnieniu wyjaśnień i dokumentów przekazanych przez wykonawcę Ricoh Polska sp. z o.o. w Warszawie w dniu 31 maja 2016 r. m.in. w następującym zakresie:

- a) uzupełnionego wykazu znajdującego się w załączniku nr 5c poz. 2 realizowanego na rzecz Urzędu Miasta Krakowa przez firmę Copy Felix,
- b) referencji wystawionych przez Urząd Miasta Krakowa z dnia 22 października 2015 r.,
- c) pisma firmy Copy Felix z dnia 29 stycznia 2016 r. będącego uzupełnieniem informacji dotyczących realizacji zamówienia na rzecz Urzędu Miasta Krakowa,
- d) informacji z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP dotyczącej L.T. Copy Felix.

Wobec:

- a) czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej,
- b) czynności oceny ofert,
- c) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Ricoh Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Ricoh”,
- d) zaniechania czynności odtajnienia części dokumentów dotyczących spełniania przez przystępującego Ricoh warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego, w tym dokumentów i oświadczeń uzupełnionych przez Ricoh i korespondencji z SI-Consulting sp. z o.o.,

- e) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Ricoh;
 - f) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł 30 czerwca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego Ricoh z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez bezpodstawne uznanie, że zamówienie wykonane przez L.T. prowadzącego działalność pod firmą L.T. Copy Felix potwierdza posiadanie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez zamawiającego w zakresie, o którym mowa w ust. IX pkt 2 c) SIWZ,
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania oferty przystępującego Ricoh, jako wykonawcy wykluczonego, za odrzuconą;
- 3) art. 91a ust. 1 ustawy Pzp przez zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawcy podlegającego wykluczeniu i którego oferta powinna zostać odrzucona;
- 4) art. 91b ust. 1 ustawy Pzp przez zaproszenie do aukcji wykonawców, pomimo tego, że w postępowaniu nie złożono trzech ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwą ocenę oferty przystępującego Ricoh, zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Ricoh i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy,
- 6) z ostrożności: naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia części dokumentów i oświadczeń uzupełnionych przez przystępującego Ricoh, pomimo że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie zaniechania odtajnienia dowodów potwierdzających udostępnienie zasobów przez COPY FELIX (zobowiązanie do udostępnienia zasobów lub inne dokumenty), pomimo ujawnienia innych dokumentów dotyczących tego podmiotu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert;
- 3) wykluczenia przystępującego Ricoh z przedmiotowego postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 4) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający 22 czerwca 2016 r. przesłał odwołującemu informację o odtajnieniu części dokumentów uzupełnionych przez przystępującego Ricoh w dniu 31 maja 2016 r. Dokumenty te nie potwierdzają spełnienia

przez przystępującego Ricoh warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganych przez zamawiającego w ust. IX pkt 2 c) SIWZ, w związku z czym wykonawca ten powinien zostać wykluczony przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że na dzień złożenia poprzedniego odwołania (17 czerwca 2016 r.) nie miał informacji na temat zamówienia, którym przystępujący Ricoh chciał potwierdzić posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej dwóch wdrożeń systemu zarządzania drukiem wymaganych przez zamawiającego w ust. IX pkt 2 c) SIWZ. Jedno z tych zamówień nadal nie zostało odtajnione przez zamawiającego, natomiast drugie, odtajnione po dacie wniesienia poprzedniego odwołania - wykonane przez L.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L.T. COPY FELIX na rzecz Urzędu Miasta Krakowa nie potwierdza posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Zgodnie z ust. IX pkt 2 c) SIWZ zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał wykonania: „co najmniej 2 wdrożeń (realizowanych na podstawie odrębnych umów) systemu zarządzania wydrukiem sieciowym, realizującego zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych, każde dla minimum 200 urządzeń wielofunkcyjnych (MFP – Multi - Function Printer) obsługiwanych przez system najpóźniej na moment składania ofert”. Jedno z zamówień potwierdzających niniejszy warunek nie zostało odtajnione, natomiast drugie - wykonane przez Copy Felix na rzecz Urzędu Miasta Krakowa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu stawianego przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z referencjami wystawionymi przez UM Krakowa od 2014 r. firma Copy Felix posiada umowę na kompleksową obsługę UM Krakowa w ramach której między innymi „wdrożyła oprogramowanie do obsługi i kopiowania druku wraz z identyfikacją użytkowników”. Jak dalej wynika z referencji „łączna liczba urządzeń obsługiwanych przez Copy Felix w Urzędzie Miasta Krakowa to ok. 478, z których 325 stanowi przedmiot najmu, a pozostałe 153 własność Urzędu”. W ostatnim zdaniu referencji UM Krakowa potwierdza iż „firma należycie wykonuje swoje obowiązki”. Odwołujący zwrócił uwagę na nieścisłość wynikającą z wykazu i referencji - w wykazie zostało wskazane iż umowa wykonywana na rzecz UM Krakowa jest realizowana od czerwca 2013 r., podczas gdy z referencji od UM Kraków wprost wynika, iż umowa na kompleksową obsługę urzędu została zawarta dopiero w 2014 r. Potwierdza to informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, która została opublikowana w maju 2014 r., zatem umowa UM Krakowa nie jest realizowana od czerwca 2013 r. Oznacza to, że informacje wskazane w wykazie nie zgadzają się ze stanem faktycznym. Przystępujący Ricoh już uzupełniał wykaz, w związku z

czym nie ma możliwości wezwania do ponownego uzupełnienia, zatem wykonawca ten podlega wykluczeniu także z tej przyczyny.

Zdaniem odwołującego uzupełniona przez przystępującego Ricoh referencja nie potwierdza tego, iż Copy Felix wdrożył system o parametrach wskazanych przez zamawiającego dla minimum 200 urządzeń wielofunkcyjnych. „Urządzenie” nie jest bowiem tym samym co „urządzenie wielofunkcyjne”, o którym mowa w treści wymagania SIWZ. Z referencji nie wynika zatem ani okoliczność i) czy i jaką część „urządzeń” stanowią urządzenia wielofunkcyjne, ani też ii) czy wdrożone przez Copy Felix oprogramowanie do obsługi kopiowania i drukowania posiada parametry wskazane przez zamawiającego w ust. IX pkt 2 c) SIWZ, ani przede wszystkim iii) nie wskazuje ile urządzeń wielofunkcyjnych to oprogramowanie obsługuje. W uzupełnieniu do referencji, które nie potwierdzają spełnienia warunku, Copy Felix złożył pismo (datowane na dzień 29 stycznia 2016 r., co wzbudza zasadnicze wątpliwości, gdyż referencje zostały przedstawione dopiero po wezwaniu do uzupełnienia z dnia 24 maja 2016 r.) wyjaśniające, iż zamówienie realizowane przez Copy Felix na rzecz UM Krakowa spełnia wszystkie wymagania zamawiającego oraz że „umowa obejmuje ponad 200 urządzeń wielofunkcyjnych”. Zdaniem odwołującego jest to wyłącznie własne oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, a nie oświadczenie odbiorcy wdrożenia.

Na podstawie posiadanych informacji odwołującemu udało się ustalić, iż zamówienie, na które powołuje się przystępujący Ricoh, zrealizowane przez Copy Felix to zamówienie realizowane na podstawie umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „najem urządzeń wielofunkcyjnych i drukarek sieciowych na potrzeby Urzędu Miasta Krakowa i Miejskich Jednostek Organizacyjnych oraz usługa serwisu drukarek będących własnością Urzędu Miasta Krakowa”, (dalej: „Postępowanie prowadzone przez UM Krakowa”) nr postępowania OR-10.271.153.2013. Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez UM Krakowa przedmiotem umowy jest „najem 184 urządzeń wielofunkcyjnych (MFP)” oraz kontrakt serwisowy 143 szt. laserowych urządzeń drukujących będących własnością zamawiającego, natomiast zgodnie z § 4 ust. 12a) Umowy z UM Krakowa Wykonawca:

„12.a) dostarczy i wdroży; w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust 1 niniejszej umowy, oprogramowanie do monitorowania i zarządzania wydrukiem spełniające wymogi opisane w załączniku nr 2 do niniejszej umowy oraz przeszkoli 2 pracowników Zamawiającego jako administratorów oprogramowania monitorująco-zarządzającego. Wykonawca dostarczając oprogramowanie do monitorowania i zarządzania wydrukiem ma obowiązek przekazać wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym; o którym mowa w ust 3 dokument potwierdzający czasowe uprawnienia Zamawiającego do korzystania z ww.

oprogramowania. Oprogramowanie będzie służyć do monitorowania i zarządzania wydrukiem na urządzeniach, o których mowa w §1 ust. 1 lit. a i b”.

Odwołujący podniósł, że powyższe postanowienie umowne przesądza, iż ilość urządzeń wielofunkcyjnych (MFP) jaką na podstawie wskazanej umowy zawartej w wyniku postępowania prowadzonego przez UM Krakowa obsługiwał system wdrożony przez Copy Felix wynosiła 184, a nie wymagane przez zamawiającego 200 urządzeń. Laserowe urządzenia drukujące nie są bowiem wielofunkcyjnymi urządzeniami drukującymi i nie mogą być uwzględnione na potrzeby wykazania spełnienia warunku. Odwołujący podkreślał, iż warunek sformułowany przez zamawiającego musiał być przez wykonawców spełniony na moment składania ofert, a więc najpóźniej na dzień 03.02.2016 r. Nawet jeśli warunek ten został spełniony po terminie składania ofert, nie ma to znaczenia dla spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Przedmiotowe zamówienie było wskazane na potwierdzenie spełnienia wymagań na skutek wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, zatem nie ma już możliwości dalszego uzupełnienia dokumentów. Powyższe oznacza, iż warunek sformułowany przez zamawiającego w ust. IX pkt 2 c) SIWZ nie został spełniony, wobec czego przystępujący Ricoh powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Ponadto, wykonane przez Copy Felix zamówienie nie potwierdza spełnienia warunku wdrożenia systemu zarządzania drukiem realizującego wydruk podążający oraz zadania związane z kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych dla minimum 200 urządzeń. Zamówienie wykonane przez Copy Felix obejmowało 184 urządzeń wielofunkcyjnych MFP, które zapewniają poufność i kontrolę dzięki dostępowi za pomocą kart zbliżeniowych, jednak 143 inne urządzenia posiadane przez UM Krakowa (również zarządzane przez wdrożony system) nie są w ten sposób chronione i nie są wyposażone w sposób zapewniający realizację powyższych wymagań. Oznacza to, że wykonane przez Copy Felix zamówienie na rzecz UM Kraków nie spełnia wymagań wskazanych przez zamawiającego w ust. IX pkt 2c) SIWZ, gdyż wdrożony system spełniał wskazany warunek dla 184 a nie dla 200 urządzeń wielofunkcyjnych MFP.

Odwołujący argumentował także, że zamawiający w dalszym ciągu nie odtajnił również zobowiązania Copy Felix do udostępnienia zasobów, co jest sprzeczne z orzecznictwem KIO i nie ma żadnego uzasadnienia, w szczególności w sytuacji, gdy znany jest podmiot udostępniający te zasoby. Utajnienie tego rodzaju dokumentów jest więc sprzeczne z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp który nakazuje jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zarzut w tym zakresie został podniesiony w odwołaniu z dnia 17 czerwca 2016 r., jednak z ostrożności odwołujący podnosi go również obecnie, bowiem zamawiający po wniesieniu odwołania z dnia 17 czerwca dokonał ponownej analizy prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przez przystępującego Ricoh, czego efektem było ujawnienie części dokumentów dnia 22 czerwca 2016 r.

W końcowej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu ważne, tj. niepodlegające odrzuceniu oferty, a przystępujący Ricoh podlega wykluczeniu, a co za tym idzie, jego ofertę uznaje się za odrzuconą. Zaproszenie przystępującego Ricoh do aukcji stanowi w związku z tym naruszenie przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że w postępowaniu zostały złożone jedynie dwie oferty, które nie podlegają odrzuceniu, zamawiający nie może przeprowadzić aukcji elektronicznej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Ricoh Polska sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Asseco Poland S.A. w Rzeszowie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 24 maja 2016 r. skierowane do przystępującego Ricoh o uzupełnienie dokumentów składanych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, wyjaśnienia odwołującego z 31 maja 2016 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego z 2 czerwca 2016 r. skierowane do przystępującego Ricoh do wyjaśnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, wyjaśnienia przystępującego Ricoh z 6 czerwca 2016 r., zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej z 7 czerwca 2016 r., wniosek odwołującego z 10 czerwca 2016 r. o udostępnienie dokumentów złożonych przez przystępującego Ricoh, pismo zamawiającego z 22 czerwca 2016 r. o odtajnieniu części dokumentów złożonych przez przystępującego Ricoh, odwołanie wraz z

załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron oraz zgłaszających przystąpienie złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Ricoh Polska sp. z o.o. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Izba oddaliła wniosek odwołującego o niedopuszczenie przystępującego Asseco do udziału w postępowaniu odwoławczym. W trakcie posiedzenia Izby odwołujący podniósł, że przystępujący Asseco nie może zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym na skutek tego, że w zgłoszeniu przystąpienia nieprawidłowo oznaczył stronę zamawiającą jako PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. w Warszawie, podczas gdy podmiot ten jedynie prowadzi postępowanie w imieniu i na rzecz zamawiających. Izba stwierdziła, że takie oznaczenie strony zamawiającej w zgłoszeniu przystąpienia wynikało z faktu, iż w identyczny sposób stronę zamawiającą oznaczono w odwołaniu z 30 czerwca 2016 r. Wzięto pod uwagę, że kopię takiego odwołania zamawiający przekazał przystępującemu Asseco w dniu 30 czerwca 2016 r. Rolą zaś interwenienta jest przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego zainicjowanego wniesionym odwołaniem.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą i został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Do udziału w aukcji elektronicznej został zaproszony również przystępujący Ricoh i przystępujący Asseco. Odwołujący kwestionował zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego Ricoh. Ewentualne ustalenie, że zamawiający niezasadnie zaniechał ww.

czynności prowadziłyby do konieczności nakazania jej wykonania. W świetle treści art. 91a ust. 1 ustawy Pzp efektem powyższego może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego, bez konieczności przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *zarządzanie wydrukiem sieciowym*.

Zamawiający w pkt. 9.2.8. SIWZ w tabeli w pozycji 2 sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia: *„Posiadanie wiedzy i doświadczenia związanego z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy) obejmujące należyte wykonanie w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*

c) co najmniej 2 wdrożeń (realizowanych na podstawie odrębnych umów) systemu zarządzania wydrukiem sieciowym, realizującego zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych, każde dla minimum 200 urządzeń wielofunkcyjnych (MFP – Multi-function Printer) obsługiwanych przez system najpóźniej na moment składania ofert”.

Zgodnie z pkt. 9.2.8. SIWZ pozycją 2 w tabeli w celu potwierdzenia spełnienia warunku („w celu oceny”) należało złożyć:

c/ Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług 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 usługi zostały lub są wykonywane (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik Nr 5c - Wzór Wykazu wykonanych wdrożeń zarządzania wydrukiem).

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący Ricoh.

Wskutek wyroku Izby z 26 kwietnia 2016 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 452/16 oraz wyroku Izby z 26 kwietnia 2016 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 458/16, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego Ricoh do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 9.2.8 ppkt 2

lit. c SIWZ. Zamawiający wskazał, że uznaje iż doświadczenie wskazane przez przystępującego Ricoh w załączniku nr 5c do SIWZ nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Ricoh złożył pismo z 31 maja 2016 r. Do pisma załączył oświadczenia i dokumenty celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 9.2.8 ppkt 2 lit. a i c oraz w pkt 9.2.8. ppkt 3 lit. b i c SIWZ. Wykonawca zastrzegł, że informacje znajdujące się w ww. oświadczeniach i dokumentach stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa we wskazanej części i nie mogą być ujawniane innym osobom.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 2 czerwca 2016 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że w odniesieniu do doświadczenia wskazanego w załączniku nr 5c do SIWZ poz. 2 realizowanego na rzecz Urzędu Miasta w Krakowie prosi o wyjaśnienie rozbieżności w datach dotyczących realizacji kontraktu zawartych w załączniku nr 5c poz. 2 kolumna 6 oraz w referencjach wystawionych na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Z referencji wynika, że umowa w ramach której zostało wdrożone oprogramowanie do obsługi kopiowania i druku wraz z identyfikacją użytkowników została zawarta w 2014 r. Natomiast w załączniku nr 5c poz. 2 kolumna 6 widnieje data 06.2013.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący Ricoh złożył wyjaśnienia z 6.6.2016 r. w których wskazał, że umowa w ramach której zostało wdrożone oprogramowanie do obsługi kopiowania i druku wraz z identyfikacją użytkowników została zawarta 2 czerwca 2014 r.

W dalszej kolejności ustalono, iż zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2016 r. zaprosił odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej. Do udziału w aukcji zostali zaproszeni także przystępujący Ricoh i przystępujący Asseco.

Ustalono także, że odwołujący w dniu 17 czerwca 2016 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym domagał się m.in. nakazania zamawiającemu odtajnienia oświadczeń i dokumentów załączonych przez przystępującego Ricoh do jego pisma z dnia 31 maja 2016 r. Odwołanie rozpoznawane jest przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1073/16.

Następnie ustalono, że zamawiający w dniu 22 czerwca 2016 r. zawiadomił odwołującego o odtajnieniu części oświadczeń i dokumentów, załączonych przez przystępującego Ricoh do jego pisma z 31 maja 2016 r. Zamawiający postanowił o odtajnieniu:

1) uzupełnionego wykazu znajdującego się w załączniku nr 5a w odniesieniu do doświadczenia zdobytego przy realizacji projektu dla SI - Consulting sp. z o. o.;

- 2) uzupełnionego wykazu znajdującego się w załączniku nr 5C poz. 2 realizowanego na rzecz Urzędu Miasta Krakowa przez COPY FELIX;
- 3) referencji wystawionych przez Urząd Miasta Krakowa dla COPY FELIX z dnia 22 grudnia 2015 r.;
- 4) pisma COPY FELIX z dnia 29 stycznia 2016 r. uzupełniającego informacje zawarte w referencjach;
- 5) informacji z CEIDG dotyczącej COPY FELIX.

Z ujawnionych dokumentów wynikało co następuje. W załączniku nr 5c do SIWZ w poz. 2 przystępujący Ricoh powołał się na doświadczenie polegające na wdrożeniu systemu zarządzania wydrukiem sieciowym, realizującego zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych dla ponad 200 urządzeń wielofunkcyjnych (MFP – Multi-function Printer) obsługiwanych przez system, wykonywane w okresie od 06.2013 do nadal na rzecz Urzędu Miasta w Krakowie. Wykonawca wskazał w wykazie, że liczba urządzeń zarządzanych przez system wynosiła ponad 200 szt. Oświadczył również, że system realizuje zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych.

Do wykazu załączono referencje Urzędu Miasta w Krakowie z 22 grudnia 2015 r., z których wynika m.in. że współpracuje on z firmą Copy Felix od 2000 r., a od roku 2014 posiada umowę na kompleksową obsługę Urzędu, w ramach której między innymi wdrożyła oprogramowanie do obsługi i kopiowania druku wraz z identyfikacją użytkowników. Jak dalej wynika z referencji łączna liczba urządzeń obsługiwanych przez COPY FELIX w Urzędzie Miasta Krakowa to ok. 478, z których 325 stanowi przedmiot najmu, a pozostałe 153 własność Urzędu. W ostatnim zdaniu referencji UM Krakowa potwierdza iż firma należycie wykonuje swoje obowiązki.

Do wykazu załączono także pismo firmy Copy Felix z 29 stycznia 2016 r., w którym podmiot ten oświadcza, że realizuje umowę polegającą na wdrożeniu systemu zarządzania wydrukiem sieciowym, realizującym zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych. Umowa obejmuje ponad 200 urządzeń wielofunkcyjnych oraz ponad 250 drukarek obsługiwanych przez system.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wniosek zamawiającego o udzielenie informacji publicznej z 1 lipca 2016 r., Prezydent Miasta Krakowa udzielił odpowiedzi pismem z dnia 6

lipca 2016 r. W piśmie tym wskazał, że *Firma Copy Felix wdrożyła w Urzędzie Miasta Krakowa i miejskich jednostkach organizacyjnych w ramach obowiązującej umowy system zarządzania wydrukiem sieciowym dla minimum 200 urządzeń wielofunkcyjnych.* Poinformował również, że *w ramach obowiązującej umowy firma Copy Felix obsługuje 220 szt. urządzeń wielofunkcyjnych w tym 198 szt. będących przedmiotem najmu oraz 22 szt. będące własnością Urzędu Miasta Krakowa. Spośród powyższych 160 urządzeń jest objętych funkcją wydruku podążającego, natomiast 212 objętych jest zarządzaniem flotą, w tym zdalną kontrolą stanu technicznego, poziomym tonerów i poziomym papieru.*

Stwierdzono także, że w odpowiedzi na wniosek zamawiającego o udzielenie informacji publicznej z 6 lipca 2016 r. Urząd Miasta Krakowa przesłał mail, w którym informuje, że *wdrożony przez firmę Copy Felix system realizuje zadania związane z kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych dla 160 urządzeń oraz rozliczania wydruków dla 212 urządzeń.*

Ustalono także, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego o udzielenie informacji publicznej Prezydent Miasta Krakowa w piśmie z 4 lipca 2016 r. poinformował, co następuje:

- a) referencje z 22-12-2015 wystawione przez Urząd Miasta na rzecz Copy Felix dotyczą umowy nr W/I/3019/IT/41/2014 zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr OR.10.271.153.2013 z okresem obowiązywania do 31-05-2017 roku,
- b) *w ramach obowiązującej umowy firma Copy Felix obsługuje 220 szt. urządzeń wielofunkcyjnych w tym 198 szt. będących przedmiotem najmu oraz 22 szt. będące własnością Urzędu Miasta Krakowa. Spośród powyższych 160 urządzeń jest objętych funkcją wydruku podążającego, natomiast 212 objętych jest zarządzaniem flotą, w tym zdalną kontrolą stanu technicznego, poziomym tonerów i poziomym papieru,*
- c) *wdrożone przez Copy Felix oprogramowanie do monitorowania i zarządzania wydrukiem realizowało i nadal realizuje zadania związane z wydrukiem podążającym,*
- d) *wdrożone przez Copy Felix oprogramowanie do monitorowania i zarządzania wydrukiem realizowało i nadal realizuje zadania związane z kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych,*
- e) *wdrożone przez Copy Felix oprogramowanie do monitorowania i zarządzania wydrukiem realizowało i nadal realizuje zadania związane z kontrolą techniczną urządzeń, w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomym materiałów eksploatacyjnych.*

Do pisma załączono skan umowy z 2 czerwca 2014 r, zawartej przez Copy Felix z Miastem Kraków nr W/I/3019/IT/41/2014.

Z § 1 ust. 1 umowy wynika, że Przedmiotem umowy jest:

- a) *najem 184 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych (MFP) (w tym: 35 szt. urządzeń grupy MFP1, 24 szt. urządzeń grupy MFP2, 88 szt. urządzeń grupy MFP3, 37 szt. urządzeń grupy MFP4)*

oraz 103 szt. drukarek sieciowych, których zestawienie zawierające nazwy, oznaczenie typu, numery seryjne oraz miejsca instalacji zostało wskazane w załączniku nr 1 stanowiącym integralną część umowy. Warunki najmu zostały określone w §4 niniejszej umowy.

b) kontrakt serwisowy 143 szt. laserowych urządzeń drukujących będących własnością Zamawiającego, wyszczególnionych w załączniku nr 3 do niniejszej umowy stanowiącym jej integralną część oraz urządzeń określonych w lit. a powyżej. Warunki świadczenia kontraktu serwisowego zostały określone w §5 niniejszej umowy.

Z § 4 ust. 12 lit. a umowy wynika, że W okresie przewidzianym na instalację (o którym mowa w § 2 ust. 2) urządzeń wielofunkcyjnych i drukarek (o których mowa w §1 ust. 1 lit. a) Wykonawca: a.) dostarczy i wdroży, w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, oprogramowanie do monitorowania i zarządzania wydrukiem spełniające wymogi opisane w załączniku nr 2 do niniejszej umowy oraz przeszkoli 2 pracowników Zamawiającego jako administratorów oprogramowania monitorująco-zarządzającego. Wykonawca dostarczając oprogramowanie do monitorowania i zarządzania wydrukiem ma obowiązek przekazać wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym, o którym mowa w ust. 3 dokument potwierdzający czasowe uprawnienia Zamawiającego do korzystania z ww. oprogramowania. Oprogramowanie będzie służyć do monitorowania i zarządzania wydrukiem na urządzeniach, o których mowa w §1 ust. 1 lit. a i b.

Z § 10 ust. 1 umowy wynika, że Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwiększenia liczby najmowanych urządzeń wielofunkcyjnych i drukarek sieciowych, o których mowa w §1 ust. 1 lit. a) w liczbie nie większej niż 15 szt. urządzeń wielofunkcyjnych i 15 szt. drukarek sieciowych. Wyżej wymienione urządzenia muszą być nowe, sprawne, wcześniej nigdzie nie używane, będące w ciągłej produkcji oraz spełniać minimalne parametry określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w preambule. Zamawiający zastrzega sobie także możliwość zwiększenia liczby urządzeń serwisowanych, o których mowa w §1 ust. 1 lit. b) w liczbie nie większej niż 20 szt.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego o udzielenie informacji publicznej Prezydent Miasta Krakowa w piśmie z 18 lipca 2016 r. poinformował, co następuje:

- a) firma Copy Felix wdrożyła na mocy umowy dnia 2 czerwca 2014 r. oprogramowanie Q-
vision firmy Qube Technologies,
- b) wskazane przez Urząd Miasta Krakowa 160 urządzeń wielofunkcyjnych obsługiwanych przez oprogramowanie wdrożone przez Copy Felix objętych funkcją wydruku podążającego jest równocześnie objętych kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych,

- c) 160 urzędzeń wielofunkcyjnych obsługiwanych przez Copy Felix na mocy umowy z dnia 2 czerwca 2014 r. objętych systemem zarządzania wydrukiem sieciowym posiada funkcje rozliczania wydruków oraz kontroli technicznej urzędzeń, w tym monitorowania stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych,
- d) 160 urzędzeń wielofunkcyjnych obsługiwanych przez Copy Felix na mocy umowy z dnia 2 czerwca 2014 r. objętych systemem zarządzania wydrukiem sieciowym posiada funkcje kontroli dostępu za pomocą kart zbliżeniowych.

Ze złożonej przez odwołującego w trakcie rozprawy odpowiedzi na pytania z dnia 11 kwietnia 2014 r. udzielonych przez Urząd Miasta Krakowa w postępowaniu OR-10.271.153.2013 wynikało co następuje:

Pytanie:

Dotyczy Załącznika nr 4 do SIWZ Wzór umowy Par. 5pkt.6 Zamawiający na liście posiadanych urzędzeń (par.1. pkt.1b wzoru umowy, i załącznik nr 3 do wzoru umowy) które Wykonawca ma objąć obsługą serwisową umieścił urzędzenia wielofunkcyjne MFP. Wg. wymagań określonych przez Zamawiającego w projekcie umowy Par. 5.pkt. 6 Wykonawca w ostatnim dniu miesiąca ma przesłać do Zamawiającego zestawienie zawierające ilości wykonanych kopii/wydruków na tych urzędzeniach wraz z przypisaniem odpowiednich ilości do komórki organizacyjnej (Wydziału) Zamawiającego oraz Jednostek. W jaki sposób Zamawiający wyobraża sobie przypisanie ilości kopii wykonanych na takim urzędzeniu, na którym funkcja kopiowania nie jest autoryzowana przez użytkownika wykonującego kopię na urzędzeniu, czyli bez autoryzacji użytkownika na urzędzeniu nie jest możliwe prawidłowe przypisanie wykonanej kopii do konkretnej komórki organizacyjnej Zamawiającego? Proszę o zmianę zapisów i usunięcie zapisów dotyczących konieczności dołączenia do rozliczenia przypisania wykonanych Kopii/wydruków dla tych urzędzeń do komórki organizacyjnej (Wydziału) Zamawiającego oraz Jednostki.

Uzasadnienie: Jest możliwa sytuacja, że użytkownicy będą wykonywać kopie, których Wykonawca nie będzie mógł we właściwy sposób przypisać do właściwego użytkownika. Bez pełnej autoryzacji użytkownika na urzędzeniu oraz pełnej blokady urzędzenia nie jest możliwe prawidłowe rozliczenie wykonanych fizycznie kopii na tych urzędzeniach, a co za tym idzie nie jest możliwe prawidłowe rozliczenie wykonanej pracy przez urzędzenia oraz prawidłowe obciążenie Zamawiającego w ramach obowiązującej umowy.

Odpowiedź:

Urządzenia będące w posiadaniu Zamawiającego, o których mowa w §1 ust. 1 lit. b) wzoru umowy, są używane przez określone komórki organizacyjne Zamawiającego oraz Jednostek i nie mają charakteru urzędzeń ogólnodostępnych. Wszystkie wykonane kopie należy przypisać do komórki, która jest użytkownikiem danego urzędzenia. Niezwłocznie po

zawarciu umowy Zamawiający przekaze informację o przyporządkowaniu poszczególnych urzędzeń do poszczególnych komórek organizacyjnych (Wydziału) Zamawiającego oraz Jednostek.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu odtajnienia przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego Ricoh przy piśmie z dnia 31 maja 2016 r. podlegał oddaleniu jako spóźniony.

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w dniu 7 czerwca 2016 r. zawiadomił odwołującego o zaproszeniu go do udziału w aukcji elektronicznej, obok przystępującego Asseco i przystępującego Ricoh. Odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu wszystkich oświadczeń i dokumentów załączonych przez przystępującego Ricoh do jego pisma z dnia 31 maja 2016 r. Jednakże w dniu 9 czerwca 2016 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego jedynie część jawną ww. oświadczeń i dokumentów. Zamawiający nie zdecydował się odtajnić i udostępnić odwołującemu oświadczeń i dokumentów dotyczących spełniania przez RICOH warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego, w tym dokumentów i oświadczeń uzupełnionych przez RICOH i korespondencji z SI-Consulting Sp. z o.o. Nie ulegało zatem wątpliwości, że o stanowisku zamawiającego polegającym na uznaniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący powziął wiadomość najpóźniej w dniu 9 czerwca 2016 r. Stanowisko co do takiego liczenia biegu terminu na wniesienie odwołania wobec zaniechania prezentował również sam odwołujący, który w dniu 17 czerwca 2016 r. wniósł odwołanie w sprawie KIO 1073/16 , w którym podniósł zarzut zaniechania odtajnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących spełniania przez przystępującego RICOH warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy o doświadczenia oraz potencjału kadrowego, w tym dokumentów i oświadczeń uzupełnionych przez RICOH i korespondencji z SI-Consulting Sp. z o.o.

Okoliczność, iż zamawiający w dniu 22 czerwca 2016 r. zdecydował się odtajnić część ww. oświadczeń i dokumentów nie oznaczała rozpoczęcia dla odwołującego biegu nowego terminu na wniesienie odwołania wobec zaniechania odtajnienia pozostałych oświadczeń i dokumentów załączonych przez przystępującego Ricoh do pisma z 31 maja.

Stanowisko zamawiającego z dnia 22 czerwca 2016 r., w odniesieniu do pozostałych oświadczeń i dokumentów, należało bowiem traktować jako podtrzymanie uprzedniej decyzji.

Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w tej sprawie przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia*. Ponieważ odwołujący najpóźniej w dniu 9 czerwca 2016 r. powziął wiadomość, że zamawiający uznaje za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów załączonych przez przystępującego Ricoh do pisma z 31 maja, zatem termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania odtajnienia tych informacji upływał odwołującemu najpóźniej w dniu 19 czerwca 2016 r. Tymczasem zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 stawy Pzp odwołujący podniósł w odwołaniu wniesionym dopiero w dniu 30 czerwca 2016 r. W konsekwencji zarzut ten – jako spóźniony – należało oddalić bez merytorycznego rozpoznania.

Za chybione uznano stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jakoby rozpoznawanie omawianego zarzutu było niedopuszczalne z mocy art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że tożsamy zarzut jest przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1073/16.

Przywołany przez zamawiającego przepis ustawy Pzp stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania, wniesionego przez tego samego odwołującego*. Podkreślić należy, że dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu konieczne jest istnienie, na moment wyrokowania, innego orzeczenia Izby, które oparte jest na tych samych okolicznościach, dotyczy tego samego postępowania i jest skutkiem odwołania, pochodzącego od tego samego odwołującego. Dostrzeżenia wymaga w szczególności, że ustawodawca odnosząc się do rozstrzygnięcia Izby w przedmiocie tych samych okoliczności używa czasu przeszłego „były przedmiotem rozstrzygnięcia”. W analizowanej sprawie nie została spełniona przesłanka, aby na moment wyrokowania istniało orzeczenie Izby rozstrzygające zarzut. Postępowanie odwoławcze, zainicjowane wniesieniem przez odwołującego odwołania w dniu 17 czerwca 2016 r., toczące się pod sygn. akt KIO 1073/16, nie zakończyło się na dzień 20 lipca 2016 r. W konsekwencji zarzut nie podlegał oddaleniu z omawianego powodu.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutów dotyczących oceny spełnienia przez przystępującego Ricoh warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 9.2.8. ppkt 2 lit. c SIWZ.

Pierwszą okolicznością, jaka zdaniem odwołującego miała świadczyć o niewykazaniu przez przystępującego Ricoh warunku udziału w postępowaniu, była rozbieżność pomiędzy wykazem usług, a referencjami. Rzeczywiście w wykazie usług w poz. 2 przystępujący Ricoh jako datę rozpoczęcia świadczenia usługi polegającej na wdrożeniu systemu w zakresie zarządzania wydrukiem sieciowym na rzecz Urzędu Miasta Krakowa wskazał na czerwiec 2013. Z kolei z referencji wstawionych przez tego zleceniodawcę można było wywnioskować, że umowa pomiędzy Urzędem Miasta w Krakowie a firmą Copy Felix jest realizowana od 2014 r. Uszło jednak uwadze odwołującego, że ww. niezgodność była przedmiotem procedury wyjaśniającej. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 2 czerwca 2016 r., przystępujący Ricoh w piśmie z 6.6.2016 r. wyjaśnił, że umowa w ramach której zostało wdrożone oprogramowanie do obsługi kopiowania i druku wraz z identyfikacją użytkowników została zawarta 2 czerwca 2014 r. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, że skoro wykaz usług i dokumenty referencyjne zostały uzupełnione przez wykonawcę wskutek wezwania kierowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to nieścisłości w ich treści nie mogą podlegać wyjaśnieniu. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający „wzywa” do złożenia wyjaśnień lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazując na istnienie po stronie zamawiającego obowiązku rozstrzygnięcia wszelkich ewentualnych wątpliwości. Jednocześnie dostrzec należy, że wyjaśnienia udzielane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie naruszają zasady jednokrotności wzywania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunku wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że rozbieżność co do daty rozpoczęcia świadczenia usługi referencyjnej została prawidłowo usunięta wskutek wyjaśnień wykonawcy z 6.6.2016 r.

Kolejną okolicznością, jaka – zdaniem odwołującego – miała świadczyć o tym, iż przystępujący Ricoh nie wykazał spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu była niewystarczająca liczba urzędzeń wielofunkcyjnych obsługiwanych przez system zarządzania wydrukiem sieciowym, jaki wdrożono na rzecz Urzędu Miasta w Krakowie. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że łączna liczba urzędzeń wielofunkcyjnych, jaką obsługiwał system wdrożony przez Copy Felix wynosiła 184, a nie wymagane przez zamawiającego 200 urzędzeń.

Dostrzeżenia wymagało, że ciężar wykazania spornej okoliczności faktycznej spoczywał na odwołującym. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca ma obowiązek wykazać spełnianie warunku, lecz czyni to w zakresie wskazanym przez zamawiającego i na jego żądanie. Jak wynikało z pkt 9.2.8 SIWZ, zamawiający przesądził, że celem wykazania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy mają obowiązek złożyć stosowny wykaz usług oraz przedstawić dokumenty, potwierdzające fakt należytego wykonania usług wymienionych w wykazie. Przystępujący Ricoh złożył oba dokumenty wymagane przez zamawiającego

przedstawiając wykaz (załącznik nr 5c do SIWZ) i załączając do niego dokumenty referencyjne. Wykonawca w złożonych przez siebie wykazie ujawnił w sposób jednoznaczny, że system wdrożony przez Copy Felix na rzecz Urzędu Miasta w Krakowie obsługiwał ponad 200 szt. urządzeń wielofunkcyjnych. Z treści referencji wystawionych przez zleceniodawcę nie wynikała okoliczność przeciwna. Zatem wykonawca uczynił zadość obowiązkowi wykazania warunku nałożonemu na niego przez zamawiającego w pkt 9.2.8 SIWZ. W tym sytuacji to na odwołującym, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, spoczywa ciężar udowodnienia spornego faktu. W ocenie Izby odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał.

Odwołujący powoływał się w tym zakresie na treść SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Urząd Miasta w Krakowie, jak również na treść wzoru umowy i zawartej na jej podstawie umowy z 2 czerwca 2014 r. Rzeczywiście z § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez UM Krakowa wynikało, że przedmiotem umowy był najem 184 urządzeń wielofunkcyjnych oraz kontrakt serwisowy 143 szt. laserowych urządzeń drukujących będących własnością zamawiającego, natomiast zgodnie z § 4 ust. 12a umowy z UM Krakowa wdrożony system miał dotyczyć tych właśnie urządzeń. Jednakże, treść przywołanych przez odwołującego postanowień nie przesądzała o ostatecznej liczbie urządzeń wielofunkcyjnych, jakie obsługiwał system wdrożony przez Copy Felix. Z § 10 ust. 1 tej samej umowy wynikało, że zleceniodawca zastrzegł sobie możliwość zwiększenia liczby najmowanych urządzeń wielofunkcyjnych i drukarek sieciowych, a także możliwość zwiększenia liczby urządzeń serwisowanych. Ponadto okoliczność, że w § 1 ust. 1 lit. b wzoru umowy mowa była o „laserowych urządzeniach drukujących” nie oznaczało jeszcze, że pod pojęciem tym nie mogą się kryć także urządzenia wielofunkcyjne. Wykaz tych urządzeń stanowił załącznik nr 3 do wzoru umowy, który zawierał listę z podaniem nazwy producenta i modelu. Odwołujący, pomimo, iż dysponował tą listą, nie wykazał, aby urządzenia te nie były urządzeniami wielofunkcyjnymi. Ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na odwołującym, albowiem przystępujący Ricoh oświadczył w trakcie rozprawy, że spośród urządzeń znajdujących się w załączniku nr 3 do wzoru umowy za urządzenia wielofunkcyjne należy uznać sprzęt wymieniony w poz. 13, 18, 30, 31, 33, 34, 53, 61, 62, 65, 77, 83, 86, 90, 97, 98, 107, 110, 122, 127 do 130, 142, 143.

W ocenie Izby za wiarygodne dowody pozwalające ustalić rzeczywistą liczbę urządzeń wielofunkcyjnych obsługiwanych przez system wdrożony przez Copy Felix na podstawie umowy z 2 czerwca 2014 r. należało uznać oświadczenia samego zleceniodawcy. Dysponował on bowiem najpełniejszą informacją na temat zakresu zrealizowanej usługi, jak również nie był zainteresowany w rozstrzygnięciu sporu na rzecz którejkolwiek ze stron. Z pism Urzędu Miasta Krakowa z 4 lipca 2016 r i 6 lipca 2016 r. wynikało, że system wdrożony przez Copy Felix na rzecz Urzędu Miasta w Krakowie obsługuje 220 szt. urządzeń

wielofunkcyjnych, w tym 198 urządzeń będących przedmiotem najmu oraz 22 sztuki będące własnością zleceniodawcy. Wobec powyższego stwierdzono, że liczba urządzeń wielofunkcyjnych obsługiwanych przez system przekraczała próg co 200 urządzeń wielofunkcyjnych, określony w warunku. Zarzut należało uznać zatem za chybiony.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że system wdrożony przez Copy Felix na rzecz Urzędu Miasta w Krakowie nie potwierdza spełnienia warunku wdrożenia systemu zarządzania drukiem realizującego wydruk podążający oraz zadania związane z kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych dla minimum 200 urządzeń.

Jak wynikało z pism Urzędu Miasta w Krakowie z 4 lipca 2016 r. i 6 lipca 2016 r. – system wdrożony przez Copy Felix obsługiwał 220 urządzeń wielofunkcyjnych. Spośród tych urządzeń 160 było objętych funkcją wydruku podążającego, natomiast 212 urządzeń było objętych zarządzaniem flotą, w tym zdalną kontrolą stanu technicznego, poziomu tonerów i poziomu papieru. Ponadto z treści maila Urzędu Miasta w Krakowie z 8 lipca 2016 r. wynikało, że system realizuje zadania związane z kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych dla 160 urządzeń oraz rozliczania wydruków dla 212 urządzeń.

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do wykładni warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.2.8 ppkt 2 lit. C SIWZ. Zgodnie z przywoływanym warunkiem, zamawiający oczekiwał od wykonawców *posiadania wiedzy i doświadczenia związanego z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy) obejmujące należyte wykonanie w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej 2 wdrożeń (realizowanych na podstawie odrębnych umów) systemu zarządzania wydrukiem sieciowym, realizującego zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych, każde dla minimum 200 urządzeń wielofunkcyjnych (MFP – Multi-function Printer) obsługiwanych przez system najpóźniej na moment składania ofert.*

Odwołujący uważał, że w świetle ww. warunku 200 urządzeń wielofunkcyjnych musi być obsługiwanych przez system w zakresie każdego z zadań wymienionych w treści warunku. Z kolei zamawiający i przystępujący po jego stronie wywodzili, że wystarczającym jest aby system, cechujący się określonymi w warunku zdolnościami, obsługiwał 200 urządzeń wielofunkcyjnych, ale niekoniecznie aby każde z tych 200 urządzeń musiało być obsługiwane przez ten system w zakresie każdej ze zdolności.

Izba stwierdziła, że słowo „każde” zostało użyte przez zamawiającego po przecinku i mogło być rozumiane jako odnoszące się do wdrożenia systemu. Wymienione w treści warunku zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart

zblizeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych służyły dookreśleniu systemu, jaki miał być wdrożony. Natomiast liczba „200” mogła być rozumiana jako liczba urządzeń, jakie miały być obsługiwane przez system spełniający te cechy. Nie było zatem wymagane, aby zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart zblizeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych, musiały być realizowane przez wdrożony system dla 200 urządzeń wielofunkcyjnych. Wzięto pod uwagę, że nie zostało doprecyzowane aby owe 200 urządzeń musiało być obsługiwanych przez system w zakresie wszystkich wymienionych w warunku zadań, jakie ma realizować wdrożony system. Izba wzięła pod uwagę swe ugruntowane orzecznictwo, zgodnie z którym niejednoznacznych postanowień SIWZ nie interpretuje się na niekorzyść wykonawców. Dostrzeżono przy tym, że interpretacja rozbudowanego warunku przedstawiona przez zamawiającego i przystępujących po jego stronie nie była jedyną możliwą. Z drugiej jednak strony nie była też taką, której wykluczyć nie sposób.

W konsekwencji stwierdzono, że treści warunku odpowiada zamówienie wykonane przez Copy Felix na Urzędzie Miasta w Krakowie. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za bezzasadny. W konsekwencji nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1, art. 91 b ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ przystępujący Ricoh wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaś niepodlegające odrzuceniu oferty złożyło 3 wykonawców, zamawiający słusznie wyznaczył aukcję elektroniczną i zaprosił ich do wzięcia w niej udziału.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem powołanym przez odwołującego, *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*. W świetle ww. przepisu, stwierdzenie aktualizacji podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania powoduje, iż jego ofertę z mocy prawa uznaje się za odrzuconą. Skutek odrzucenia następuje zatem z mocy prawa, a nie na podstawie czynności zamawiającego. W konsekwencji nie można skutecznie zarzucić zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności uznania oferty za odrzuconą, gdyż zamawiający nie ma obowiązku wykonania takiej czynności w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: