

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Ernest Klauziński
Marek Koleśnikow
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 marca 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 marca 2019 roku** przez wykonawcę **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Prokuraturę Krajową z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie – **(1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider), (2) A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od **Odwołującego Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: Prokuratury Krajowej z siedzibą w Warszawie** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) 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:

.....
Członkowie:

.....
.....

UZASADNIENIE

Dnia 18 marca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 PZP w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), dalej jako „PZP”, odwołanie złożył wykonawca **DECISOFT S.A. z siedzibą w Warszawie**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę produktów, zaprojektowanie i wdrożenie podsystemów technicznych tworzących Centralne Usługi Infrastrukturalne”, prowadzi **Zamawiający Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie**. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/ S 235-536827 w dniu 06.12.2018 roku.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1.art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”) poprzez naruszenie zasady jawności postępowania, wskutek uznania przez Zamawiającego za uzasadnione zastrzeżenie dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, tym samym zaniechania odtajnienia dokumentów — oświadczeń dystrybutora i producentów złożonych przez Konsorcjum Enigma stanowiących załącznik do pisma z dnia 1 marca 2019 roku w przedmiocie drukarek: GoDEX G330, Fargo HDP8500 oraz czytnika Gemalto PC USB TR-1DBridge CT Reader, pomimo że zastrzegający je Wykonawca nie wykazał przesłanek do uznania ich za dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2.art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuprawnione ograniczenie Odwołującemu dostępu do informacji i dokumentów, które Zamawiający ma obowiązek udostępnić jako mające charakter jawny w okolicznościach nie wykazania przez Wykonawcę, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa oraz mających charakter kluczowych dla dalszego przebiegu postępowania;

3.art. 24 ust. 5 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy oraz 24 ust. 4 Pzp poprzez ich zastosowanie i wykluczenie Odwołującego, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, pomimo że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 pkt. 4 Pzp, bowiem wcześniejsza umowa zawarta przez Odwołującego z Zamawiającym nie została rozwiązana z powodu jej nienależytego wykonania w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego;

4.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum Enigma, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), bowiem zaoferowane przez Wykonawcę drukarki personalizacji kart mikroprocesorowych Fargo HDP8500 nie spełniają wymagań opisanych pod identyfikatorem P5-DRK-SP-03 tj. nie posiadają rozdzielczości co najmniej 600 x 600 DPI;

5.art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Enigma, pomimo że w wyniku celowego działania przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, bowiem udzielając wyjaśnień w zakresie proponowanych drukarek

personalizacji kart mikroprocesorowych Fargo HDP8500 celowo wprowadził Zamawiającego w błąd, iż drukarka ta posiada rozdzielczość 600 dpi chcąc uzyskać korzystne rozstrzygnięcie;

6.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Enigma, pomimo że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, bowiem złożone dokumenty nie odnoszą się do trzech ostatnich lat obrotowych przypadających bezpośrednio przed terminem składania ofert, a tym samym nie potwierdzają zdolności ekonomicznej Wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia,

a nadto Wykonawca w dacie upływu terminu składania ofert nie potwierdził posiadania ubezpieczenia OC wymaganego przez Zamawiającego.

ewentualnie w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Konsorcjum Enigma, zarzucano Zamawiającemu naruszenie:

7.art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum Enigma, do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału

w postępowaniu w zakresie posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, podczas gdy złożone dokumenty, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem:

- oświadczenie z dnia 18 lutego 2019 roku odnosi się do lat 2015-2017, a zatem nie do trzech ostatnich lat obrotowych przypadających bezpośrednio przed terminem składania ofert, a tym samym nie potwierdza zdolności ekonomicznej Wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia,

- polisa OC wskazuje, iż okres ubezpieczenia rozpoczyna się w dniu 1 lutego 2019 roku,

a zatem w dacie upływu terminu składania ofert Konsorcjum Enigma nie posiadało ubezpieczenia OC wymaganego przez Zamawiającego.

Odwolujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1.odtajnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum Enigma tj. załącznika do pisma z dnia 1 marca 2019 roku — oświadczenia dystrybutora w zakresie drukarki HDP8500, oświadczenia producenta w zakresie drukarki GoDEX G330 oraz oświadczenia producenta czytnika Gemalto PC USB TR-1DBridge CT30 Reader;

2.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3.unieważnienia czynności wykluczenia Odwoływającego z postępowania;

4.dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwoływającego;

5.odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum Enigma,

6.wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Enigma na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do parametrów drukarki Fargo HDP 8500, oraz złożenie oferty nie odpowiadającej treści SIWZ,

7.wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Enigma na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum Enigma nie wykazało spełniania warunków udziału

w postępowaniu w zakresie posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia;

Ewentualnie w razie uznania, iż zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Ponadto wnoszono o:

I.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność ustalenia, czy drukarka Fargo HDP 8500 posiada rozdzielczość druku 600 x 600 dpi;

II.rozpoznanie odwołania — na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp — na rozprawie

z wyłączeniem jawności w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 pkt 5) Pzp, a także części formularza JEDZ zastrzeżonej przez Odwoływającego jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 9 lutego 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 419; dalej: „UZNK”) oraz odnoszących się do tej części dokumentów.

Odwolujący zaznaczył, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

W przypadku gdyby Zamawiający działał zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, oferta złożona przez Odwoływającego zostałaby uznana za najkorzystniejszą

w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący, mimo złożenia ważnej i niepodlegającej odrzuceniu ofercie, która zajęłaby 2 miejsce w rankingu ofert, został z postępowania bezprawnie wykluczony. Uwzględnienie odwołania spowoduje odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Enigma oraz przywrócenie do postępowania Odwoływającego

a w konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwoływającego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwolanie zostało wniesione w terminie określonym w Pzp, bowiem zawiadomienie

o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawierające informację w przedmiocie wykluczenia Odwoływającego zostało doręczone w dniu 08 marca 2019r. Termin na złożenie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu. Odwołujący opłacił wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

W zakresie wniosku o jawności rozprawy Odwołujący przywołał art. 189 ust. 6 Pzp

i wnosił o wyłączenie jawności rozprawy w zakresie, w jakim rozpoznaniu podlegać będzie zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 pkt 5 Pzp, czyli również części oferty Odwoływającego — część formularza JEDZ zastrzeżona przez Odwoływającego jako tajemnica przedsiębiorstwa

w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Oświadczenie JEDZ Odwoływającego w części III, sekcja C dot. wyjaśnień rozwiązywania umowy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te zawierają szczegóły i fakty związane z realizacją innej umowy o zamówienie publiczne, w tym treści korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a Wykonawcą, które nie są znane szerszemu gronu osób, jak również nie zostały podane do wiadomości publicznej, a które Wykonawca pragnie zachować w tajemnicy. Informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może spowodować realne szkody dla Wykonawcy, chociażby w związku z chęcią wykorzystania tych informacji przez konkurencję w sposób nieprawdziwy i wprowadzający w błąd innych Zamawiających. Ponadto Wykonawca nie upowszechnia tych informacji, nie są one znane osobom nieuprawnionym a Wykonawca oświadczył, że chce je zachować w poufności. Na poczet tego podjął działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności poprzez wdrożoną politykę bezpieczeństwa, stworzone procedury wewnętrzne dostępu do określonych typów informacji/repozytoriów dla określonych pracowników/grup pracowników oraz umowy o zachowaniu poufności z pracownikami, mającymi dostęp do tych informacji. Udostępnienie tych informacji pozostałym Wykonawcom mogłoby prowadzić do skorzystania z zawartych tam informacji przez konkurencję w sposób nieuprawniony i niezgodny ze

stanem faktycznym. Ujawnienie informacji dot. wyjaśnień rozwiązania umowy zagroziłoby więc jego konkurencyjności.

Odwołujący powziął także stosowne działania celem zachowania treści poufności danych zawartych w zastrzeżonej jako poufna części JEDZ. Dostęp do tych informacji mają wyłącznie wybrani pracownicy i współpracownicy Odwołującego zobowiązani do zachowania poufności. Informacje te nie są udostępniane podmiotom trzecim.

W uzasadnieniu pozostałych zarzutów odwołania, Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie Konsorcjum Enigma zaoferowało m.in. drukarkę Fargo HDP8500, GoDEX G330 oraz czytnik Gemalto PC USB TR-IDBridge CT30 Read. Zamawiający wezwał w dniu 27 lutego 2019r. Konsorcjum Enigma do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 01 marca 2019r., Konsorcjum Enigma przedłożyło wyjaśnienia wraz z rzekomym oświadczeniem dystrybutora, zastrzegając jego treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania połączonego z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie przedstawił informacji (dowodów) wskazujących na możliwość uznania za zasadne samooczyszczenia zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp. W związku z tym w ocenie Zamawiającego zachodzi przesłanka wykluczenia Wykonawcy i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 8 ust. 1 i 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia przez Konsorcjum Enigma parametrów drukarki — Fargo HDP8500 oraz GoDEX G330, jak również czytnika Gemalto PC USB TR-IDBridge CT30 Read Konsorcjum przedłożyło oświadczenia, w tym rzekome oświadczenie dystrybutora w zakresie drukarki Fargo HDP8500, które w ocenie Odwołującego, wobec udostępnianej przez Producenta specyfikacji, nie mogło stanowić potwierdzenia na okoliczność spełniania przez drukarkę wymagań Zamawiającego. Niemniej jednak szczegółowe odniesienie się do zawartych

w oświadczeniu informacji nie jest możliwe, bowiem dokument ten został przez Zamawiającego uznany za zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, za tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślić należy, że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy (np. pracownicy, współpracownicy, podwykonawcy). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich

w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Wybór informacji, które mają zostać objęte poufnością, należy do przedsiębiorcy, jednakże wybór ten, co do stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji — wyrok SN z dnia 05.09.2001 r. (sygn. akt: I KKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67).

W przedmiotowym stanie faktycznym żadne oświadczenie producenta czy dystrybutora, w zakresie parametrów drukarki/czytnika nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem są to informacje powszechnie dostępne, zaś Konsorcjum Enigma nie podjęło w tym zakresie żadnych czynności zmierzających do zachowania w poufności tych informacji. W szczególności dotyczy to oświadczenia dystrybutora w zakresie parametrów drukarki Fargo HDP8500.

Nie są to informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne lub inne, posiadające wartość gospodarczą dla Konsorcjum Enigma. Oświadczenie dystrybutora, jak również pozostałe dwa oświadczenia, odnoszą się bowiem w całości do jawnej części oferty Konsorcjum Enigma - zaoferowanej i wskazanej z nazwy drukarki personalizacji kart mikroprocesorowych - Fargo HDP8500 (załącznik nr 3 do OPZ) i dotyczą ogólnodostępnych oraz powszechnie znanych parametrów tejże drukarki. Każda osoba jest w stanie dotrzeć do tych informacji w zwykły sposób, bez zadania sobie zbyteńnego trudu. Wszystkie niezbędne informacje dotyczące zaoferowanego sprzętu widnieją na stronie producentów tych urządzeń, w rozpowszechnianych materiałach handlowych i marketingowych, na stronach dystrybutorów, sprzedawców, sklepów internetowych, etc. Co więcej z treści jawnej części wyjaśnień złożonych dnia 01 marca 2019r. wynika, że treść oświadczenia dystrybutora sprowadza się do potwierdzenia spełniania przez drukarkę Fargo HDP8500 wymagań OPZ, w tym wymagań, o których mowa w P5-DRK-SP-03. Jedyną więc niewiadomą, którą Konsorcjum Enigma próbuje w sposób nieuprawniony zachować w tajemnicy pozostaje nazwa dystrybutora, który złożył przedmiotowe oświadczenie oraz tożsamość osoby podpisującej. To wskazuje jednoznacznie, że celem zachowania w tajemnicy tego dokumentu jest uniemożliwienie wykazania jego nieautentyczności bądź ochrona osoby podpisującej przed zarzutem potwierdzania nieprawdy i celowego wprowadzania w błąd Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy oraz 24 ust. 4 Pzp

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych m.in. w art. 24 ust. 5 pkt. 4 Ustawy.

W celu wstępnego potwierdzenia spełniania warunków oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy mieli złożyć wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”).

Wykonawca Decsoft wraz z ofertą złożył oświadczenie JEDZ, w którym w części III, sekcja C na pytanie: *Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z przedmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowania bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?* zaznaczył odpowiedź „TAK”, jednocześnie zastrzegając, że odpowiedź ta „została zaznaczona z daleko idącej ostrożności mając na uwadze brzmienie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp i dotyczy jedynie

faktu rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca oświadcza, że nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt. 4 Ustawy, do którego nawiązuje pytanie, gdyż nie zaistniały w tym przypadku przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt. 4". W dalszej części odwołania Odwołujący zawarł również informacje, do jakiego faktu rozwiązania umowy się odnosi, z opisem stanu faktycznego okoliczności całej sprawy, w tym braku przyczyn rozwiązania umowy leżących po stronie Odwołującego. Nadmieniono, że Stroną rozwiązanej umowy jest Skarb Państwa - Prokuratura Krajowa, stąd też wszystkie okoliczności sprawy są Zamawiającemu znane. Wykonawca w części niejawniej zawarł informacje jakiej umowy dotyczy przedmiotowa sytuacja, kto był stronami tej umowy, kiedy nastąpiło jej rozwiązanie i na jakiej podstawie do tego doszło oraz przedstawił cały proces w jaki sposób doszło do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Zwięźle opisał Odwołujący stanowisko, tak członków konsorcjum realizującego daną umowę, jak i Zamawiającego. Zaprzeczył, że do rozwiązania umowy doszło z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy. Zaprzeczył, jakoby zaistniało jakiekolwiek nienależyte wykonanie zobowiązania Wykonawcy w zakresie zawinionego opóźnienia w realizacji zadań wskazanych w harmonogramie.

Opisano również w jaki sposób wypełniono formularz JEDZ w odpowiedzi na dalsze pytanie: „Czy *przedsięwzięto środki w celu Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)*”

i dlaczego w ocenie Odwołującego takie stanowisko jest prawidłowe. Wskazano, że Odwołujący został przez Zamawiającego wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający uznawał wyjaśnienia Wykonawcy za niewystarczające i wewnętrznie sprzeczne. Wykonawca zaznaczył, że w wyznaczonej dacie złożył Zamawiającemu obszernie wyjaśnienia podtrzymując swoje stanowisko, że nie podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, wskazując, że wyjaśnienia Wykonawcy nie są wewnętrznie sprzeczne oraz że odpowiedź „TAK” w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z ofertą została wskazana tylko i wyłącznie w odniesieniu do samego faktu rozwiązania wcześniejszej umowy z daleko idącej ostrożności; celem uchronienia się od przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt. 17.

Jednocześnie Wykonawca oświadczył i wskazał, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt. 4. Zgodnie bowiem z brzemieniem art. 24 ust. 5 pkt. 4 wykluczeniu podlega Wykonawca, który: (i) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, (ii) nie wykonał lub nienależyte wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę, (iii) co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą (tak wyrok KIO 454/18). Odwołujący zauważył, że sam fakt rozwiązania wcześniejszej umowy przez Zamawiającego nie może stanowić samoistnej i wystarczającej przesłanki wykluczenia Wykonawcy (tak wyrok KIO 139/17, KIO 706/17, KIO 1166/17, KIO 454/18).

Zamawiający jednak niejako z automatu przyjął, że Odwołujący podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, pomimo, że Wykonawca nigdzie takiego oświadczenia nie zawarł

i wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie sprzecznych według Zamawiającego oświadczeń i wykazania się procedurą samooczyszczenia. Wobec braku poddania się procedurze samooczyszczenia dokonał bezprawnego wykluczenia Odwołującego. Zamawiający, w sposób automatyczny przyjął, iż skoro odstąpił od wcześniejszej umowy z Odwołującym, to zachodzi podstawa do jego wykluczenia z postępowania, co jest niezgodne z prawem.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej z instytucji self - cleaning korzysta jedynie Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie przywołanej regulacji ustawy Pzp. Wykonawca ma prawo do wykazania rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Konceptja self-cleaning nie zakłada kwestionowania podstaw wykluczenia z postępowania, lecz umożliwia wykonawcy udowodnienie, że mimo ich zaistnienia podjęte przez niego działania świadczą o jego wiarygodności (tak KIO w wyr. z 21.8.2016 r., KIO 1726/15, Legalis). Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Jeżeli natomiast przesłanki te nie zachodzą, wykonawca jest uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia, przykładowo — wykazując, że niewykonanie umowy miało wymiar nieistotny lub nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie (tak wyrok KIO 454/18).

Ponadto treść informacji o wykluczeniu skupia się na odniesieniu do samego faktu rozwiązania z Zamawiającym wcześniejszej umowy i nie wskazuje na pozostałe przesłanki

z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie odniósł się chociażby do obszernego opisu stanu faktycznego i wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego w toku prowadzonego postępowania. Nie pokusił się także, do czego jest zobligowany na podstawie art. 6 K.C., do udowodnienia zaistnienia okoliczności wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, pozostając jedynie przy stwierdzeniu zaistnienia samego faktu rozwiązania umowy, który nie może stanowić samoistnej i wystarczającej podstawy wykluczenia. Zamawiający zawarł w uzasadnieniu jedynie enigmatyczne stwierdzenia. Nie ulega zatem wątpliwości, że uzasadnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu powinno zawierać wskazania faktów, które Zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że rozwiązania umowy było zasadne

i wynikało z wyłączenia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy a ponadto winno wskazywać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie dotyczyło istotnego stopnia umowy. Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający znając doskonale stan faktyczny dotyczący realizacji przedmiotu umowy, która została rozwiązana, bowiem był jej stroną, doskonale zdaje sobie sprawę z tego, iż do rozwiązania poprzedniej umowy doszło

z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego.

Również uzasadnienie Zamawiającego dotyczące wykluczenia Odwołującego jest nie dosyć, iż bardzo lakoniczne, to jeszcze bezzasadne. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał bowiem, iż Odwołujący nie przedstawił informacji (dowodów) wskazujących na możliwość uznania za zasadne samooczyszczenia Odwołującego zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp, gdyż nie została zaznaczona odpowiedź „TAK” w pozycji samooczyszczenie. Zamawiający nie odniósł się natomiast do okoliczności, iż odpowiedź „TAK” w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz

z ofertą została wskazana tylko i wyłącznie w odniesieniu do samego faktu rozwiązania wcześniejszej umowy z

Zamawiającym, na co wyraźnie wskazywał Odwołujący w treści JEDZ.

W ocenie Zamawiającego już samo zaznaczenie odpowiedzi „TAK” przy pytaniu dotyczącym rozwiązania umowy oznaczało, iż Odwołujący podlega wykluczeniu, zaś jego ofertę uznaje się za odrzuconą. Zamawiający nie wykazał natomiast spełnienia wszystkich przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, zaś to na Zamawiającym w tym zakresie spoczywa ciężar dowodu. Wszelka korespondencja w tym zakresie jest w posiadaniu Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W Załączniku nr 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia pn. SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIE Specyfikacja techniczna drukarek kart dla Centrum Certyfikacji, kart mikroprocesorowych oraz czytników kart mikroprocesorowych w punkcie 3 „wymagania dla drukarek personalizacji kart mikroprocesorowych” Zamawiający pod identyfikatorem wymagania P5-DRK-SP-03 zawarł wymaganie by rozdzielczość drukowania drukarek wynosiła co najmniej 600 x 600 DPI (strona 3 załącznika nr 3 do OPZ).

Rozdzielczość drukarki (podawana w dpi, czyli „dot per inch” (ang) - kropka na cal) informuje o tym, ile punktów na powierzchnię jednego cala może nanieść drukarka. Jednostka dpi opisuje stopień oddawania szczegółów kształtu obrazu w sterowanych komputerowo urządzeniach drukujących. Im większa jest liczba dpi, tym lepsza jest jakość wydruku. Ilość dpi jest szczególnie istotna w przypadku drukowania na karcie obrazów, np. zdjęcia, znaki graficzne (logo). W takim przypadku zaleca się aby rozdzielczość wynosiła minimum 600 dpi w pionie oraz 600 dpi w poziomie (co zapisujemy 600 x 600 dpi). Maksymalna rozdzielczość drukarki jest jej stałym parametrem fizycznym i nie może być modyfikowana (konfigurowana) na etapie produkcji drukarki przez jej producenta, jak i przez użytkownika na etapie użytkowania.

Konsorcjum Enigma w załączniku nr 3 do OPZ wskazała drukarkę personalizacji kart mikroprocesorowych: „Oferowany model HDP 8500, Producent Fargo” (strona 3 załącznika nr 3 do OPZ).

Tymczasem producentem tej drukarki jest HID Global Corporation, zaś model posiada nazwę: „Fargo HDP8500”, co już, zdaniem Odwołującego, wskazuje na brak dostatecznej wiedzy Konsorcjum Enigma w zakresie drukarek tego producenta. Świadczy to o braku należytej staranności lub profesjonalizmu przy tworzeniu oferty.

Niemniej jednak drukarki personalizacji kart mikroprocesorowych zaoferowane przez Konsorcjum Enigma, zgodnie z parametrami technicznymi określonymi w specyfikacji technicznej, podręczniku użytkownika i materiałach producenta dostępnych na stronie internetowej producenta drukarek HID Global Corporation, 611 Center Ridge Drive, Austin, TX 78753 (adres strony internetowej producenta z linkiem do specyfikacji technicznej drukarki: <https://www.hidglobal.com/products/cardprinters/fargo/hdp8500>) posiadają rozdzielczość druku 300dpi.

Konsorcjum Enigma celem potwierdzenia posiadania przez drukarkę FARGO HDP8500 parametru minimalnej rozdzielczości 600 x 600 dpi przedłożył wyjaśnienia z dnia 01 marca 2019r. wraz z rzekomym oświadczeniem pochodzącym od dystrybutora sprzętu. Oświadczenie, zarówno Wykonawcy Konsorcjum Enigma, jak i dystrybutora przeczy wprost specyfikacji drukarki FARGO HDP8500 widniejącej na stronie internetowej producenta tego sprzętu, a tym samym jest całkowicie niewiarygodne. Jeśli oświadczenie takie zostało wystawione przez osoby upoważnione do reprezentowania firmy, może to świadczyć

o celowym wprowadzeniu w błąd Zamawiającego w celu wyłudzenia zamówienia publicznego. Konsorcjum Enigma zaoferowało więc drukarkę nie spełniającą wymagań Zamawiającego przez co treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, skoro Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Enigma, w sytuacji gdy złożona oferta nie odpowiada SIWZ. Co więcej, Zamawiający dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

Konsorcjum Enigma potwierdzając w złożonych wyjaśnieniach, że drukarka FARGO HDP8500 posiada rozdzielczość 600 dpi oraz przedkładając rzekome oświadczenie dystrybutora w tym zakresie, co do którego oświadczyła, iż stanowi ono tajemnicę przedsiębiorstwa, celowo wprowadziła Zamawiającego w błąd w celu uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia postępowania. Z informacji podawanych przez producenta drukarki, w tym karta katalogowa produktu Fargo HDP8500, nie potwierdzono spełniania przez drukarkę Fargo HDP 8500 wymagań Zamawiającego w zakresie rozdzielczości. Przedłożone do akt oświadczenie stanowi zatem poświadczenie nieprawdy, zaś sam fakt nieuprawnionej próby utajnienia oświadczenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym w szczególności jego autora potwierdza powyższą okoliczność i ma na celu jedynie uchronienie osoby składającej oświadczenie od odpowiedzialności karnej.

Konsorcjum Enigma w sposób celowy, a tym bardziej lekkomyślny, wprowadziło Zamawiającego w błąd potwierdzając, że zaoferowane urządzenie posiada rozdzielczość wymaganą przez Zamawiającego by uchronić się przed odrzuceniem oferty.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Enigma podlegało również wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, bowiem nie wykazało warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

I. Zgodnie z treścią Rozdziału VI, punkt 3 ppkt 1) SIWZ w zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj.:

1) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 15 000 000,00 PLN (słownie: piętnaście milionów złotych),
2) w ciągu każdego z ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert osiągnął ogólny roczny obrót w wysokości co najmniej 20 000 000,00 PLN (słownie: dwadzieścia milionów złotych). Jeśli okres działalności podmiotu jest krótszy niż 3 lata, warunek uznaje się za spełniony, jeśli osiągnął wskazany obrót w każdym z ostatnich lat obrotowych.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany był przedłożyć następujące oświadczenia i dokumenty:

1) dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego,
2) oświadczenie wykonawcy o rocznym obrocie wykonawcy lub o obrocie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem, za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy — za ten okres.

Wykonawca Konsorcjum Enigma przedłożyło oświadczenie z dnia 18 lutego 2019 roku, w którym wskazano, iż „w ciągu każdego z ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert osiągnęliśmy ogólny roczny obrót w wysokości ponad

20 000 000,00 PLN (słownie: dwadzieścia milionów złotych) i przedstawiał się on następująco:

Rok 2017 - 96 411 341,01 PLN

Rok 2016 - 40 842 813,77 PLN

Rok 2015 - 52 114 871,84 PLN”.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9) ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tj. z dnia 17 stycznia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 351)) przez rok obrotowy rozumie się rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych. Zgodnie z wydrukiem informacji aktualnych

z KRS rok obrotowy wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. jest równy rokowi kalendarzowemu. Tym samym, biorąc pod uwagę, że termin składania ofert wyznaczony był na dzień 18 stycznia 2019r., wykonawca Enigma powinien przedłożyć oświadczenie dotyczące lat 2016-2018, bowiem być może sprawozdanie finansowe nie zostało jeszcze sporządzone, jednakże wielkość obrotu za 2018 rok mógł ustalić na podstawie innych dokumentów księgowych. Zauważyć należy, iż w Zamawiający nie wymagał złożenia sprawozdania finansowego, lecz jedynie oświadczenia wykonawcy

o rocznym obrocie wykonawcy lub o obrocie w obszarze objętym zamówieniem, za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe. Nie ulega zatem wątpliwości, iż należało złożyć oświadczenie o wysokości obrotu za lata 2016-2018,

II. Ponadto analizując treść oświadczeń złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum Enigma w dokumencie JEDZ oraz dokumentów złożonych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zwrócić należy uwagę, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do faktu spełnienia warunku wskazanego w rozdziale VI, punkt 3 ppkt 1) SIWZ, w myśl którego Wykonawca winien posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 15 000 000,00 PLN (słownie: piętnaście milionów złotych).

Uzasadnione wątpliwości budzi złożona przez Konsorcjum Enigma polisa OC. Zgodnie z pkt 5 Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej z Tytułu Wykonywania Usług Informatycznych nr 1/2018, przyjętych uchwałą Zarządu AVIVA Towarzystwo Ubezpieczeń Ogólnych SA z dnia 25.09.2018 r. i obowiązujących od dnia 26.09.2018 r. umowa ubezpieczenia obejmuje odpowiedzialność cywilną ubezpieczonego z tytułu roszczeń zgłoszonych po raz pierwszy przeciwko ubezpieczonemu lub ubezpieczycielowi w okresie ubezpieczenia wskazanym w umowie ubezpieczenia (zasada claims made).

Z przedłożonej przez Konsorcjum Enigma polisy ubezpieczeniowej, mającej potwierdzić fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu wynika wyraźnie, iż ochrona ubezpieczeniowa na mocy polisy zostaje przyznana Wykonawcy dopiero od dnia 1 lutego 2019 roku, czyli już po dniu upływu terminu składania ofert w postępowaniu.

Co więcej, potwierdzenie uiszczenia płatności za polisę OC przedłożone przez Wykonawcę de facto nie dowodzi faktu, iż składka taka w rzeczywistości została uiszczona. Z dokumentu wynika bowiem, że termin płatności składki ma nastąpić jednorazowo do dnia 28 lutego 2019 roku.

Zgodnie z art. 814 § 1 ustawy kodeks cywilny, jeżeli nie umówiono się inaczej odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż dnia następnego po zaplaceniu składki.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Enigma nie zdołało potwierdzić prawdziwości złożonego w JEDZ oświadczenia, iż spełniło warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca nie zdołał udowodnić, iż na dzień upływu terminu składania ofert posiadał wymaganą przez Zamawiającego ochronę ubezpieczeniową w zakresie odpowiedzialności cywilnej.

W aktualnym stanie prawnym, wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, co potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ

i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma jedynie taki skutek, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, mogą być wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie w swojej treści mają potwierdzać spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty.

Reasumując stwierdzić należy, iż Konsorcjum Enigma nie potwierdziło spełniania warunku udziału w postępowaniu, co do wymaganego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 15.000.000 PLN na dzień składania ofert. Tym samym Zamawiający winien wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający zaniechał dokonania czynności, czym naruszył art. 26 ust. 3 Pzp. Niemniej jednak zdaniem Odwołującego skoro wykonawca Konsorcjum Enigma podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a oferta odrzuceniu z postępowania, stąd wzywanie do uzupełniania dokumentów jest bezcelowe.

Niemniej jednak w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż nie zachodzą przesłanki do wykluczenia Konsorcjum Enigma na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Enigma do przedłożenia uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie przedmiotowego odwołania w całości

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu

o udzielenie zamówienia wyjaśnieniach, odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie

art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie wykluczenia Wykonawcy znajdującego się w klasyfikacji przed ofertą Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty, a jednocześnie wykluczenie Odwołującego z postępowania, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider), (2) A.P.N. Promise S.A z siedzibą w Warszawie.**

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Przystępujący w złożonym na rozprawie piśmie procesowym wnosili o uznanie odwołania za bezzasadne w całości. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosili o uznanie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut niepotwierdzenia przez Konsorcjum Enigma spełnienia warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 15 000 000,00 PLN. Wobec złożenia w tym zakresie stanowczego i ostatecznego oświadczenia woli przez Odwołującego, zarzut nie podlegał merytorycznej weryfikacji Izby.

W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, złożone oświadczenia oraz poczynione samodzielnie ustalenia, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła, że w odwołaniu i pozostałych pismach procesowych prawidłowo przywołano zarówno treść postanowień SIWZ, w tym wymagań technicznych Zamawiającego, jak też treść oferty Przystępującego i Odwołującego.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu Izba uznała za zarzuty spóźnione i jako takie podlegające oddaleniu. Choć formalnie Odwołujący kwestionuje okoliczność wykluczenia go z postępowania, to faktycznie jednak polemizuje ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący w złożonym w postępowaniu dokumencie JEDZ, na pytanie czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa

w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowania bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, odpowiedział twierdząco, jednocześnie zastrzegając, że odpowiedź w takim kształcie udzielona została z ostrożności, ponieważ Wykonawca chce uniknąć wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp. Wykonawca oświadczył, że nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp, do którego nawiązuje pytanie, gdyż nie zaistniały w tym przypadku przesłanki wykluczenia z tego przepisu.

Wobec takiego stanowiska Wykonawca został w dniu 30 stycznia 2019 roku wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia JEDZ w zakresie przedstawienia dowodów w ramach procedury samoocyszczczenia oraz zgodnego z ustawą oświadczenia, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia opisana w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający jasno określił, że uznaje złożone przez Odwołującego w JEDZ informacje za niewystarczające i wewnętrznie sprzeczne.

Uzupełniając dokumenty Wykonawca przeprowadził polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego i ponownie zauważył, że miało miejsce wcześniejsze rozwiązanie innej umowy, w której wykonywaniu uczestniczył jako członek konsorcjum, jednak Wykonawca uważa, że nie zostały spełnione pozostałe przesłanki, które warunkowałyby konieczność przeprowadzenia przez niego procedury samoocyszczczenia, a także że nie podlega on wykluczeniu.

W ocenie Izby, jeżeli Wykonawca nie zgadzał się z treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów, takie wezwanie na etapie jego otrzymania winien kwestionować przy użyciu środków ochrony prawnej w postaci odwołania. Całokształt złożonych oświadczeń

i dokumentów, prowadzona polemika ze stanowiskiem Zamawiającego wskazują, że Wykonawca uważa, iż nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia i nie ma obowiązku przedstawiania jakichkolwiek informacji w ramach procedury samoocyszczczenia. Tymczasem już w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający zaznaczył, że nie zgadza się z takim przedstawieniem sprawy i stanowisko wykonawcy traktuje jako wewnętrznie sprzeczne, żądając przedstawienia dowodów, że proces samoocyszczczenia miał charakter skuteczny.

Z wezwania do uzupełnienia dokumentów jasno, zdaniem Izby wynikało, że Zamawiający uważa, iż wykonawca, który wskazał, że doszło do rozwiązania innej umowy

w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli nie złoży dowodów potwierdzających wykonanie działań naprawczych, podlega wykluczeniu. Zatem stanowisko polemiczne z przedstawionym należało przedstawić w odwołaniu odnoszącym się do prawidłowości czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Sama bowiem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania ma charakter wtórny w stosunku do wezwania i jest wynikiem niezłożenia dowodów na przeprowadzenie procedury self-cleaning. Wyraźnie wynika to

z treści uzasadnienia informacji o wykluczeniu Odwołującego. De facto nie podlegał analizie przebieg wykonania umowy, w ramach której nastąpiło jej wcześniejsze rozwiązanie,

a także, czy czynności te były zawinione po stronie Wykonawcy. Podstawą wykluczenia Odwołującego była jego bierność w zakresie dowodów, o przedstawienie których został przez Zamawiającego poproszony. W sytuacji, gdzie Wykonawca kwestionuje czynność wezwania, powinno dojść do złożenia odwołania w terminie na wniesienie odwołania liczonym od momentu otrzymania wezwania. Wykonawca wiedział, że w ocenie Zamawiającego, w momencie niezłożenia odpowiednich dokumentów, będzie podległ wykluczeniu. Zatem należało zaskarżyć czynność Zamawiającego, która do tego wykluczenia miała doprowadzić. Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 3 stycznia 2013 roku (sygn. akt KIO 2823/12) „Czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, stanowi czynność podejmowaną w toku oceny ofert i ma bezpośrednie znaczenie dla wyników oceny ofert. Jest pierwszą z czynności, z której Wykonawca ma możliwość ustalenia kierunku w jakim zmierza ocena jego oferty. W ocenie Izby, w interesie Wykonawcy jest zapewnienie prawidłowego przebiegu czynności badania i oceny ofert, a czynność wezwania, jak i zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, może naruszać interes Wykonawcy, a w konsekwencji narażać na uszczerbek w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązałoby się wykonanie zamówienia. Naruszającym interes Wykonawcy jest nieuzasadnione wezwanie do uzupełnienia prawidłowo złożonych dokumentów, a wniesienie odwołania już na tym etapie postępowania ma na celu uchronienie Wykonawcy przed wykluczeniem go z postępowania”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 2, ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 i 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w powiązaniu z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nie znalazła podstaw do uznania argumentacji Odwołującego za zasługującą na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca wykazał ziszczenie się wszystkich wymaganych przesłanek, by daną treść uznać za mogącą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Opisano charakter zastrzeżonych informacji, zaznaczono, że są one znane tylko ograniczonemu kręgowi osób i jakie czynności podjęto, by nie były one powszechnie znane, wskazano, jaką wartość gospodarczą posiadają te informacje dla Wykonawcy.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, iż przebieg rozprawy pokazał, że Odwołujący, mimo braku udostępnienia mu przez Zamawiającego załączników do wyjaśnień Przystępującego był w stanie sformułować zarzuty odnoszące się do treści tych załączników. Odwołujący polemizował z merytoryczną zawartością dokumentów, powołując ich wartość w zakresie potwierdzenia parametrów użytkowych oferowanych przez Przystępującego urządzeń. Odwołujący w przebiegu rozprawy zdołał także zidentyfikować z dużym prawdopodobieństwem podmiot, który złożył oświadczenia co do zgodności parametrów urządzenia z treścią SIWZ. Ujawnienie tych dokumentów, nawet gdyby uznać, że nieprawidłowo zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie przełoży się na sytuację prawną Odwołującego w postępowaniu. Izba zobowiązana jest uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący bez wiedzy o treści oświadczeń zawartych w załącznikach do wyjaśnień postawił zarzuty niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Rozstrzygnięcie przez Izbę tych zarzutów czyni zarzut objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji nie mającym wpływu na wynik postępowania. Niezależnie od informacji wynikających z zastrzeżonych dokumentów, zarzut dalej idący zostanie bowiem przez Izbę przesądzony. W tych okolicznościach Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

W odwołaniu podniesiono, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ oferowana drukarka Fargo HDP 8500 nie spełnia parametru drukowania w rozdzielczości 600x600 dpi. Na powyższe wraz

z odwołaniem oraz na rozprawie Odwołujący przedstawił obszerny materiał dowodowy, na który składały się karty produktu, wyciągi z dokumentacji technicznej, korespondencja

z przedstawicielami producenta, dystrybutorami, oświadczenia dystrybutorów. Sam zaś Przystępujący zdaniem Odwołującego winien być wykluczony z postępowania w oparciu

o art. 24 ust. 1 pkt 17, ponieważ przedstawił Zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje, które mogły mieć wpływ na decyzję podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przechodząc do oceny zasadności tak opisanych w odwołaniu zarzutów, stwierdzić należy, iż nie zasługiwały one na uwzględnienie i nie znalazły potwierdzenia w dokumentach włączonych w poczet materiału dowodowego. Przeanalizowanie treści poszczególnych elementów materiału dowodowego przedstawionego przez Odwołującego prowadzi do wręcz odwrotnych wniosków niż płynące z odwołania. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący przedstawiając korespondencję z dystrybutorami oraz oświadczenie firmy Control System FMN wykazał, że parametr druku w rozdzielczości 600x600 dpi jest jak najbardziej możliwy do osiągnięcia przez model drukarki oferowany przez Przystępującego. W oświadczeniu tym czytamy, że producent HID Global może wykonać taką modyfikację na życzenie Zamawiającego. Owszem, nie jest możliwa zmiana rozdzielczości z 300 na 600 dpi przez prostą rekonfigurację urządzenia, wymianę głowicy przez użytkownika, serwis, czy też przedstawiciela handlowego. Natomiast zmiana taka jest możliwa z poziomu producenta. Okoliczność, że jest to proces wyjątkowy, długotrwały i pracochłonny nie leży już w gestii zainteresowania Przystępującego, czy też Zamawiającego. Przystępujący polegać może i powinien na zapewnieniu, które otrzymał od dystrybutora, który potwierdził, że możliwym będzie spełnienie wymagań Zamawiającego przez konkretny model. Sposób w jaki dystrybutor uzyska dane urządzenie od producenta, nie wpłynie na poziom potwierdzenia spełnienia warunku przez Przystępującego. Oświadczenia dystrybutora odnośnie czasu, jaki potrzebny jest na wprowadzenie zmian trudno uznać za ostateczne i wiążące, ponieważ strona ta nie uczestniczy w procesie produkcji, jest ona odpowiedzialna tylko za dystrybucję produktu. Jeżeli jednak nawet według najlepszej wiedzy dystrybutora, istnieje na rynku urządzenie, którego konkretny model spełnia wymogi specyfikacji, to możliwe jest złożenie Zamawiającemu oferty opartej na tym konkretnym urządzeniu. Co więcej, w złożonych na wezwanie wyjaśnieniach Przystępujący opisał w jaki sposób możliwe jest osiągnięcie

w oferowanym Zamawiającemu modelu funkcjonalności rozdzielczości na wymaganym poziomie.

Odwołujący stawiając zarzut bazował na dokumentacji producenta udostępnionej za pośrednictwem internetu. Złożona jednakże karta katalogowa pochodzi z 2015 roku, podczas gdy, tak Zamawiający, jak też Przystępujący przedstawili karty katalogowe z lat 2017, 2019, z których niezbitcie wynika, że model Fargo HDP 8500 na żądanie/zapytanie jest dostępny

w rozdzielczości 600x600 dpi. Wbrew także twierdzeniom Odwołującego karty katalogowe złożone na rozprawie odnoszą się do produktów oferowanych na rynek europejski, nawet jeżeli w piśmie procesowym Przystępujący odesłał do produktów przeznaczonych na rynek azjatycki.

Przedstawiona lzbie korespondencja z podmiotami trzecimi, dystrybutorami producenta lub przedstawicielami handlowymi nie jest wiarygodnym źródłem na zasadność twierdzeń Odwołującego. Znamienne, że każdemu z tych podmiotów Odwołujący zadawał pytanie w nieco odmiennym kształcie, raz pytając jedynie o rozdzielczość 300 dpi, w innym przypadku pytając z jaką w ogóle rozdzielczością drukuje dany model. W korespondencji tej unikano jednak pytania, czy możliwe jest takie skonfigurowanie danego modelu, by rozdzielczość zwiększyć lub czy taki model o wyższej rozdzielczości jest dostępny na zamówienie u producenta drukarek. Otrzymane informacje zwrotne potwierdzać mogą więc jedynie podstawowe parametry urządzenia, nie świadczą natomiast o braku możliwości ich zwiększenia.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego lzby Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę, która niezgodna była w treści z treścią SIWZ i wymogami przedstawionymi w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia lzby, nie było możliwe także potwierdzenie zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. lzba nie doparzyła się w czynnościach Przystępującego celowego wprowadzania Zamawiającego w błąd i przedstawiania informacji nie odpowiadających rzeczywistości.

Analizując zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, czy Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, to jest w ciągu każdego z ostatnich 3 lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert osiągnął ogólny roczny obrót w wysokości co najmniej 20 000 000 zł, lzba zarzut za niezasadny.

Dokumentem potwierdzającym spełnienie ustalonego warunku miało być oświadczenie wykonawcy. Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów księgowych, w tym sprawozdania finansowego lub jego części. Przystępujący złożył oświadczenie o wysokości obrotu za lata 2015-2017.

Zdaniem składu orzekającego lzby tak złożone oświadczenie w swej treści potwierdza spełnienie warunku. Za najbardziej miarodajną należy uznać informację o wysokości obrotu potwierdzoną w sprawozdaniu finansowym. Nie upłynął jeszcze termin na sporządzenie i zatwierdzenie sprawozdania finansowego za rok 2018. Ponadto Przystępujący należy do grupy kapitałowej, dla której sporządza się skonsolidowane sprawozdanie dla całej grupy. Zatem posługiwanie się danymi finansowymi za rok 2018 jest obarczone ryzykiem złożenia oświadczenia nie odpowiadającego prawdzie, zwłaszcza w zakresie rzeczywistego obrotu osiągniętego przez Przystępującego w tym konkretnym roku. Dlatego też prawidłowe jest przedstawienie danych za 3 **zakończonych** lata obrotowe przypadające przed terminem składania ofert, jak uczynił to Przystępujący.

Odpowiadając na argumentację Odwołującego, że Przystępujący mógł posilkować się danymi wynikającymi z innych dokumentów księgowych, to przede wszystkim przywołać należy treść art. 12 ustawy o rachunkowości, traktującego o zasadach otwierania

i zamykania ksiąg rachunkowych, które Odwołującemu jako podmiotowi profesjonalnie prowadzącemu działalność gospodarczą, powinny być doskonale znane. W myśli przywołanej regulacji prawnej księgi rachunkowe zamyka się na inny dzień bilansowy określony odrębnymi przepisami, nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia zaistnienia danego zdarzenia. Innymi słowy, zamknięcie ksiąg jednostki powinno nastąpić w ciągu trzech miesięcy od dnia bilansowego. Jeżeli zatem, co ustalił i potwierdził sam Odwołujący, rok obrotowy dla przedsiębiorstwa Przystępującego pokrywa się z rokiem kalendarzowym, to taki przedsiębiorca nie miał w chwili składania oświadczenia JEDZ, jak również w chwili składania dokumentów Zamawiającemu, a nawet w momencie wydania niniejszego orzeczenia, obowiązku posiadania zamkniętych (i tym bardziej rozliczonych) ksiąg rachunkowych. lzbie trudno wyobrazić sobie z jakich w takim razie innych dokumentów księgowych miałby skorzystać wykonawca. Z nierozliczonych i niepełnych rejestrów, do których co najmniej jeszcze trzy miesiące można wprowadzać zmiany? Sam Odwołujący przykładowych dokumentów nie podał. Dlatego też zarzutu tego nie można było uznać za zasadny.

Reasumując, z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, lzba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....