

Sygn. akt: KIO 3488/20

WYROK
z dnia 28 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez Odwołującego **Integrated Solutions Sp. z o.o. (ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Centrum Informatyki Resortu Finansów (ul. Samorządowa 1, 26-601 Radom)**

przy udziale Wykonawcy **A.P.N. Promise S.A. (ul. Domaniewska 44a, 02-672 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Integrated Solutions Sp. z o.o. (ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa)** i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Integrated Solutions Sp. z o.o. (ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 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:.....

Sygn. akt: KIO 3488/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Informatyki Resortu Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa licencji oprogramowania w tym: 158 szt. licencji oprogramowania Microsoft SQL Server Enterprise Edition lub równoważnych, wraz z gwarancją na okres 36 miesięcy oraz 81 szt. licencji oprogramowania Microsoft SQL Server Standard Edition lub licencji równoważnych, wraz z gwarancją na okres 36 miesięcy; numer referencyjny: PN/51/20/HCKY.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 208-507266.

Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 186 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności wykluczenia wykonawcy - A.P.N. Promise S.A. z postępowania zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 26 listopada 2020 r., pomimo tego, iż Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, na skutek czego Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym umorzyła postępowanie odwoławcze, a które to zaniechanie wykonania czynności wykluczenia APN z postępowania stanowi także naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania APN, pomimo tego, iż APN: w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w wyniku niedbalstwa, ewentualnie lekkomyślności, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu - z uwagi na przedstawienie przez APN w wykazie dostaw informacji na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że wykonał dla Centrali Narodowego Funduszu Zdrowia (dalej „NFZ”) dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto, w okresie 29.03.2017-30.11.2019, przedkładając na potwierdzenie tego faktu referencję z dnia 14 października 2020r. wystawioną przez NFZ, chociaż dostawa wykonana dla NFZ nie obejmowała licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych, a dostawa licencji objętych umową realizowaną przez APN na rzecz NFZ została wykonana wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu: co w konsekwencji skutkowało niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wyborem przez Zamawiającego oferty APN jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie APN z postępowania; dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

A. Naruszenie art. 186 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 26 listopada 2020r. wniósł odwołanie, które dotyczyło m.in. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania APN, pomimo tego, iż APN:

a) w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

b) w wyniku niedbalstwa, ewentualnie lekkomyślności, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu z uwagi na przedstawienie przez APN w wykazie dostaw informacji na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że wykonał dla NFZ dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto, w okresie 29.03.2017-30.11.2019, przedkładając na potwierdzenie tego faktu referencję z dnia 14 października 2020r. wystawioną przez NFZ, chociaż dostawa wykonana dla NFZ nie obejmowała licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych, a dostawa licencji objętych umową realizowaną przez APN na rzecz NFZ została wykonana wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) nakazanie Zamawiającemu wezwania APN, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez Zamawiającego wskazanym, wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia APN z postępowania,

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazując, że APN podlega wykluczeniu z postępowania zarówno na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, natomiast niezależnie od konieczności wykluczenia APN z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania APN do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez Zamawiającego wskazanym, wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający 27 listopada 2020r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z 26.11.2020r. Tego samego dnia Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił Wykonawca APN (ani żaden inny Wykonawca), chociaż został wezwany w dniu 27 listopada 2020r. przez Zamawiającego do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z 26.11.2020r., nie zgłoszenia do postępowania odwoławczego żadnego przystąpienia, Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 2 grudnia 2020r. sygn. akt KIO 3108/20 umorzyła postępowanie odwoławcze.

27 listopada 2020r. Zamawiający wezwał Wykonawcę APN do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, natomiast 3 grudnia 2020r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

18 grudnia 2020r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty Wykonawcy APN jako najkorzystniejszej.

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 26.11.2020r., unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Wykonawcę APN do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wykonał natomiast żądania wykluczenia Wykonawcy APN z postępowania.

W opinii Odwołującego niewykonanie przez Zamawiającego żądania zawartego w odwołaniu z 26.11.2020r. stanowi nie tylko naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, ale także naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że przystąpienie do postępowania odwoławczego rodzi dla danego Wykonawcy szereg uprawnień, przywilejów, z których może skorzystać do obrony swojego interesu. Wykonawca, który nie zgłosi przystąpienia do postępowania odwoławczego w ogóle, czy też uczyni to po terminie, uprawnień tych nie uzyskuje i liczyć się musi ze skutkami wynikającymi, czy to z niekorzystnym rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą (nie przysługuje takiemu Wykonawcy prawo wniesienia skargi na orzeczenie Izby), czy też z konsekwencjami uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego (nie przysługuje takiemu Wykonawcy prawo wniesienia sprzeciwu).

Wykonawca APN w ogóle nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego, chociaż został przez Zamawiającego do tego wezwany. Wykonawca ten w terminie na dokonanie czynności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, posiadał wiedzę o uwzględnieniu przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jak i o czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że wraz z upływem terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, Wykonawca APN utracił możliwość podważenia czynności wykonanych zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 26.11.2020r. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca APN zgodził się z zasadnością zarzutów zawartych w odwołaniu z 26.11.2020r. Gdyby było inaczej - zgłosiłby przystąpienie do postępowania odwoławczego, a następnie sprzeciw.

Jak wskazał Odwołujący: Zamawiający nie wykonał żądania zawartego w odwołaniu z 26.11.2020r. w postaci wykluczenia APN z postępowania, co wyposaża Wykonawcę APN w wyżej opisane uprawnienia, które APN utracił na skutek niezgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający, na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp, doprowadził w istocie do przywrócenia terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, które zostało już umorzono i sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości odwołania w umorzonym postępowaniu, a tym samym do obejścia art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył normę zawartą w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - wyrażoną tam zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (bądź któregośkolwiek z tych przepisów) powinno skutkować wykluczeniem danego wykonawcy z postępowania. Wynika to bowiem wprost ze zdania wprowadzającego do wyliczenia zawartego w ust. 1 art. 24 ustawy Pzp, tj. cyt.: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:”.

B. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zamawiający w pkt 7.2 ppkt 3) Tom 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej, stwierdzając, że Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 (jedną) dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto, precyzując, że przez jedną dostawę rozumie się dostawę realizowaną w ramach jednej umowy.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał złożenia oświadczeń i dokumentów, w tym - opisanego w pkt 9.7.2 lit. a) Tom I SIWZ - wykazu dostaw wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączenia dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, APN złożył oświadczenia i dokumenty, w tym wykaz dostaw, w którym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedstawił informację, że wykonał dla NFZ dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto, przedkładając na potwierdzenie tego faktu referencję z dnia 14 października 2020r. wystawioną przez NFZ. W treści referencji wskazano, że Wykonawca APN zrealizował w terminie 29.03.2017 - 30.11.2019 w ramach umowy Microsoft Enterprise Agreement dostawę licencji wraz z Software Assurance, usługi Software Assurance do posiadanego przez NFZ oprogramowania, usługi subskrypcji oraz wsparcie techniczne Premier Support, a dostawy i usługi świadczone były na podstawie umowy nr 36/2017 z dnia 29.03.2017 r.

Jak wskazał Odwołujący z ww. referencji nie wynika, że dostawa licencji obejmowała licencję oprogramowania systemu zarządzania bazami danych. Znajduje to potwierdzenie w dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez NFZ, w wyniku którego została zawarta umowa nr 36/2017 z dnia 29.03.2017r.

Jak wskazał także Odwołujący, termin składania ofert w postępowaniu został określony przez Zamawiającego na 6.11.2020r.

Z dokumentacji postępowania prowadzonego przez NFZ wynika, że termin dostawy został określony przez NFZ na maksymalnie 21 dni od dnia podpisania umowy. Umowa została podpisana 29.03.2017r., co oznacza, że dostawa powinna być wykonana do dnia wskazanego w ofercie APN, nie później jednak niż do 20.04.2017r. Oznacza to, iż dostawa została wykonana wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał także, że otrzymał z NFZ, w odpowiedzi na swój wniosek o dostęp do informacji publicznej, informację z dnia 1 grudnia 2020r. wraz z protokołem odbioru z dnia 30 marca 2017r., z którego wynika, że Wykonawca APN nie dostarczył licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych, gdyż takie licencje nie były przedmiotem umowy, a dostawa objętą umową z NFZ. Umowa została wykonana w dniu 30 marca 2017r., tj. wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Jak argumentował Odwołujący, Wykonawca APN wykonał dostawę objętą umową z NFZ w dniu 30 marca 2017r., tj. dostawa została wykonana wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, a co za tym idzie Wykonawca APN przedstawił nieprawdziwe informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek rażącego niedbalstwa tego Wykonawcy.

Odwołujący wskazał także na fakt, że Zamawiający 27 listopada 2020r. zwrócił się do NFZ z prośbą o udzielenie informacji: „Uprzejmie proszę o udzielenie informacji, czy wskazane przez Wykonawcę A.P.N. Promise S.A., dostawy obejmowały dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600 000 zł brutto, oraz informacji w jakim terminie były one realizowane.”, załączając do swojego pisma referencję, którą APN złożył w postępowaniu. Tego samego dnia Zamawiający wezwał Wykonawcę APN, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, czy dostawa wskazana w wykazie dostaw obejmuje dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto i została zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego, NFZ pismem z dnia 30 listopada 2020 r. poinformował, że APN: „we wskazanym okresie 29.03.2017-30.11.2019 nie dostarczała licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto”.

Wykonawca APN w odpowiedzi na ww. wezwanie do złożenia wyjaśnień Zamawiającego, złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 30.11.2020r., dodatkowo załączając nowy wykaz dostaw (z innymi dostawami i protokołami odbioru).

Jak wskazał Odwołujący, treść wyjaśnień Wykonawcy APN zasadniczo różni się od pisma Zamawiającego, czy pisma NFZ. Różnica ta polega na tym, że pismo Zamawiającego jest precyzyjne, tak jak i pismo NFZ. Tymczasem Wykonawca APN w swoich wyjaśnieniach kluczy, nie odnosząc się wprost do treści wezwania Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia Wykonawcy APN potwierdzają rażące niedbalstwo tego Wykonawcy, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp (a nawet otwierają drogę do rozważań, czy nie mamy do czynienia z „zamierzonym działaniem”, o którym mowa w powołanym przepisie).

Zamawiający pismem z dnia 3 grudnia 2020r. wezwał APN, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu dostaw wraz ze stosownymi dowodami, że zostały one wykonane należycie. APN pismem z dnia 7 grudnia 2020r. wykaz dostaw uzupełnił, natomiast Zamawiający w dniu 18 grudnia 2020r. dokonał ponownego wyboru oferty APN jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego przedstawione przez Wykonawcę APN w wykazie dostaw informacje są nieprawdziwe (nieprawdziwe, czyli niezgodne z rzeczywistością), są to informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Wykonawca APN oświadczył, że wykonał dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych dla NFZ, podczas gdy dostawa ta nie obejmowała ww. licencji, a ponadto wskazana dostawa została wykonana wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert, chociaż Wykonawca APN podał, że w tym terminie, a tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd.

Przedstawione przez Wykonawcę APN informacje dotyczą spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Miały także istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego - na podstawie nieprawdziwych informacji Zamawiający uznał, że APN spełnia warunki udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem oferty APN jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że tym bardziej spełniona jest przesłanka zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. przedstawienie informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego APN przedstawiając informacje nieprawdziwe dopuścił się rażącego niedbalstwa (przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), co oznacza, że tym bardziej spełniona jest przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. niedbalstwo.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca APN jako podmiot od wielu lat prowadzący działalność gospodarczą w obszarze obejmującym przedmiot niniejszego postępowania powinien był co najmniej upewnić się, że podane przez niego informacje nie zawierają informacji nieprawdziwych.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający prawidłowo postąpił natomiast wzywając Wykonawcę APN do uzupełnienia wykazu dostaw, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie wszystkich przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał następujące okoliczności:

Odwołujący we wnioskach odwołania z 26 listopada 2020 roku wniósł, aby Zamawiający dokonał unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania Wykonawcy APN w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez Zamawiającego wskazanym. wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, wykluczenia APN z postępowania, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający po uwzględnieniu odwołania dokonał zgodnie z żądaniem Odwołującego czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie wezwał Wykonawcę APN, w dniu 27 listopada 2020 r., w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia wykazu w zakresie dostawy wskazanej przez APN, a kwestionowanej przez Odwołującego. Natomiast w dniu 3 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał APN w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu dostaw.

Wykonawca APN udzielił wyjaśnień w dniu 30 listopada 2020 r., a Zamawiający uznał te wyjaśnienia za prawidłowe w tym sensie, że nie spełniły się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp, a więc brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy APN z postępowania. W opinii Zamawiającego na podstawie złożonych wyjaśnień oraz informacji uzyskanych przez Zamawiającego od NFZ, należało uznać, że dostawa wykonana na rzecz NFZ nie potwierdzała spełnienia przez APN warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca APN przedłożył jednak wykaz zawierający inne dostawy, które potwierdzały spełnienie przez APN warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dokonał więc ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty wykonawcy APN - którego oferta okazała się ofertą najkorzystniejszą.

Zdaniem Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, uwzględnienie odwołania nie przesądza ostatecznie o zasadności zarzutu wprowadzenia w błąd. Na dalszym etapie postępowania mogą pojawić się okoliczności, z których wynikać będzie, że zarzut jest bezpodstawny - taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, na skutek przeprowadzania procedury wyjaśnień.

Brak przystąpienia przez wykonawcę, którego oferty dotyczą zarzuty, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w żadnym razie nie może być traktowany, jak chciałby tego Odwołujący, jako przyznanie zasadności tych zarzutów - ustawa PZP nie zawiera bowiem takiej regulacji, a decyzja o braku przystąpienia może wynikać z wielu innych okoliczności (np. z uwagi na upływ terminu na zgłoszenie przystąpienia).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający stwierdził, że zarzut jest całkowicie chybiony.

Zamawiający wskazał, że czym innym jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a czym innym niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ma prawo pozostawać w mylnym przekonaniu, że przedstawione przez niego dostawy, odpowiadają treści warunku, ma również prawo interpretować ten warunek inaczej niż Zamawiający. Natomiast Zamawiający jako podmiot dokonujący oceny ofert, stwierdza, czy przedstawione w wykazie dostawy potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a jeśli nie, to wzywa wykonawcę do uzupełnienia wykazu. Następnie, jeśli wykonawca nie przedstawi wykazu, który potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu (wskazane dostawy nie odpowiadają treści warunku), to Zamawiający jest obowiązany wykluczyć tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP jako wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał także, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP Wykonawca APN złożył oświadczenia i dokumenty, w tym wykaz dostaw, w którym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedstawił informację, że wykonał dla NFZ dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto, referencję z dnia 14 października 2020r. wystawioną przez NFZ.

W referencji wystawionej przez NFZ wskazano, że Wykonawca APN zrealizował w terminie 29.03.2017 - 30.11.2019 w ramach umowy Microsoft Enterprise Agreement dostawę licencji wraz z Software Assurance usługi Software Assurance do posiadanego przez NFZ oprogramowania, usługi subskrypcji oraz wsparcie techniczne Premier Support, a dostawy i usługi świadczone były na podstawie umowy nr 36/2017 z dnia 29.03.2017 r.

Zamawiający 27 listopada 2020 r. uwzględnił odwołanie i tego samego dnia wezwał Wykonawcę APN do wyjaśnień oraz przesłał do NFZ zapytanie w celu potwierdzenia, czy wskazana przez w wykazie dostawa odpowiada warunkom udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na zapytanie NFZ stwierdził, że: firma A.P.N. Promise S.A. w umowie realizowanej dla NFZ we wskazanym okresie 29.03.2017-30.11.2019 nie dostarczała licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600 000 zł brutto.

30 listopada 2020 r. do Zamawiającego wpłynęły również wyjaśnienia Wykonawcy APN, które ocenie Zamawiającego nie potwierdziły, że Wykonawca APN spełnił warunek zdolności technicznej, ale nie potwierdziły również, że Wykonawca APN wprowadził Zamawiającego w błąd.

Jak wyjaśnił Zamawiający, w wyjaśnieniach Wykonawca APN wskazał, że w ramach umowy z NFZ dostarczył licencje oprogramowania systemu zarządzania bazami danych, bowiem dostarczył produkt określony jako Software Assurance. Przy czym zdaniem Wykonawcy APN produkt ten obejmuje licencję, bowiem, jak wskazał w wyjaśnieniach: Licencją jest dokument prawny lub umowa, określająca warunki korzystania z produktu firmowego, znaku handlowego lub patentu. Dostarczone licencje na pakiet Software Assurance wpisuje się zatem w definicję licencji, gdyż jest dokumentem określającym warunki korzystania z licencji.

Wykonawca APN wskazał również, że: zgodnie z zapisami Umowy EA, pakiet Software Assurance uprawnia nabywcę do pobierania nowych wersji licencji w ramach Pakietu Software Assurance a zatem poprzez prawo do nowej wersji należy rozumieć zapewnienie i dostawę licencji na oprogramowanie zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego wymaganiami. Umowa EA stanowi, że: Zarejestrowany Podmiot Stowarzyszony musi zamówić i utrzymywać w mocy Pakiet Software Assurance dla każdej zamówionej Licencji. Pakiet Software Assurance automatycznie uprawnia Przedsiębiorstwo do używania nowej wersji licencjonowanego Produktu natychmiast po jej wprowadzeniu na rynek, nawet jeśli Przedsiębiorstwo postanowi nie używać tej nowej wersji od razu. Z wyjątkiem sytuacji, w których postanowienia Rejestracji pozwalają inaczej, używanie nowej wersji podlega prawom do Używania obowiązującym w odniesieniu do tej nowej wersji. Jeśli Licencja na wcześniejszą wersję produktu jest bezterminowa w momencie opublikowania jego nowej wersji, Licencja na nową wersję także będzie mieć charakter bezterminowy. Uzyskane w ramach Pakietu Software Assurance Licencje bezterminowe zastępują wszelkie Licencje bezterminowe na wcześniejszą wersję.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za prawidłowe. Wyjaśnił, że rozumie, że można przyjąć stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach Wykonawcy APN, iż produkt Software Assurance niejako zawiera w sobie licencję, a więc dostawa Software Assurance jest jednocześnie dostawą Licencji oprogramowania. Tym niemniej na gruncie niniejszego postępowania w ocenie Zamawiającego taka wykładnia warunku jest błędna. Zamawiający literalnie bowiem wymagał wykazania dostawy licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych.

Zamawiający wyjaśnił dalej, że powyższe nie oznacza, że Wykonawca APN wprowadził Zamawiającego w błąd. Przedstawił jedynie dostawę, która w istocie nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem że zinterpretował warunek, dlatego Zamawiający wezwał Wykonawcę APN do uzupełnienia wykazu, a Wykonawca przedłożył nowy wykaz, zawierający dostawy, odpowiadające warunkom udziału w postępowaniu, których Odwołujący nie zakwestionował.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego terminu wykonania dostawy Zamawiający wskazał, że zacytowany warunek należy zdaniem Zamawiającego interpretować w ten sposób, że wykonaną dostawą jest wykonana umowa dostawy. Jeśli umowa dostawy była zawarta na 3 lata, to za moment wykonania dostawy (na potrzeby warunku) należy rozumieć moment wykonania umowy. Powyższe potwierdza w szczególności rozróżnienie w treści warunku wykonania od wykonywania (przy czym oba warianty są dopuszczalne), pod pojęciem wykonał należy rozumieć stan, w którym umowa dostawy wygasła, ze względu na realizowanie wszelkich objętych nią zobowiązań, natomiast pod pojęciem wykonuje, należy rozumieć stan, w którym umowa cały czas obowiązuje.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że z samego brzmienia Referencji, przedłożonej przez APN, w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP wynika, że dostawa realizowana była w terminie 29.03.2017 -

30.11.2019. Dostawy i usługi świadczone były na podstawie umowy nr 36/2017 z dnia 29.03.2017 r. Z treści wskazanej wyżej referencji wynika, że dostawa realizowana była do dnia 30 listopada 2019 r. i nawet jeśli w tym terminie obejmowała już jedynie dostawę produktu Software Assurance, to kwestię tę należy rozpatrywać pod kątem niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie pod kątem wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne znaczenie miały artykuł 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z artykułem 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący wniósł pierwsze odwołanie 26 listopada 2020 r. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy APN, pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia określonych ww. przepisach oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy APN do złożenia, uzupełnienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez Zamawiającego wskazanym, wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie pomimo tego, że wykaz dostaw wraz z referencją złożone przez Wykonawcę APN nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę APN warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie wezwania Wykonawcy APN w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożenia, uzupełnienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez Zamawiającego wskazanym, wykazu dostaw wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający uwzględnił odwołanie i stosownie do żądania Odwołującego w pierwszej kolejności unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Wykonawcę APN do wyjaśnienia, czy dostawa znajdująca się w wykazie dostaw złożonym w dniu 13.11.2020 r. obejmuje dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości 600 000 zł brutto oraz czy dostawa ta została zrealizowana okresie ostatnich 3 lat przed terminem otwarcia ofert, tj. w okresie od 06.11.2017 do 06.11.2020 r.

Z powyższego wynika, że Zamawiający uczynił zadość żądaniu Odwołującego, tj. unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i wezwał Wykonawcę APN do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający wykonał zatem czynności zgodnie z żądaniami odwołania, a więc postąpił zgodnie z wymaganiami art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Zamawiający nie naruszył w żaden sposób ww. artykułu ustawy.

Co istotne, Odwołujący w treści odwołania przedstawił sprzeczne zarzuty, tj. zarzucił Zamawiającemu zarówno zaniechanie wykluczenia Wykonawcy APN, jak i zaniechanie wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia, a w konsekwencji żądania sformułował w taki sposób, że obok wykluczenia domagał się również wezwania do uzupełnień lub wyjaśnień. Trafnie zauważył Przystępujący, że Odwołujący powinien liczyć się z tym, że Zamawiający uwzględniając odwołanie, wykona jedną z tych wykluczających się czynności. W szczególności Odwołujący powinien liczyć się z tym, że Zamawiający przed podjęciem tak daleko idącej czynności, jak wykluczenie wykonawcy z postępowania, doprowadzi do wyjaśnienia okoliczności podnoszonych w odwołaniu. Gdyby postawiony został jedynie zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego i w ślad za nim żądanie wykluczenia go z postępowania, decyzja Zamawiającego co do uwzględnienia odwołania mogłaby być inna.

W konsekwencji należało stwierdzić, że Zamawiający postąpił zgodnie z żądaniem wyrażonym w treści odwołania – wezwał Wykonawcę APN do złożenia wyjaśnień, podjął czynności w celu zweryfikowania kwestii wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Przystępującego. Nie doszło w tym wypadku ani do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ani ograniczenia ochrony interesów Odwołującego, ani też do jakiegokolwiek „przywrócenia terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego”. Okoliczność, że Wykonawca APN nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (wszczętego 26 listopada 2020 roku) pozostaje bez znaczenia. Wykonawca nie ma obowiązku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Brak zgłoszenia przystąpienia przez Wykonawcę, którego dotyczą zarzuty odwołania, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie oznacza także, że Wykonawca przyznał, że podnoszone wobec niego zarzuty są zasadne. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera takiej regulacji. Decyzja o braku przystąpienia może wynikać z wielu innych okoliczności. W niniejszym postępowaniu Zamawiający już następnego dnia po wniesieniu odwołania, jak również w tym samym dniu, w którym wezwał Wykonawcę APN do zgłoszenia przystąpienia, uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu. Również w tym samym dniu zwrócił się do Wykonawcy APN o udzielenie wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego, należy ponownie podkreślić, że Zamawiający jest uprawniony do dokonania czynności unieważnienia postępowania w celu dokonania np. wyjaśnień treści oferty wykonawcy, co nie stoi na przeszkodzie ponownemu dokonaniu wyboru oferty tego Wykonawcy, gdy ponownie Zamawiający dojdzie do przekonania, że oferta spełnia wymagania SIWZ.

Uwzględnienie odwołania, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wyjaśnienie przez Zamawiającego treści oferty Wykonawcy APN stanowiło uczynienie zadość żądaniu Odwołującego zawartego w treści odwołania, a nie jak obecnie twierdzi Odwołujący - przywrócenie terminu na zgłoszenie przystąpienia.

W świetle powyższych okoliczności Izba uznała za bezzasadny zarzut Odwołującego, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykonania czynności wykluczenia Wykonawcy APN z postępowania zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 26 listopada 2020 r., pomimo tego, iż Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Za bezzasadny należy także uznać zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy APN, pomimo tego, iż Wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w wyniku niedbalstwa, ewentualnie lekkomyślności, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu - z uwagi na przedstawienie przez Wykonawcę APN w wykazie dostaw informacji na potwierdzenie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że wykonał dla Centrali Narodowego Funduszu Zdrowia dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto, w okresie 29.03.2017 r. - 30.11.2019 r., przedkładając na potwierdzenie tego faktu referencję z dnia 14 października 2020r. wystawioną przez NFZ, chociaż dostawa wykonana dla NFZ nie obejmowała licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych, a dostawa licencji objętych umową realizowaną przez Wykonawcę APN na rzecz NFZ została wykonana wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, co w konsekwencji skutkowało niezgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wyborem przez Zamawiającego oferty Wykonawcy APN jako oferty najkorzystniejszej.

W niniejszym postępowaniu Wykonawca APN nie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w pkt 7.2 ppkt 3) Tom 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej. Warunek ten uznany zostanie za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej 1 (jedną) dostawę licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych o wartości co najmniej 600.000 zł brutto. Zamawiający sprecyzował, że przez jedną dostawę rozumieć należy dostawę realizowaną w ramach jednej umowy.

Wykonawca APN na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedstawił wykaz zrealizowanej dostawy w postaci produktu Software Assurance na rzecz NFZ. Ze złożonych przez Wykonawcę APN wyjaśnień wynikało, że w ramach umowy z NFZ, Wykonawca APN dostarczył pakiet Software Assurance, który dotyczył kontynuacji posiadanych licencji i wsparcia z prawem ich aktualizacji do najnowszej wersji. W trakcie trwania umowy z NFZ, firma Microsoft dokonała co najmniej jednej aktualizacji oprogramowania, zatem to licencja na zaktualizowane oprogramowanie była przedmiotem dostawy. Wykluczenie tak rozumianych dostaw licencji, powinno być wprost wyrażone w SIWZ, jako niepotwierdzające spełnienia warunku.

Ponadto Wykonawca APN wyjaśnił, że „pojęcie dostawy licencji systemu zarządzania bazami danych, w świetle umowy Enterprise Agreement z firmą Microsoft, obejmuje udzielenie licencji, zaś sama licencja rozumiana jest jako prawo do pobierania, używania i instalowania produktu.”

W trakcie rozprawy Zamawiający oraz Wykonawca APN wyjaśnili, że produkt Software Assurance jest to produkt, który zawiera aktualizacje do posiadanych przez Zamawiającego NFZ oprogramowań. Dokonanie aktualizacji oprogramowania powoduje, że mamy do czynienia z nowym produktem. Zamawiający NFZ posiadał wcześniej licencję, w tym licencję oprogramowania systemu zarządzania bazami danych. Zatem Wykonawca APN, dostarczając produkt Software Assurance, zaoferował Zamawiającemu NFZ aktualizację, a więc nowy produkt, tj. odnowioną licencję oprogramowania systemu zarządzania bazami danych.

Wykonawca APN wyjaśnił także, że warunek określony przez Zamawiającego w pkt. 7.2. ppkt 3) na str. 5 SIWZ, nie zawierał ograniczeń ani doprecyzowania, że dostawa nie może obejmować udzielenia licencji rozumianych jako prawo pobierania i instalowania produktu. Zatem Wykonawca APN przyjął, że zaoferowanie aktualizacji oprogramowania, w wyniku którego Zamawiający NFZ uzyska nowy produkt w postaci odnowionej licencji oprogramowania systemu zarządzania bazami danych, stanowi spełnienie warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Wykonawca APN przedstawiając wykaz dostaw z dnia 13 listopada 2020 r., pozostawał w przekonaniu, że przedstawiona dostawa pozwala na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z interpretacją Zamawiającego, wynikającą z oceny odpowiedzi Zamawiającego NFZ z dnia 30 listopada 2020 r., przekonanie to było, zdaniem Zamawiającego, mylne.

W ocenie Izby inny sposób interpretacji warunku nie może jednak prowadzić do wniosku, że Wykonawca APN usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd. Prowadziłoby to bowiem do sytuacji, na którą wskazał również Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie, że każdorazowe niewykazanie spełnienia warunku, równoznaczne byłoby z wykluczeniem z postępowania z powodu wprowadzenia w błąd, co najmniej z powodu lekkomyślności lub niedbalstwa. Mylna interpretacja warunku nie oznacza także automatycznie, że wykonawcy można przypisać lekkomyślność czy niedbalstwo.

Istotne znaczenie ma także okoliczność, że na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca APN przedstawił dwie inne dostawy, spełniające wymagania Zamawiającego, w takim rozumieniu, jak to zinterpretował Odwołujący. Okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez dwie kolejne dostawy przedstawione przez Wykonawcę APN nie była kwestionowana przez Odwołującego co oznacza, że Wykonawca APN wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Potwierdza to także okoliczność, że skoro Wykonawca APN od początku, obiektywnie był wykonawcą spełniającym wymagania warunku SIWZ, to nie miał żadnego powodu w przedstawienu w wykazie dostaw, informacji, które nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czy wprowadzały Zamawiającego w błąd. Wykonał bowiem inne dostawy, spełniające postawione warunki, a zatem od początku spełniał wymagania postawione przez Zamawiającego.

Za bezzasadne należy uznać także twierdzenie Odwołującego, że dostawa została przez Wykonawcę APN zrealizowana wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert.

Jak wskazał Wykonawca APN w treści wyjaśnień z 30 listopada 2020 r., w ramach umowy zawartej z NFZ na okres od 6 listopada 2017 r. do 6 listopada 2020 r. dostawa nie odbyła się jednorazowo. Kolejne, nowe wersje oprogramowania, były dostarczane po aktualizacjach dwukrotnie: w 2017 r. i 2019 r. Ponadto skoro umowy dostawy licencji nie mają charakteru jednorazowego, a polegają na stałym udzieleniu licencji przez Microsoft w okresie trwania umowy, to dopiero zakończenie umowy, można uznać za zrealizowanie dostawy. Z tego względu umowa dostawy zakończona w dniu 6 listopada 2020 r. została zrealizowana z tym dniem, na co wskazują także referencje wystawione przez NFZ.

Oznacza to, że także w zakresie terminu realizacji zamówienia nie można stwierdzić, aby Wykonawca APN wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zgodnie z artykułem 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunku udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zgodnie z artykułem 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Skoro Wykonawca APN nie wprowadził Zamawiającego w błąd, nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

Odwołujący w odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, podkreślał że art. 24 ust. 1 pkt 17 nie wymaga wystąpienia skutku. Jak wskazywał, z artykułu tego wynika, że do uznania zaistnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie tego artykułu wystarczające jest, że wykonawca przedstawił informacje, które mogły, ale niekoniecznie musiały wpłynąć na decyzję Zamawiającego. Ponownie jednak należy zauważyć, że po pierwsze inna interpretacja przez wykonawcę treści warunku, czy sam fakt, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu nie oznacza automatycznie, że wprowadził on Zamawiającego w błąd. Ponadto Wykonawca APN obiektywnie spełniał warunki udziału w postępowaniu, a zatem nie zachodziła podstawa do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

W świetle powyższych okoliczności, Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:.....