

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę Korporacja Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie,

przy udziale wykonawcy TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1505/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła braku opisanego przez wykonawcę TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w formularzu oferty zestawu komputerowego oraz współdziałającej drukarki kolorowej.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Korporacja Wschód

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Korporacja Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy Korporacji Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego - Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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:

Zamawiający - Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie [dalej „Zamawiający”]
prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu
nieograniczonego na zakup urządzeń do weryfikacji autentyczności dokumentów (znak
postępowania: BOU-IV.272.17.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych
w dniu 29 maja 2020 r. pod numerem 545612-N-2020.

W dniu 6 lipca 2020 r. wykonawca Korporacja Wschód Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy pomimo, iż wybrany wykonawca nie mógł wiarygodnie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 15 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy pomimo, iż:
 - a) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia wymagania postawione wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu lub
 - b) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, pomimo że powinien on być wykluczony z postępowania;
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
6. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę pomimo tego, że powinien on być wykluczony z postępowania;
7. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z ustawą Pzp i SIWZ.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. ewentualnie z ostrożności procesowej unieważnienia umowy zawartej z wybranym wykonawcą na realizację zamówienia publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania w wypadku, gdyby do tej czynności doszło zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 2) w dacie złożenia odwołania przez Odwołującego tj. w dniu 6 lipca 2020 r.;
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
4. odrzucenia oferty wybranego wykonawcy;
5. wykluczenia wybranego wykonawcy;

6. dopuszczenia wniosków dowodowych znajdujących się w dokumentacji przetargowej, załączonych do odwołania oraz przedłożonych w trakcie rozprawy;
7. uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą;
8. wyznaczenia i przeprowadzenia rozprawy;
9. zarządzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. W szczególności wskazał, iż w dniu 17 czerwca 2020 r. wystąpił do Zamawiającego z pismem informującym o nieprawidłowościach w postępowaniu i złożył wniosek o wykluczenie wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. przekazał Zamawiającemu uzupełniające pismo producenta z dnia 16 czerwca 2020 r.

Odwołujący wskazał na wezwanie Zamawiającego wystosowane do Przystępującego z dnia 18 czerwca 2020 r. oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę.

Uzasadniał, że do swojej odpowiedziabrany wykonawca nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. Wybrany wykonawca nie wskazał w piśmie nazwy dystrybutora, od którego zamierza nabyć sprzęt, nie przedłożył również żadnych dokumentów potwierdzających możliwość nabycia oferowanego sprzętu z 60-miesięczną gwarancją, choć zgodnie z posiadanym przez Zamawiającego materiałem dowodowym Zamawiający wiedział, że producent takiej gwarancji w odniesieniu do tego postępowania nie oferuje. Ponadto Zamawiający w pełni dał wiarę twierdzeniom wybranego wykonawcy, pomimo braku jakichkolwiek kontradictorych złożonych przez wybranego wykonawcę. Ponadtoabrany wykonawca w swojej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia oświadczeń po raz kolejny wprowadził Zamawiającego w błąd składając oficjalne oświadczenie, że jakoby firma Regula Baltija Ltd. z siedzibą na Łotwie nie jest producentem przedmiotowych urządzeń, a jedynie ich dystrybutorem na rynek UE, podczas gdy faktycznym producentem jest firma Regula Ltd. z siedzibą na Białorusi (podając dodatkowo niepełny adres tej ostatniej - 220037, Belarus). Odwołujący wyrażał nadzieję, żeabrany wykonawca sprawdził tę informację przed jej wystaniem do Zamawiającego i posiada na to dowody, ponieważ jest to informacja fałszywa. W rzeczywistości firma Regula Baltija Ltd. posiada zakład produkcyjny w Daugavpils na Łotwie, w którym produkuje urządzenia do kontroli autentyczności dokumentów, czytniki dokumentów i sprzęt specjalny dla rynków: UE, krajów Ameryki Płn. i Płd, Chin i Japonii. Zakład produkcyjny w Mińsku produkuje sprzęt dla krajów WNP (krajów byłego ZSRR) i Azji z wyłączeniem Chin.

Następnie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 27/20 i wskazał, że jeżeliabrany wykonawca, nie posiadając wiążącej oferty na urządzenia Regula, a wręcz posiadając odmowę dostawy tych urządzeń dla potrzeb tego konkretnego postępowania przetargowego, wprowadza Zamawiającego w błąd to czyn taki skutkuje koniecznością wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący uzasadniał, że w celu udowodnienia posiadania oferty zgodnej z art. 61 ust. 1 KCabrany wykonawca powinien był przedstawić, oprócz własnego oświadczenia, stosowny dowód spoza dokumentacji postępowania, czego nie uczynił. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dowód na to, żeabrany wykonawca dzień po dacie wezwania go do złożenia wyjaśnień, a więc wiele dni po dacie otwarcia ofert, złożył zapytanie ofertowe do Odwołującego. Odwołujący i Producent przedstawili także uzasadnienie, dlaczego w przypadku wyrobów Regula, należących do grupy urządzeń niedostępnych w normalnej sieci handlowej, niemożliwe jest zastosowanie modelu tranzytu pasywnego. Dostarczane dla polskich podmiotów instytucjonalnych, odpowiedzialnych za bezpieczeństwo obywateli i państwa, czytniki dokumentów powinny być zintegrowane z niedostępnymi dla dostawcy urządzeń systemami informatycznymi takimi np. jak „Granica” czy „Pobyt”. Każdy kraj UE posiada inaczej skonfigurowane, specyficzne tylko dla jego terytorium systemy informatyczne i dlatego dostarczając sprzęt do danego kraju Producent dostosowuje oprogramowanie swojego sprzętu do danych wymogów terytorialnych. Stąd wymagane Producenta by na każdym terytorium był autoryzowany przez niego partner handlowy, który po pierwsze zna specyfikę danego terytorium oraz zapewni, że urządzenia nie trafią do rąk osób nieuprawnionych. Zgodnie z treścią Raportu Komisji Europejskiej z dnia 10 maja 2017 r. jednostronne decyzje przedsiębiorców, którzy nie posiadają pozycji dominującej, o ograniczaniu sprzedaży transgranicznej, nie naruszają prawa konkurencji.

Całkowicie niezrozumiały jest fakt, że wyjaśnienie niepoparte żadnymi dowodami, zostało uznane przez Zamawiającego za wiarygodne i wystarczające. W opinii Odwołującego

na podstawie przedstawionych dowodów w postaci oświadczeń Producenta, pism i wniosków Odwołującego, Wybrany Wykonawca popełnił czyny, które powinny skutkować koniecznością wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2517/19, wyrok KIO z dnia 7 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 271/19, wyrok KIO z dnia 2 maja 2018 r. sygn. akt: KIO 596/18, wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 r. sygn. akt: KIO 1319/18.

Odwołujący podnosił, że poinformował Zamawiającego o fakcie toczącego się postępowania karnego co do pracownika zatrudnionego przez wybranego wykonawcę (wcześniej byłego pracownika Odwołującego), w związku z podejrzeniem nielegalnego pozyskania dokumentacji wskazanych urzędów. Powyższe znajduje uzasadnienie chociażby w zaoferowanym przez wybranego wykonawcę okresie gwarancyjnym, albowiem okres ten w żadnym przypadku nie jest gwarantowany przez Producenta, a jedynym autoryzowanym serwisem sprzętu Regula Baltija Ltd. na terenie Polski jest Odwołujący. Sugeruje to, że wybrany wykonawca oferując 60-miesięczny okres gwarancji, albo zaoferował gwarancję niemożliwą do wykorzystania, albo nie obejmującą gwarancji Producenta. Udzielając zamówienia wybranemu wykonawcy, pomimo dostarczonych przez Odwołującego informacji o nieprawidłowościach, Zamawiający z pełną świadomością godzi się na dostawę urządzeń i usług gwarancyjnych oraz serwisowych obarczonych wadą prawną rzeczy. Zgodnie z art. 556 KC określającym wadę prawną rzeczy, sprzedawca jest odpowiedzialny wobec kupującego za rzecz m.in., jeżeli jest ona obciążona prawem osoby trzeciej. W opinii Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 12 maja 1980r. I CR 107/80) należy w drodze analogii uznać, że także prawa obligacyjne, przysługujące osobom trzecim w stosunku do przedmiotu sprzedaży, które powodują, że kupujący nie jest w stanie w pełni korzystać z kupionej rzeczy, stanowią wadę prawną rzeczy. Tym samym wybrany wykonawca dostarczając sprzęt spoza legalnej sieci dystrybucyjnej Producenta, pozbawiony gwarancji Producenta, zapewniając własną gwarancję na podstawie nielegalnie przywłaszczonej dokumentacji, nie będąc w stanie zapewnić licencji na oprogramowanie, oferuje faktycznie produkt obarczony wadą prawną rzeczy, z którego Zamawiający nie będzie mógł korzystać.

Jednocześnie podkreślał, iż umowa wyłącznej dystrybucji posiadana przez Odwołującego nie jest umową, która w jakikolwiek sposób stoi w sprzeczności z przepisami prawa, a w szczególności jest zgodna z prawem ochrony konkurencji. Odwołujący w żadnym przypadku nie wskazuje, iż sprzedaż urządzeń Regula Baltija Ltd. wymaga uzyskania zgody Odwołującego, aczkolwiek ze względu na charakter tego rodzaju urządzeń Producent upoważnił określone podmioty do wyłącznej dystrybucji lokalnej. Oznacza to, że na terenie Polski nie można nabyć urządzeń Regula Baltija od innego podmiotu niż Odwołujący, jak również Odwołujący nie może sprzedawać urządzeń tego Producenta na teren inny niż Polska, nawet jeśli otrzyma takie zapytanie ofertowe. W przypadku, gdy wybrany wykonawca posiada ofertę, której istnienia w żaden sposób nie udowodnił, od podmiotu spoza Polski, oznacza to, że wprowadził on w błąd dystrybutora np. na terytorium Niemiec, albowiem oczywiście Wybrany Wykonawca mógł uzyskać ofertę na sprzęt Regula Baltija Ltd. np. na terytorium Niemiec aczkolwiek musiał wprowadzić w błąd tegoż dystrybutora wskazując na fakt, iż uzyskana dostawa ma dotyczyć użytkownika końcowego na terenie Niemiec. Nabycie towarów od dystrybutora poprzez wprowadzenie go w błąd co do użytkownika końcowego spowoduje wystąpienie problemów związanych z realizacją uprawnień gwarancyjnych oraz rodzajem oprogramowania sprzętu, które zostanie dostarczone wraz z nim, jak też licencji na oprogramowanie i jej terytorialnego obowiązywania.

Dodatkowo wybrany wykonawca mógł zwrócić się wielokrotnie do Odwołującego z zapytaniem ofertowym przed złożeniem oferty we wskazanym Postępowaniu, czego nie uczynił. Działanie poprzez wprowadzanie różnych podmiotów w błąd, co do zakresu oferty lub co do docelowego użytkownika końcowego, z pewnością nie jest działaniem zgodnym z prawem ochrony konkurencji.

Następnie Odwołujący wskazał, że w pkt. 5 pisma z dnia 17.06.2020 r., Odwołujący stosując skrót myślowy poinformował Zamawiającego, że zaoferowany przez wybranego wykonawcę komparator spektralny nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie

wymaganych filtrów (powinno być „co najmniej od 570 do 850 nm”, a jest maksymalnie do 800 nm). Odwołujący przedstawił Zamawiającemu na potwierdzenie kartę produktu ze specyfikacją techniczną. Wybrany wykonawca w swojej odpowiedzi, chcąc zmylić Zamawiającego napisał, że „Zamawiający wymaga wyposażenia urządzenia w przynajmniej 12 filtrów z zakresu co najmniej 570 - 850 nm”. Tymczasem prawdziwe wymagania Zamawiającego określone w pkt. i) w dziale Rozszerzone wymagania techniczne, strona 25 SIWZ, przedstawiają się następująco:

„i) zestaw min. 12 filtrów na kamerze z zakresu od 570 do 1000 nm o kolejnych progach 570, 590, 610, 630, 645, 665, 695, 715, 735, 780, 850 i 1000 nm oraz filtr szerokopasmowy 400 -

740 nm".

Tak więc świadomie zmieniając treść wymagania Zamawiającego, wybrany wykonawca wprowadził go w błąd, co skutkowało uznaniem jego oferty za spełniającą wymagania i w rezultacie wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Podkreślał, że Zamawiający dał wiarę oświadczeniu wybranego wykonawcy, natomiast nie przeanalizował należycie przedstawionego mu przez Odwołującego dowodu w postaci karty produktu ze specyfikacją techniczną producenta wideokomparatora spektralnego Spectra Pro firmy Projectina wchodzącej w skład grupy Ultra Electronics Forensic Technology Inc. Z karty produktu wynika, że zawiera on wystarczającą ilość filtrów, natomiast brak jest filtrów o progu 715 nm, 735 nm, 780 nm, 850 nm i 1000 nm. Podkreślał, że wszystkie wymienione w karcie produktu Projectina Spectra Pro filtry są górnymi i dolnoprzepustowymi filtrami luminescencyjnymi, a nie filtrami na kamerze.

Ponadto Odwołujący wskazał, że istotnym jest również, że Zamawiający wymagał podania nazwy, modelu i typu dostarczanego urządzenia, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku braku wskazania nazwy, modelu, typu, itp. Wskazał, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak dokonywanie zmian w treści oferty innych niż te, które mogą być traktowane jako oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe czy inne omyłki. W kategorii dopuszczalnych zmian w żadnym przypadku Zamawiający nie może doprecyzować nazw modelu czy typów oferowanych urządzeń, albowiem tego rodzaju uzupełnienia mieszczą się w zakazanej kategorii „negocjacji z wykonawcą”. Zważywszy na okoliczności nie ulega wątpliwości, iż oferta wybranego wykonawcy posiadała wady, które powinny skutkować jej odrzuceniem ze względu na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zawarta w odwołaniu tabela w sposób dobitny wskazuje, iż oferta wybranego wykonawcy posiada szereg brakujących informacji, które zgodnie z wymogami Zamawiającego powinny być ujawnione, w chwili składania oferty przez wybranego wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, wybrany wykonawca w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje, że spełnia wymagania zawarte w SIWZ, a jednocześnie przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie udziału w postępowaniu. Ze względu na te okoliczności wybrany wykonawca na mocy art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt. 16)-17) ustawy Pzp powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 sierpnia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1, 2, 3, 4, 5 i 7 petitum odwołania. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że z ostrożności procesowej, pomimo braku wskazania przedmiotowego zarzutu w petitum odwołania, uwzględnia odwołanie w części dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w konsekwencji Zamawiający dokona unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, a następnie ponownie dokona badania oferty Przystępującego w zakresie wskazanym symptomatycznie w treści odwołania. Mając również na względzie brak automatyzmu związanego z czynnością odrzucania ofert, Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o złożenie stosownych wyjaśnień, a następnie - po dokonaniu ich analizy - podejmie dalsze czynności w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zwracał uwagę, iż mając na względzie ugruntowaną linię orzeczniczą, nawet hipotetyczne naruszenie pryncypialnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określonych w ww. przepisie ustawy Pzp, nie może stanowić samoistnej przesłanki do wniesienia odwołania. Taki zarzut należy uznać z gruntu za chybiony, gdyż może on stanowić swego rodzaju konstatację, reasumpcję innych zarzutów podnoszonych przez odwołującego. Odwołujący winien zatem wskazać co w jego opinii legło u podstaw naruszenia zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasad proporcjonalności i przejrzystości, a nie czynić z treści ww. pryncypialnego przepisu głównego zarzutu przedmiotowego odwołania. Co więcej tak sformułowany zarzut nie czyni zadość postanowieniom art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący - ani w treści zarzutu, ani w jego uzasadnieniu - nie wskazał ani niezgodnej z prawem czynności ani zaniechania, jakiego miałby się dopuścić Zamawiający.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej mogłoby nastąpić jedynie wówczas, gdyby wykonawca - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego czy to w trybie art. 26 ust. 2 czy art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, przedłożyłby dokumenty, które nie potwierdzałyby spełniania ww. warunków. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca (przystępujący) przedłożył dokumenty, których treść potwierdzała

spełnianie przez niego określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej w treści odwołania Odwołujący nie zakwestionował ani formy ani treści przedłożonych przez Przystępującego dokumentów. Należy zatem uznać, iż również Odwołujący uznał dokumenty złożone przez Przystępującego za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też trudno uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp za zasadny i Zamawiający wniósł o jego oddalenie, jako całkowicie bezzasadnego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 15 lub 17 ustawy Pzp, Zamawiający zwracał uwagę, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp należy uznać za całkowicie chybiony i podniesiony omyłkowo. Powyższy przepis dotyczy wykonawcy, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. W przedmiotowej sprawie powyższy zarzut nie znajduje uzasadnienia w stanie prawnym ani faktycznym, a z ostrożności procesowej Zamawiający wnosi o jego oddalenie.

Z ostrożności procesowej Zamawiający odniósł się do zarzutu, jaki prawdopodobnie chciał podnieść Odwołujący, tj. naruszenia dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Koniecznym staje się podkreślenie, iż ww. przepis konstytuuje przesłankę wykluczenia wykonawcy, w sytuacji gdy ten „wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Zatem powyższy zarzut należy rozpatrywać łącznie z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Skoro jak dowiedziono powyżej Odwołujący nie zgłosił zastrzeżeń formalnych ani merytorycznych do dokumentów przedłożonych przez Przystępującego, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a także potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na uwzględnienie nie może również zasługiwać zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Z kolei dokonując analizy uzasadnienia odwołania trudno znaleźć tezy, czy twierdzenia, które uzasadniałyby powyższy zarzut. Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazał - odnosząc się jedynie do niektórych zdań mogących hipotetycznie ww. tezę uzasadniać - iż nie można uznać za prawdziwe i uzasadnione zarzuty dotyczące braku możliwości sprzedaży produktów objętych zamówieniem publicznym przez Przystępującego. Nie można bowiem abstrahować od faktu, iż jedną z podstawowych zasad wspólnego rynku, a Polska będąc pełnoprawnym członkiem Unii Europejskiej, owy wspólny rynek tworzy, jest zasada swobody przepływu towarów. Zasada ta konstytuuje zasadę, w myśl której każdy produkt legalnie wprowadzony na rynek dowolnego państwa Wspólnoty może zostać legalnie sprzedany w każdy inny państwie należącym do Wspólnoty Europejskiej. Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie wykazał Zamawiającemu, iż ww. zasada została w jakikolwiek sposób ograniczona. Co więcej przedstawiane w toku postępowania dokumenty nie dowodziły podnoszonych przez Odwołującego tez. Dlatego też, traktując je jako gołosłownie, Zamawiający, mając na względzie fundamentalne zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie dał i nie mógł dać im wiary.

Dalej Zamawiający wskazał, iż za niezasadny należy uznać zarzut w zakresie braku możliwości udzielenia 60-miesięcznej gwarancji na dostarczane urządzenia. Zgodnie bowiem z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający -wbrew twierdzeniom Odwołującego — wymagał określonego czasu gwarancji, a nie gwarancji producenta. Ad vocem należy podkreślić, iż gwarancja regulowana przepisami ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019, poz. 1145, z późn. zm.), to umowa zawierana pomiędzy gwarantem a uprawnionym z gwarancji. Żaden przepis, a tym bardziej postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymagają, aby gwarantem był producent któregośkolwiek z urządzeń.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający wniósł o jego oddalenie, ponieważ, nie ma on zastosowania w postępowaniach jednoetapowych. Zamawiający na potwierdzenie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2020 r. (sygn. akt: KIO 578/20) oraz wyrok z dnia 6 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 147/20). Co więcej, Odwołujący nie wykazał, jak wynika z wyżej przytaczanych argumentów, zaistnienia podstaw wykluczenia oferty Przystępującego, w związku z tym również art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających podstawę zarzutu. Zgodnie bowiem utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną chociażby w wyroku z 04 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1628/18) ww. zarzut nie może mieć charakteru blankietowego. Zamawiający uzasadniał, że nie należy tracić z pola widzenia faktu, iż Zamawiający odrzuca ofertę jedynie wówczas, gdy jej złożenie stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji, w myśl przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla zmaterializowania się powyższych okoliczności niezbędne jest wskazanie konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji wymienionego w ustawie z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419), czego Odwołujący nie uczynił.

W końcu Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 3 lipca 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 6 lipca 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami, ofertę Przystępującego, pismo wzywające Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 18 czerwca 2020 r., wyjaśnienia Przystępującego z dnia 23 czerwca 2020 r., pisma Odwołującego z dnia 17 i 23 czerwca 2020 r. skierowane do Zamawiającego wraz z oświadczeniami producenta Regula Balitija Ltd. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 czerwca 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 sierpnia 2020 r.

Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj.:

1. certyfikat zgodności nr LVD/EMC106/01 wraz z tłumaczeniem;
2. korespondencję elektroniczną pomiędzy Przystępującym a Producent urządzeń Regula;
3. korespondencję elektroniczną między Przystępującym a Odwołującym.

Pozostałe dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy stanowiły część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez Zamawiającego.

Jednocześnie Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Przystępującego, przy piśmie procesowym z dnia 6 sierpnia 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem I punkt 1 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest zakup następujących urządzeń do weryfikacji autentyczności dokumentów:

- 1) komparator wideospektralny wraz z dedykowanym zestawem komputerowym oraz współdziałającą drukarką kolorową - 1 zestaw;
- 2) podręczne urządzenie do weryfikacji autentyczności dokumentów (lupa ze światłem białym i UV 365, UV 313, UV 254, światło retrorefleksyjne 3M, światło AS) - 12 sztuk;

3) czytnik dokumentów niewielkich rozmiarów podłączany do komputera za pomocą kabla USB, bez części ruchomych. Urządzenie ma umożliwiać zapis obrazów dokumentów w świetle białym, podczerwonym, ultrafioletowym i koaksjalnym oraz posiadać czytnik RFID oraz smart cards - 10 sztuk.

W opisie przedmiotu zamówienia dotyczącym parametrów technicznych komparatora videospektralnego stacjonarnego, w punkcie zawierającym rozszerzone wymagania techniczne Zamawiający podał:

Kamera, obiektyw, filtry odcinające:

- a) obraz powinna zapewniać co najmniej jedna kamera cyfrowa kolorowa/IR wysokiej rozdzielczości min. 8 mln pikseli o matrycy Full HD, zakres pracy co najmniej 360-1100 nm,
- b) automatycznie ustawiana przysłona z możliwością manualnej korekty,
- c) automatyczna ekspozycja z możliwością manualnej korekty,
- d) automatycznie ustawiana ostrość z możliwością manualnej korekty,
- e) zestaw przynajmniej 12 filtrów na kamerze z zakresu co najmniej od 570 do 850 nm oraz filtr szerokopasmowy z zakresem co najmniej od 380 do 700 nm.

Stosownie do rozdziału XIII pkt 3 SIWZ, kryteriami oceny ofert były: cena o wadze 60% oraz okres gwarancji o wadze 40%.

Zgodnie z wzorem formularza ofertowego, Zamawiający wymagał od wykonawców podania nazwy, modelu, typu dostarczanego urządzenia, a brak wskazania nazwy, modelu, typu, itp. dostarczanego urządzenia powodował odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Termin składania ofert upłynął w dniu 16 czerwca 2020 r. W postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj. Odwołującego z ceną 707 397,60 zł oraz 24 miesięcznym okresem gwarancji oraz Przystępującego z ceną 651 900 zł oraz 60 miesięcznym okresem gwarancji.

Przystępujący zobowiązał się dostarczyć następujące urządzenia:

- 1. Projectina Spectra Pro;
- 2. Regula 1025;
- 3. Regula 7034M.111

udzielając na nie 60 - miesięcznej gwarancji.

Pismem z dnia 17 czerwca 2020 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że:

- a) Odwołujący jest wyłącznym dystrybutorem na rynku polskim i jedyną firmą uprawnioną do świadczenia usług gwarancyjnych wyrobów Producenta Regula Baltija Ltd. z siedzibą na Łotwie,
- b) wybrany wykonawca nie zwrócił się do Odwołującego, będącego wyłącznym dystrybutorem na rynku polskim, do dnia otwarcia ofert z zapytaniem ofertowym i oferty na urządzenia Regula 1025 i Regula 7034M.111 nie otrzymał,
- c) przeciwko byłemu pracownikowi Odwołującego aktualnie zatrudnionemu u wybranego wykonawcy, w Prokuraturze Rejonowej Praga Południe toczy się postępowania na okoliczność podejrzenia popełnienia przez niego przestępstwa, polegającego na bezprawnym wykorzystaniu dokumentacji i informacji pozyskanych od byłego pracodawcy,
- d) urządzenie Regula 7034M.111 z FULL SDK wymaga dostępu do licencji udzielanej wyłącznie przez Producenta, który takiej licencji nie udzieli wybranemu wykonawcy, ani końcowemu użytkownikowi, jeżeli firma ta podejmie próbę nabycia i sprzedaży urządzeń Regula z pominięciem ustalonej na danym terenie (terytorium RP) ścieżki handlowej,
- e) jedyny sposób nabycia oferowanych przez Producenta urządzeń na terytorium Polski może nastąpić wyłącznie za pośrednictwem Odwołującego. Żaden z dystrybutorów posiadających wyłączność na terenie innego kraju UE nie dokona sprzedaży urządzeń, które mogą zostać sprzedane w Polsce, chyba że zostanie wprowadzony przez kupującego w błąd,

f) producent nie udzielił na przedmiotowe urządzenia 5-letniej gwarancji.

Do ww. pisma Odwołujący załączył oświadczenie producenta z dnia 16 czerwca 2020 r., w którym producent urządzeń Regula 1025 oraz Regula 7034M.111 oświadczył, że:

1. wyłącznym dystrybutorem uprawnionym do sprzedaży oraz świadczenia gwarancyjnych i pogwarancyjnych usług serwisowych urządzeń pod marką Regula na rynku polskim jest Odwołujący;
2. dnia 10.06.2020 r. p. T. L. w imieniu TRANSACTOR Security Sp. z o.o. zwrócił się do firmy Regula Ltd (Białoruś) z prośbą o ofertę na dostawę ww. urządzeń i tego samego dnia został przekierowany do firmy Korporacja Wschód Sp. z o.o. jako właściwego adresata zapytania ofertowego;
3. firma Regula nie udzieliła w roku bieżącym 5-letniej gwarancji na ww. urządzenia. Taki okres gwarancji wymaga decyzji na poziomie Zarządu Producenta.

Pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że:

- a) wybrany wykonawca dnia 19.06.2020 r. wystąpił do Odwołującego z zapytaniem ofertowym na przedmiotowe urządzenia producenta,
- b) Odwołujący, wskazując na konflikt interesów, fakt złożenia zapytania po terminie otwarcia ofert i złożenia oferty do Zamawiającego bez posiadanej ważnej oferty handlowej odmówił wybranemu wykonawcy złożenia oferty,
- c) Odwołujący poinformował wybranego wykonawcę, że składając ofertę naruszył art. 66 § 1 KC oraz art. 24 ust. 1 pkt 12,16 i 17 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo producenta urządzeń z dnia 16 czerwca 2020 r., w którym wskazano, że:

- a) urządzenia wytwarzane przez producenta są urządzeniami specjalnego przeznaczenia, które nie są dostępne na wolnym rynku,
- b) biorąc pod uwagę aspekty bezpieczeństwa i zapobiegając możliwości zakupu produktów Regula Baltija Ltd. Przez grupy przestępcze, obowiązuje zasad „Poznaj swojego klienta: (Know Your Client)”, która wymaga zgłoszenia końcowego użytkownika na etapie zamawiania urządzeń Regula przez partnera handlowego. Bez otrzymania takiej deklaracji dostawa produktów firmy Regula nie jest możliwa,
- c) ważnym aspektem jest gwarancja - gwarancja na sprzęt jest ważna tylko w kraju, do którego producent dostarczył sprzęt. W przypadku, gdy Transactor Security Sp. z o.o., korzystając z różnych nielegalnych sposobów, nabędzie produkty Regula w innym kraju UE i będzie próbował sprzedać je w Polsce, taki sprzęt automatycznie traci gwarancję producenta.

Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w związku z pismem Odwołującego, który zarzucał, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ m.in. w następującym zakresie:

1. braku możliwości zaoferowania Zamawiającemu urządzeń Regula 1025 oraz Regula 7034M.111, z uwagi na stosowany przez producentów ww. urządzeń system ich dystrybucji oraz braku możliwości zaoferowania wymaganej przez Zamawiającego gwarancji na ww. urządzenia;
2. zaoferowania urządzenia Projectina Spectra Pro, które wg innego uczestnika postępowania nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganych filtrów.

Pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. Przystępujący wyjaśnił w szczególności, że:

- a) urządzenia Regula 1025 oraz Regula 7034M.111 oraz wskazany w ofercie okres gwarancji oferuje zgodnie z prawem,
- b) urządzenie Projectina Spectra Pro spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganych filtrów,
- c) Odwołujący zredagował swoje zarzuty w taki sposób, by Zamawiający odniósł mylne wrażenie co do rzeczywistego stanu rzeczy w zakresie dystrybucji urządzeń Regula i parametrów technicznych Projectina Spectra Pro,
- d) oświadczenie spółki Regula Baltija Ltd o tym, że Odwołujący jest jedynym dystrybutorem

uprawnionym do sprzedaży oraz świadczenia usług gwarancyjnych i pogwarancyjnych na rynku polskim nie oznacza wcale braku możliwości oferowania tych produktów przez innych wykonawców,

e) z oświadczeń przedstawionych przez Odwołującego nie wynika jaki jest zakres przedmiotowej umowy dystrybucyjnej, wykonawca przedstawia oświadczenia, jednak nie przedkłada samej umowy, która mogłaby wyjaśnić rzeczywisty zakres wyłączności,

f) wybrany wykonawca wskazał, iż skorzystał z tzw. kanału pasywnego, zwracając się do innego dystrybutora urządzeń Regula o przedstawienie oferty na sprzedaż takich urządzeń i ofertę taką otrzymał, co nie narusza przepisów prawa. Wykonawca uzyskał również ofertę w zakresie gwarancji.,

g) odnosząc się do informacji w zakresie gwarancji wskazujemy również, że żadne postanowienie SIWZ, w tym umowy nie wymaga gwarancji producenta urządzenia, w związku z tym ewentualne rozważania w tym zakresie nie mają znaczenia dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ,

h) w zakresie urządzenia Projectina Spectra Pro potwierdził, że urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający wymaga wyposażenia urządzenia w przynajmniej 12 filtrów z zakresu co najmniej 570 - 850 nm. Zaoferowane filtry wykraczają nawet poza wspomniany zakres. Warunek oraz specyfikacja funkcjonalno - użytkowa jest spełniona.

W dniu 29 czerwca 2020 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Przystępującego. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, Zamawiający oświadczył, iż uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (niezawartego w petitum odwołania, lecz w jego uzasadnieniu) w zakresie jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła braku opisanego przez wykonawcę TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w formularzu oferty zestawu komputerowego oraz współdziałającej drukarki kolorowej. Mając na uwadze złożone przez Zamawiającego oświadczenie oraz wobec braku sprzeciwu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w ww. zakresie podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

W świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, 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. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać

na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, że zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp warunkujące wykluczenie wykonawcy TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu za wyrokiem Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 1613/18) podnieść należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, nie zaś reklamacyjnym, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. Tym samym w ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) - tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09. Charakter postępowania (kontradyktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Izba wskazuje, iż całokształt okoliczności niniejszej sprawy, w tym przedłożone przez Odwołującego dowody nie były wystarczające dla uznania, iż Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie mógł w sposób zgodny z prawem uzyskać ofertę od innego dystrybutora urządzeń producenta Regula prowadzącego działalność na terenie innego niż Polska kraju UE i zobowiązać się do ich sprzedaży polskiemu Zamawiającemu. Stanowiska Odwołującego nie potwierdzają przedłożone oświadczenia producenta z dnia 16 czerwca 2020 r., ponieważ nie odnoszą się one do polityki dystrybucyjnej producenta prowadzonej na terenie innych krajów europejskich. Okoliczność, iż Odwołujący jest wyłącznym dystrybutorem uprawnionym do sprzedaży oraz świadczeń gwarancyjnych i pogwarancyjnych urządzeń producenta Regula na rynku polskim, co nie było podważane przez przeciwników procesowych Odwołującego, oraz że zamawiane urządzenia to produkty o specjalnym przeznaczeniu, nie przesądzają że urządzeń tych nie można nabyć w innym kraju europejskim i dostarczyć na rynek polski, a bynajmniej okoliczność ta nie została przez Odwołującego wykazana. Innymi słowy, Odwołujący nie wykazał, by dystrybutorzy urządzeń producenta Regula na terenie innych państw europejskich, po pierwsze, posiadali terytorialne ograniczenia w zakresie sprzedaży urządzeń Regula, a po drugie, by ograniczenia te uniemożliwiały nabycie produktu u konkurencyjnego dystrybutora względem dystrybutora działającego na terenie Polski.

Co więcej, Odwołujący nie przedstawił umowy dystrybucyjnej łączącej go z producentem Regula, przez co nie można było dokonać jej oceny, w tym zakresu wyłączności. Powyższe uniemożliwiło zweryfikowanie stanowiska Odwołującego, który w treści odwołania wskazał, że „na terenie Polski nie można nabyć urządzeń Regula Baltija od innego podmiotu niż Odwołujący, jak również Odwołujący nie może sprzedawać urządzeń tego Producenta na teren inny niż Polska, nawet jeśli otrzyma takie zapytanie ofertowe.”

Ponadto Odwołujący nie odniósł się do kwestii sprzedaży aktywnej i pasywnej w kontekście umów o dystrybucji wyłącznej, na którą zwracał uwagę Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 23 czerwca 2020 r., co też ma istotnie znaczenie przy analizowaniu dopuszczalności zakresu zawartej umowy dystrybucyjnej. Jak wskazał w ww. piśmie Przystępujący umowa dystrybucji wyłącznej jest dopuszczalna, o ile dotyczy sprzedaży aktywnej, a nie pasywnej. Zgodnie natomiast z definicją zawartą w „Wytocznych w sprawie ograniczeń wertykalnych” przyjętych przez Komisję Europejską (Dz. Urz. UE 2010/C 130/1),

sprzedaż „aktywna” oznacza nawiązywanie kontaktów z poszczególnymi klientami poprzez - na przykład - bezpośrednie listy, w tym wysyłanie niezamawianych wiadomości pocztą elektroniczną, lub wizyty lub aktywne kontakty z konkretną grupą klientów lub klientami na konkretnym terytorium za pośrednictwem reklam w mediach, w Internecie lub innych promocji specjalnie ukierunkowanych na tę grupę klientów lub na klientów na tym terenie. (...) Z kolei sprzedaż „bierna” oznacza odpowiadanie na niezamówione wnioski ze strony klientów indywidualnych, w tym dostawę towarów lub usług takim klientom. Ogólne reklamy lub promocja, które docierają do klientów na (wyłącznych) terytoriach lub należących do grup przydzielonych innym dystrybutorom, lecz będące odpowiednim sposobem docierania do klientów poza tymi terytoriami lub grupami, np. do klientów na własnym terytorium, stanowią sprzedaż bierną. Reklamy i promocje ogólne uważa się za odpowiedni sposób dotarcia do takich klientów, jeśli dla nabywcy poczynienie takich inwestycji byłoby atrakcyjne, również jeśli nie dotarłyby one do klientów w ramach terytoriów lub grup klientów należących (wyłącznie) do innych dystrybutorów. Ponadto jak wskazuje się w piśmiennictwie, przy sprzedaży pasywnej, dystrybutor musi zachować możliwość odpowiadania na zamówienia spoza jego obszaru złożone przez klientów, do których nie kierował ofert, reklam itp. Na skorzystanie z kanału pasywnego przy nabyciu urządzeń Regula powoływał się właśnie Przystępujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Tym samym zadaniem Odwołującego, było podważenie możliwości skorzystania z nabycia urządzeń producenta Reguli w ww. sposób, czemu Odwołujący - zdaniem Izby - nie sprostał.

Izba za głosowne uznała twierdzenia Odwołującego, który podnosił, że producent dostosowuje oprogramowanie sprzętu do danych wymogów terytorialnych, dlatego wyznacza jednego partnera handlowego, który dba o to, aby sprzęt nie trafił do rąk osób nieuprawnionych. Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do twierdzeń odwołującego się Wykonawcy, który wskazywał, że dostarczane dla polskich instytucji odpowiedzialnych za bezpieczeństwo obywateli i państwa, czytniki dokumentów powinny być zintegrowane z niedostępnymi dla dostawcy urządzeń systemami informatycznymi takimi np. jak „Granica” czy „Pobyt”. Na powyższą okoliczność Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu. Odwołujący nie wskazał również, z którego postanowienia SIMZ wynikał obowiązek zintegrowania czytników z ww. systemami informatycznymi.

Słusznie również zwrócił uwagę Zamawiający, iż stanowiska Odwołującego nie potwierdza stosowana przez producenta zasada „Poznaj swojego klienta”, która wymaga zgłoszenia końcowego użytkownika na etapie zamawiania urządzeń Regula przez partnera handlowego (bez której dostawa produktów nie jest możliwa - zgodnie z oświadczeniem producenta), nie zaś na etapie składania oferty Zamawiającemu.

Następnie Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał, by złożone przez Przystępującego oświadczenie, jakoby firma Regula Baltija Ltd. z siedzibą na Łotwie nie była producentem przedmiotowych urządzeń, a jedynie ich dystrybutorem na rynek UE, podczas gdy faktycznym producentem jest firma Regula Ltd. z siedzibą na Białorusi - stanowiło informację nieprawdziwą mogącą mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Wskazać należy, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania w ofertach podchodzenia producenta. Ponadto należy zważyć na pełną treść oświadczenia złożonego przez Przystępującego, który odwołał się do posiadanej wiedzy: „Ponadto według naszej wiedzy prawdziwym producentem tych urządzeń jest firma Regula Ltd. Z siedzibą na Białorusi przy ul. Kozłova Lane 29, 220037 Belarus. Oddział Regula Baltija jest tylko dystrybutorem tych urządzeń w Unii Europejskiej i jako taki nie prowadzi produkcji, lecz importuje urządzenia z Białorusi oznaczając swoją marką. Rzeczą powszechnie znaną jest fakt, że urządzenia tego producenta kilka lat temu były importowane bezpośrednio z Białorusi”.

Izba nie podzieliła również stanowiska wielokrotnie akcentowanego przez Odwołującego, iż Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom wykonawcy TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na ich poparcie. Izba wskazuje, iż w świetle art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, zamawiający w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Tym samym treść ww. przepisu nie upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawcy stosownych dowodów celem potwierdzenia złożonych wyjaśnień.

Ponadto Odwołujący błędnie interpretował wyrok Izby sygn. akt: KIO 27/20 przywołany w uzasadnieniu odwołaniu wywodząc z niego korzystne dla siebie wnioski. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, dowody „spoza dokumentacji postępowania”, o których mowa w ww. wyroku, to dowody które przedstawił odwołujący się wykonawca w ww. sprawie celem wykazania odmienności rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie przystępującego. Tym samym nieprawidłowe były wnioski Odwołującego, iż to Przystępujący TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. winien przedstawić Zamawiającemu, oprócz własnego oświadczenia, stosowny dowód spoza dokumentacji, w tym ofertę na zakup urządzeń Regula, czy dokumenty potwierdzające możliwość nabycia

oferowanego sprzętu z 60 - miesięczną gwarancją.

Odnosnie kwestii gwarancji Izba wskazuje, że podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, który wskazał, żaden przepis prawa, a tym bardziej postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymagają, aby gwarantem był producent urządzeń. Dostrzec należy, iż Odwołujący nie wskazał w odwołaniu postanowienia SIWZ, z którego wynikałoby wymaganie udzielenia gwarancji przez producenta urządzeń. Z uwagi na powyższe za nieuzasadnione należało uznać stanowisko Odwołującego, który twierdził, że nie ma możliwości udzielenia 60-miesięcznej gwarancji na dostarczane urządzenia producenta Regula, gdyż decyzja w tym zakresie podejmowana jest przez Zarząd, który w tym roku nie udzielił 5-letniej gwarancji na ww. urządzenia.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Izba uznała, iż inicjatywa dowodowa podjęta przez Odwołującego była niewystarczająca dla stwierdzenia, iż wykonawca TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - podniesiony w uzasadnieniu odwołania.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16).

Za nieuzasadnione Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący świadomie zmienił treść wymagania Zamawiającego w zakresie parametrów dotyczących zestawu filtrów komparatora wideospektralnego stacjonarnego, co też miało potwierdzać wprowadzenie Zamawiającego w błąd oraz skutkowało uznaniem oferty Przystępującego za spełniającą wymagania SIWZ i w rezultacie wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia komparator wideospektralny stacjonarny miał posiadać zestaw przynajmniej 12 filtrów na kamerze z zakresu co najmniej od 570 do 850 nm oraz filtr szerokopasmowy z zakresem co najmniej od 380 do 700 nm. Nie polega na prawdzie zatem twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający wymagał, by urządzenie posiadało zestaw min. 12 filtrów na kamerze z zakresu od 570 do 1000 nm o kolejnych progach 570, 590, 610, 630, 645, 665, 695, 715, 735, 780, 850 i 1000 nm oraz filtr szerokopasmowy 400 - 740 nm.

Jak wynika z kolei z oświadczenia producenta ww. urządzeń Projectina AG przedłożonego przez Przystępującego „model systemu badania dokumentów SPECTRA PRO wyposażony jest w następujące filtry: 530, 550, 570, 590, 610, 630, 645, 665, 695, 715, 735, 760, 780, 810, 900 i 1000 nm, a także filtr UV-Pass i IR.” Mając na uwadze zatem, że Zamawiający określił w SIWZ minimalną ilość filtrów (przynajmniej 12) oraz ich minimalny zakres (co najmniej od 570 do 850 nm) oraz, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenie posiada 16 filtrów o szerszym zakresie niż wymagany przez Zamawiającego zarówno jeśli chodzi o dolną jak i górną granicę, to nie sposób stwierdzić, iż nie spełnia ono wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ oraz że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie parametrów oferowanego urządzenia.

Przechodząc następnie do ww. zarzutu w zakresie jakim dotyczył on braku podania przez Przystępującego w formularzu oferty nazwy podręcznego urządzenia do weryfikacji autentyczności dokumentów (lupa ze światłem białym i UV 365, UV 313, UV 254, światło retrorefleksyjne 3M, światło AS) oraz braku wskazania nazwy i modelu czytnika dokumentów niewielkich rozmiarów Izba wskazuje, że sporządzona przez Odwołującego w treści odwołania tabelka nie odpowiadała tej przygotowanej przez Zamawiającego w SIWZ.

Następnie wskazać należy, iż pod tabelą zawartą w formularzu oferty Zamawiający

podał, że brak wskazania nazwy, modelu, typu, itp. dostarczanego urządzenia spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, iż katalog informacji podanych przez wykonawcę celem skonkretyzowania zaoferowanych urządzeń był otwarty, podany przykładowo na co wskazuje zwrot „itp.”. Nie jest zatem tak, że obowiązkiem wykonawcy wynikającym z SIWZ było wskazanie w odniesieniu do każdego z trzech urządzeń objętych przedmiotem zamówienia nazwy, modelu i typu oferowanego sprzętu.

Przechodząc do zarzucanego przez Odwołującego braku podania przez Przystępującego w ofercie nazwy urządzenia Regula 1025 Izba zauważa, iż Odwołujący pod określeniem „nazwa” rozumiał „kompaktowe urządzenie do kontroli dokumentów”. Odwołujący nie twierdził przy tym, że urządzenie Regula 1025 zaoferowane przez Przystępującego nie jest podręcznym urządzeniem do weryfikacji autentyczności dokumentów (sam zresztą zaoferował urządzenie Regula 1025.01), a jedynie wskazywał, iż Przystępujący zaniechał podania nazwy urządzenia. Odwołujący nie twierdził również, że wskazanie urządzenia Regula 1025 nie stanowi skonkretyzowania treści oferty. Izba wskazuje, iż w świetle tabeli sporządzonej przez Zamawiającego w formularzu oferty, uzupełnionej przez Przystępującego w wierszu drugim o treść „Regula 1025” nie było wątpliwości, że urządzenie to stanowi „Podręczne urządzenie do weryfikacji autentyczności dokumentów (lupa ze światłem białym i UV 365, UV 313, UV 254, światło retrorefleksyjne 3M, światło AS)”. Wskazać należy, iż treść oferty składanej przez wykonawcę należy czytać całościowo i tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie w zakresie zarzucanego przez Odwołującego braku podania nazwy czytnika dokumentów niewielkich rozmiarów. W zakresie przedmiotowego urządzenia Przystępujący wskazał, iż oferuje urządzenie Regula 7034.M.111 - z kolei Odwołujący zarzucał brak podania nazwy, modelu i licencji urządzenia. Odnośnie zaniechania podania przez Przystępującego licencji w zakresie czytnika dokumentów niewielkich rozmiarów Izba wskazuje, że Odwołujący nie wskazał z czego wywiódł, iż obowiązkiem wykonawcy w świetle postanowień SIWZ było podanie licencji oferowanego urządzenia, przez co stanowisko Odwołującego należało uznać za nieuzasadnione.

Co się z kolei tyczy braku podania modelu urządzenia Regula 7034.M.111 Izba wskazuje, iż po pierwsze jak już podano powyżej, nie było obowiązku w świetle wymogów SIWZ podania wszystkich elementów oferowanego urządzenia, tj. modelu, typu i nazwy. Po drugie, z postanowień SIWZ nie wynika, co należało rozumieć pod pojęciem „typ” i „model” urządzenia. Po trzecie, kluczowe - Odwołujący wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał, że producent sprzętu posługuje się nomenklaturą „typ” i „model” oraz rozróżnia modele i typy urządzenia. Dalej Izba wskazuje, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że w odniesieniu do urządzenia Regula 7034.M.111 występuje kilka modeli urządzenia, które różnią się posiadanymi funkcjonalnościami. Twierdzenia Odwołującego, iż dostępnych jest kilka modeli urządzenia Regula 7034.M.111 oraz że urządzenie Regula 7034.M.111 stanowi wersję podstawową należało uznać za gołosłowne. Z kolei Przystępujący, przedłożył ulotkę urządzenia „czytnik dokumentów REGULA seria 70XM” dostępną na stronie internetowej Odwołującego, z której wynika, że modelem urządzenia jest „7034M.111”. Ponadto z rzeczony ulotki wynika, że SDK, które Odwołujący utożsamiał właśnie z modelem ww. urządzenia stanowi „Dodatkową funkcję”, a nie model. Wobec braku kontr dowodów ze strony Odwołującego, stanowisko odwołującego się Wykonawcy nie mogło zyskać aprobaty Izby.

W końcu odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego niespełniania wymogów SIWZ przez urządzenie Regula 7034.M.111 z uwagi na brak FULL SDK Izba stwierdza, iż stanowisko Odwołującego w ww. zakresie wykraczało poza granice zarzutu wyznaczone treścią odwołania, tym samym w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogło być przedmiotem rozpoznania Izby. Stanowiska Odwołującego nie można wywieść z ogólnego stwierdzenia, że „zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań Zamawiającego”. Odwołujący nie wskazał w treści odwołania, które z wymagań określonych w specyfikacji miał na względzie. Dopiero w toku rozprawy przed Izbą Wykonawca wskazał na konkretne postanowienia specyfikacji dotyczące: „wspierane aplikacje”, „obszary dokumenty wykorzystywane do weryfikacji krzyżowej danych”, „weryfikacja autentyczności”.

Mając na względzie powyższe okoliczności - zdaniem Izby - brak było podstaw do uznania oferty złożonej przez Przystępującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba wskazuje, że brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Tym samym jak wynika z powyższego przepisu, dla zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, łącznie muszą zostać spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu (tak KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 929/18).

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie mógł mieć zastosowania w stanie faktycznym rozpoznawanej przez Izbę sprawy, ponieważ podnoszone przez Odwołującego okoliczności faktyczne mające potwierdzać złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. nie dotyczyły sytuacji podmiotowej wykonawcy.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy pomimo, iż wykonawca TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. nie mógł wiarygodnie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Wskazać należy, iż warunki udziału w postępowaniu określa art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, których konkretyzacja następuje przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Izba wskazuje, że z treści odwołania nie wynika, by Odwołujący kwestionował spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Odwołujący nie podważał treści złożonych przez Przystępującego oświadczeń i dokumentów w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Izba wskazuje, że Odwołujący myli warunki udziału w postępowaniu w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 22 ust. 1b ustawy Pzp), z warunkami dotyczącymi przedmiotu zamówienia, czyli parametrów zamawianych urządzeń, sprzętów określonych w opisie przedmiotu zamówienia, które jedynie w potocznym znaczeniu można nazwać warunkami postępowania.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania był niezasadny.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę pomimo tego, że powinien on być wykluczony z postępowania.

Izba wskazuje, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w jednoetapowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ww. regulacja prawna określa bowiem skutki prawne złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert (tak KIO w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 705/17). W trybie jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony, w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, właściwy jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w ww. zakresie ograniczył się jedynie do postawienia zarzutu w petitum odwołania nie przedstawiając, w jego uzasadnieniu, żadnego wywodu merytorycznego. Mając na uwadze wymogi konstrukcyjne odwołania zawarte w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) Izba uznała, że powyższy zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Zamieszczone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Lektura odwołania prowadzi do wniosku, iż Odwołujący nie skonkretyzował na czym w jego ocenie miał polegać czyn nieuczciwej konkurencji, którego popełnienie zarzucał Przystępującemu. Nie jest rolą Izby domyślanie się z całościowego kontekstu odwołania, w czym Odwołujący upatrywał czynu nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe podniesiony przez Odwołującego ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy TRANSACTOR SECURITY Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sposób niegodny z ustawą Pzp i SIWZ.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 3 600 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonego do akt rachunku.

Przewodniczący: