Sygn. akt: KIO 650/22

WYROK

z dnia 22 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2022 r. przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.Pl P. S.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4.

2. Umarza postępowanie odwoławcze w części w zakresie zarzutu nr 3 w odniesieniu do następujących funkcjonalności: kasowanie pracy niewydrukowanej; funkcjonalność druku podążającego; wysłanie bezpośrednio z pulpitu urządzenia informacji o niepoprawnym działaniu urządzenia; wysyłanie informacji skanu dokumentu, co do którego są zastrzeżenia jakościowe oraz brak limitów na ilość użytkowników i możliwość działania na wszystkich dostarczonych urządzeniach typu A i B. W pozostałym zakresie zarzutu nr 3 oddala odwołanie

3. Uwzględnia odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, poprawienie oferty odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaokrąglenie cen jednostkowych, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.Pl P. S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznanie za bezskutecznie zastrzeżone następujących dokumentów złożonych przez wykonawcę P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.Pl P. S.: niejawnej części wykazu usług wraz z dokumentami złożonymi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 650/22

Uzasadnienie

Zamawiający Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wdrożenie centralnego Systemu Wydruku wraz z pełną obsługą serwisową" (numer referencyjny: BDG-V.2611.57.2021.KK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 grudnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 251-667336.

I. W dniu 7 marca 2022 r. wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1) czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania,

2) zaniechania poprawienia oferty odwołującego, w trybie poprawienia innej omyłki

polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,

3) czynności wyboru oferty wykonawcy P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.Pl P. S. (dalej także jako: „wykonawca Copy") jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

4) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Copy jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

5) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Copy, pomimo że wykonawca ten nie złożył, będąc uprzednio wezwanym do uzupełnienia dokumentów, odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego, innego niż certyfikat ISO 9001, potwierdzającego zgodność z wymaganiami Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ"),

6) zaniechania wezwania wykonawcy Copy do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie złożył dokumentów i oświadczeń, które w swej treści potwierdzałyby spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

7) zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego jawnej dokumentacji postępowania, która nie została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Copy,

8) z daleko posuniętej ostrożności - zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy zamawiający winien poprawić ofertę odwołującego, uznając, że doszło do innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty [Zarzut #1];

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Copy jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo że wykonawca Copy będąc uprzednio wezwanym do uzupełnienia certyfikatu ISO 9001 nie spełnił wymagań z SWZ dla złożenia tzw. odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego innego niż certyfikat ISO 9001, nadto złożył oświadczenie QUBE Technologies Sp. z o.o. (dalej: „QUBE"), które nie może być uznane jako potwierdzające spełnienie wymagań określonych w OPZ [Zarzut #2];

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Copy jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy oferowane przez wykonawcę Copy oprogramowanie producenta QUBE Technologies Sp. z o.o. o nazwie Q-vision w wersji 4.0. nie spełnia następujących wymogów z OPZ:

a) Rozdział III: Opis funkcjonalny centralnego Systemu Wydruku, Punkt 1: Oprogramowanie autoryzujące wraz z modułem raportowym musi: pkt 1.11 kasować pracę niewydrukowaną, przerwaną itp. po zadanym czasie, po nieudanej próbie wydruku na urządzeniu (np. z powodu braku papieru lub materiałów eksploatacyjnych). Po usunięciu awarii urządzenia m.in. w postaci zacięcia papieru czy braku materiałów eksploatacyjnych urządzenie ma nie wznawiać/kontynuować wydruku tylko usuwać pracę z kolejki, tak by po usunięciu awarii z Urządzenia mogli korzystać inni użytkownicy,

b) Rozdział III: Opis funkcjonalny centralnego Systemu Wydruku, Punkt 1: Oprogramowanie autoryzujące wraz z modułem raportowym musi: pkt 1.14 archiwizować i umożliwiać podgląd prac wydrukowanych. Możliwość włączenia i wyłączenia archiwizacji dla wszystkich użytkowników Systemu CW. Możliwość włączenia i wyłączenia archiwizacji dla wszystkich urządzeń podłączonych do Systemu,

c) Rozdział III: Opis funkcjonalny centralnego Systemu Wydruku, Punkt 1: Oprogramowanie autoryzujące wraz z modułem raportowym musi: pkt 1.20 posiadać funkcjonalność wydruku podążającego, tj. umożliwiać odbieranie druku na żądanie w ramach jednej lokalizacji, na urządzeniach skonfigurowanych w grupie o parametrach zgodnych z charakterystyką danego wydruku (kolorowy, czarno-biały, jednostronicowy bądź duplex),

d) Rozdział III: Opis funkcjonalny centralnego Systemu Wydruku, Punkt 1: Oprogramowanie autoryzujące wraz z modułem raportowym musi: pkt 1.33 posiadać możliwość definiowania reguł dotyczących procesu drukowania takich jak np.: b) dodawanie znaków wodnych dla poszczególnych rodzajów wydruków w systemie,

e) Rozdział III: Opis funkcjonalny centralnego Systemu Wydruku, Punkt 2: Oprogramowanie do zdalnej konfiguracji, diagnostyki urządzeń

wielofunkcyjnych i kontroli kosztów: pkt 2.1 - System powinien wspierać protokół SNMP w wersji obsługującej uwierzytelnianie oraz szyfrowaną komunikację,

f) Rozdział III: Opis funkcjonalny centralnego Systemu Wydruku, Punkt 2: Oprogramowanie do zdalnej konfiguracji, diagnostyki urządzeń wielofunkcyjnych i kontroli kosztów: pkt 2.9 - System powinien pozwalać zalogowanemu na urządzeniu typu A i B użytkownikowi na wysłanie bezpośrednio z pulpitu urządzenia informacji o niepoprawnym działaniu urządzenia, problemach z jakością wydruków/kopii, oraz innych, które nie mogą być raportowane automatycznie poprzez SNMP. Informacje te muszą być dostępne w postaci gotowej listy potencjalnych usterek z możliwością wyboru przez użytkownika,

g) Rozdział III: Opis funkcjonalny centralnego Systemu Wydruku, Punkt 2: Oprogramowanie do zdalnej konfiguracji, diagnostyki urządzeń wielofunkcyjnych i kontroli kosztów: pkt 2.10 - W przypadku usterki polegającej na złej jakości kopii/wydruków system musi pozwalać na załączenie do wysyłanej informacji skanu dokumentu, co do którego są zastrzeżenia jakościowe. Wygenerowany w ten sposób alert musi zawierać dodatkowe informacje uzupełnione automatycznie przez system w postaci: numeru seryjnego urządzenia, daty, godziny oraz informacji o użytkowniku dokonującym zgłoszenia,

h) Rozdział III: Opis funkcjonalny centralnego Systemu Wydruku, Punt 3 - Oprogramowanie do przetwarzania dokumentów tekstowych do postaci elektronicznej OCR: pkt 3.6 - OCR nie może posiadać limitów na ilość

użytkowników i powinien działać na wszystkich dostarczonych urządzeniach typu A i B. OCR powinno umożliwiać pozyskiwanie treści z plików przesłanych za pomocą poczty elektronicznej. System powinien obsługiwać przetwarzanie dokumentów na formaty pdf (edytowalny) doc lub docx, xls lub xlsx. Przykładowo wysyłając załącznik na adres:

- użytkownik otrzyma zwrotny mail z dokumentem pdf (przeszukiwalnym),

- użytkownik otrzyma zwrotny mail z dokumentem w Wordzie,

- użytkownik otrzyma zwrotny mail z dokumentem w Excelu. [Zarzut #3];

4. art. 128 ust. 1, 4 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. § 9 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Pracy, Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Copy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wezwania do ich wyjaśnienia, podczas gdy wykonawca Copy przedłożył referencję dot. zamówienia realizowanego dla IMGW-PIB oraz oświadczenie własne, które nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia w zakresie wskazanym w pkt 5.2.4 SWZ warunku udziału w postępowaniu [Zarzut #4];

5. art. 118 ust. 2, 4 ustawy Pzp oraz art. 128 ust.1, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień oraz poprawienia lub uzupełnienia złożonego przez wykonawcę Copy dokumentu JEDZ oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów złożonego przez podmiot udostępniający zasoby Xerox Polska sp. z o.o. (dalej: „Xerox"), podczas gdy wykonawca Copy zarówno w formularzu ofertowym, jak i w złożonym własnym JEDZ nie wskazał, że zamierza realizować zamówienie w oparciu o podwykonawców, zaś zobowiązanie Xerox do udostępnienia zasobów wykonawcy Copy, pomimo że wskazuje na stosunek podwykonawstwa, nie wskazuje jaką część zamówienia będzie realizował Xerox, w związku z udostępnionym zasobem, co wskazuje na pozorne udostępnienie zasobu [Zarzut #5];

6. art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2020 r. poz. 1913 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów postępowania, tj. pełnej treści Wykazu usług i referencji, o których przekazanie wnioskował odwołujący, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę Copy jako tajemnica przedsiębiorstwa [Zarzut #6].

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Copy jako najkorzystniejszej,

- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

- jedynie w przypadku niepotwierdzenia się zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty

wykonawcy Copy z postępowania - wezwania wykonawcy Copy do złożenia wyjaśnień, uzupełnienia lub poprawienia złożonych dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- odtajnienia i udostępnienia odwołującemu niejawnej części Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług,

- z daleko posuniętej ostrożności - unieważnienia postępowania, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dot. bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego z postępowania.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 marca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.Pl P. S.. Stanowisko w sprawie wykonawca Copy przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 21 marca 2022 r. Wykonawca Copy uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy zamawiający winien poprawić ofertę odwołującego, uznając, że doszło do innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty [Zarzut #1].

Izba uznała zarzut za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby w stosunku do oferty odwołującego powinien znaleźć zastosowanie przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Należy wskazać, że niezgodność oferty odwołującego z dokumentami zamówienia nie ma istotnego charakteru. Polega na braku zaokrąglenia cen jednostkowych podanych w pozycji 4 oraz 5 tabeli zawartej w formularzu ofertowym (koszt wykonania przez Zamawiającego jednej strony kopii/wydruku czarno-białej A4 oraz koszt wykonania przez Zamawiającego jednej strony kopii/wydruku kolorowej A4") do (maksymalnie) dwóch miejsc po przecinku. Jest oczywiste, że zaistnienie ww. niezgodności nie było zamierzone ze strony odwołującego. Niezgodność ta nie ma charakteru nieusuwalnego. Poprawienia oferty odwołującego może dokonać samodzielnie zamawiający. W konsekwencji tego zmianie ulegnie całkowita cena oferty odwołującego. Jednakże istotne jest to, że poprawienie tej niezgodności nie ma wpływu na pozycję oferty odwołującego w klasyfikacji punktowej ofert (z obecną ceną, przy założeniu nieodrzucenia oferty odwołującego oraz z ceną po zmianie).

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Copy jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo że wykonawca Copy będąc uprzednio wezwanym do uzupełnienia certyfikatu ISO 9001 nie spełnił wymagań z SWZ

dla złożenia tzw. odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego innego niż certyfikat ISO 9001, nadto złożył oświadczenie QUBE Technologies Sp. z o.o. (dalej: „QUBE"), które nie może być uznane jako potwierdzające spełnienie wymagań określonych w OPZ [Zarzut #2].

Izba uznała zarzut za zasadny.

W SWZ (pkt 8.11.6) zamawiający postawił m.in. wymóg złożenia przez wykonawców wraz z ofertą, dla potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w OPZ, certyfikatu ISO 9001 dla autoryzowanego serwisu wykonawcy w zakresie min. jakości na projektowanie i wdrażanie rozwiązań informatycznych oraz świadczenie usług serwisowych w zakresie zgodnym z zakresem postępowania. Zamawiający przewidział możliwość złożenia certyfikatów wydanych przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Zamawiający przewidział również możliwość złożenia odpowiednich środków dowodowych, innych niż certyfikat ISO 9001, w szczególności dokumentacji technicznej producenta, jednakże w przypadku spełnienia łącznie dwóch warunków, tj.: 1) wykonawca nie ma dostępu do certyfikatu, ani możliwości jego uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany temu wykonawcy, oraz 2) wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego usługi spełniają wymagania i cechy lub określone w OPZ lub wymagania związane z realizacją zamówienia. Okolicznością bezsporną było, że wykonawca Copy nie złożył wraz z ofertą ani w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 31 stycznia 2022 r. certyfikatu ISO 9001 w zakresie projektowania i wdrażania rozwiązań informatycznych. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca Copy złożył oświadczenie własne z dnia 4 lutego 2022 r., oświadczenie Xerox, oświadczenie Qube oraz certyfikat ISO dla Xerox. Jak jednej wynika z treści SWZ złożenie przedmiotowego środka dowodowego innego niż certyfikat ISO 9001 dopuszczalne było w przypadku łącznego spełnienia określonych przez zamawiającego warunków. Izba za słuszne uznała stanowisko odwołującego, że w odniesieniu do wykonawcy Copy nie zaistniała możliwość złożenia przedmiotowego środka dowodowego innego niż certyfikat ISO 9001. Wykonawca Copy w żaden sposób nie wykazał, aby brak możliwości złożenia certyfikatu ISO 9001 nie mógł być mu przypisany. Okoliczność złożenia tego certyfikatu w postępowaniu odwoławczym wręcz potwierdza odwrotny stan rzeczy, tj. że brak możliwości złożenia certyfikatu w wymaganym przez zamawiającego terminie był spowodowany niezłożeniem przez wykonawcę Copy wniosku o wydanie ww. certyfikatu w odpowiednim terminie. Co istotne, z odpowiedzi na odwołanie wynika, że podobne stanowisko przyjął zamawiający, jednakże spełnienie przez wykonawcę Copy wymagania określonego w pkt 8.11.6 SWZ w zakresie projektowania i wdrażania rozwiązań informatycznych upatrywał w fakcie złożenia certyfikatu dla Xerox i udostępnienia przez ten podmiotom swoich zasobów wykonawcy Copy. Argumentację zamawiającego Izba uznała za niezasadną. Jak bowiem będzie o tym mowa dalej, z treści zobowiązania Xerox nie wynika konkretny zakres czynności, które ma on wykonywać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Przyjęcie stanowiska zamawiającego wymagałoby uzupełnienia ww. zobowiązania, co jednak byłoby niedopuszczalne w świetle ugruntowanej zasady jednokrotności wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów. Należy podkreślić, że zasada ta odnosi się nie tyle do uzupełniania konkretnego oświadczenia lub dokumentu, lecz uzupełniania oświadczeń lub dokumentów w konkretnym zakresie.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, że w odniesieniu do oferty wykonawcy Copy zaistniała podstawa do jej odrzucenia zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Copy jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy oferowane przez wykonawcę Copy oprogramowanie producenta QUBE Technologies Sp. z o.o. o nazwie Q-vision w wersji 4.0. nie spełnia wymogów z OPZ.

Ww. zarzut został przez odwołującego częściowo wycofany, tj. w odniesieniu do następujących funkcjonalności: kasowanie pracy niewydrukowanej, funkcjonalność druku podążającego, wysłanie bezpośrednio z pulpitu urządzenia informacji o niepoprawnym działaniu urządzenia, wysyłanie informacji skanu dokumentu, co do którego są zastrzeżenia jakościowe oraz brak

limitów na ilość użytkowników i możliwość działania na wszystkich dostarczonych urządzeniach typu A i B. W związku z powyższym Izba uznała, że postępowanie odwoławcze podlega w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów zawartych w odwołaniu.

W pozostałym zakresie ww. zarzutu Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił twierdzeń przedstawionych w ramach tego zarzutu (w zakresie podtrzymanym). Złożone przez odwołującego dowody w postaci tzw. screenshotów Izba uznała za niewystarczające. Nie ma bowiem pewności co do tego, czy nie mają one wybiórczego charakteru, tj. czy wskazane funkcjonalności nie są zapewniane w odmienny sposób (inna ścieżka czynności koniecznych do wykonania) lub informacje potwierdzające te funkcjonalności nie znajdują się w innych miejscach systemu - niż zakłada to odwołujący. Oczywistym jest, że wykazanie okoliczności negatywnej napotyka trudności dowodowe. Istotne jest jednak to, że wykonawca Copy przedstawił dowód w postaci oświadczenia złożonego w imieniu Qube Technologies Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentacji spółki) potwierdzającego spełnianie przez oprogramowanie Q-vision wymagań OPZ, stanowiących przedmiot niniejszego zarzutu. W ocenie składu orzekającego Izby ww. oświadczeniu należy przyznać większą moc dowodową niż dowodom przedstawionym przez odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1, 4 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. § 9 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Pracy, Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Copy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wezwania do ich wyjaśnienia, podczas gdy wykonawca Copy przedłożył referencję dot. zamówienia realizowanego dla IMGW-PIB oraz oświadczenie własne, które nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia w zakresie wskazanym w pkt 5.2.4 SWZ warunku udziału w postępowaniu [Zarzut #4].

Ww. zarzut został przez odwołującego wycofany. W związku z powyższym Izba uznała, że postępowanie odwoławcze podlegała w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 118 ust. 2, 4 ustawy Pzp oraz art. 128 ust.1, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień oraz poprawienia lub uzupełnienia złożonego przez wykonawcę Copy dokumentu JEDZ oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów złożonego przez podmiot udostępniający zasoby Xerox, podczas gdy wykonawca Copy zarówno w formularzu ofertowym, jak i w złożonym własnym JEDZ nie wskazał, że zamierza realizować zamówienie w oparciu o podwykonawców, zaś zobowiązanie Xerox do udostępnienia zasobów wykonawcy Copy, pomimo że wskazuje na stosunek podwykonawstwa, nie wskazuje jaką część zamówienia będzie realizował Xerox, w związku z udostępnionym zasobem, co wskazuje na pozorne udostępnienie zasobu [Zarzut #5].

Izba uznała zarzut za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący słusznie podnosił, że przedstawione przez wykonawcę Copy zobowiązanie podmiotu trzeciego (Xerox) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 5.2.4 SWZ miało zbyt ogólną treść. Nie wynika z niego jakie konkretnie czynności będzie wykonywał ww. podmiot w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Natomiast w myśl art. 118 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Z przywołanych przepisów ustawy Pzp wynika, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego musi mieć realny charakter, co winno wynikać z treści złożonego zobowiązania lub innego podmiotowego środka dowodowego. Z treści tego dokumentu powinien m.in. wynikać konkretny zakres czynności, do wykonania których zobowiązuje się podmiot udostępniający swoje zasoby w sytuacji, o której mowa w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp (czyli m.in. w przypadku udostępnienia doświadczenia). W treści zobowiązania Xerox taki konkretny zakres czynności nie został wskazany. Ponadto, uzasadnione wątpliwości budzi fakt niewskazania Xerox jako podwykonawcy w treści formularza ofertowego wykonawcy Copy. Odnosząc się do przedstawionej w tym zakresie argumentacji zamawiającego należy wskazać, że z treści tego formularza w żaden sposób nie wynika, aby wymóg wskazania podwykonawców miał odnosić się jedynie do podmiotów, które nie udostępniają jednocześnie swoich zasobów wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego treść formularza ofertowego w tym zakresie była jednoznaczna.

Wobec stwierdzenia w odniesieniu do wykonawcy Copy podstawy do odrzucenia jego oferty, Izba w sentencji wyroku nie nakazała zamawiającemu wezwania wykonawcy Copy do wyjaśnień lub uzupełnienia ww. zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1,2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 -2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2020 r. poz. 1913 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów postępowania, tj. pełnej treści Wykazu usług i referencji, o których przekazanie wnioskował odwołujący, pomimo że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę Copy jako tajemnica przedsiębiorstwa [Zarzut #6].

Izba uznała zarzut za zasadny.

Przedstawione przez wykonawcę Copy uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z dnia 16 lutego 2022 r.) ma bardzo ogólną treść. Wykonawca Copy w żaden sposób nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Samo powołanie się na wykonanie usług na rzecz podmiotów sektora prywatnego jest dalece niewystarczające. W przeciwnym

razie wszystkie informacje o umowach z podmiotami prywatnymi podlegałyby zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co należy uznać za niedopuszczalne. Z przepisu art. 18 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zasadą jest jawność postępowania. Dopuszczenie wyjątku od tej zasady może mieć miejsce jedynie w sytuacji wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy Pzp). Z podobnych powodów nie jest wystarczającą sama wola podmiotu udostępniającego swoje zasoby do zachowania określonych informacji w poufności, jeżeli nie zostanie wykazane, że informacje te posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione w tym zakresie uzasadnienie musi być konkretne i poparte dowodami. Natomiast uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę Copy nie zawiera żadnej konkretnej treści, a w konsekwencji również dowodów. Dotyczy to nie tylko wykazania ww. przesłanki wartości gospodarczej, ale również pozostałej treści tego uzasadnienia. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Choć udowodnienie niektórych z ww. przesłanek składających się na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa może napotykać pewne trudności dowodowe (np. w wartość gospodarcza) lub być niemożliwe (nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji), to z pewnością nie dotyczy to podjęcia działań w celu utrzymania informacji w poufności. Okoliczność ta może zostać w prosty sposób udowodniona przez wykonawcę. Natomiast wykonawca Cooy nie tylko nie podał konkretnych informacji odnośnie podjętych w tym zakresie środków, ale również nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wykonawca Copy nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżona przez niego część Wykazu usług oraz referencje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zamawiający powinien powstrzymać się z udostępnieniem dokumentów nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę Copy do czasu upływu terminu na wniesienie skargi na niniejszy wyrok Izby lub wydania wyroku przez sąd, w przypadku wniesienia skargi.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie 1 - 3 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2, ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) oraz odpowiednio art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), mając na uwadze, że większość zarzutów podlegała uwzględnieniu, w wyniku czego odwołujący osiągnął cel w postaci przywrócenia jego oferty do postępowania i wyeliminowania oferty wykonawcy Copy.

Przewodniczący: