

Sygn. akt: KIO 399/23

WYROK

z dnia 28 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawcę:

GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)

z udziałem:

Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. (ul. Krakowiaków 44/58, 02255 Warszawa)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz

Arcus S.A. (ul. Kolejowa 5/7 01-217 Warszawa) i KC Consulting J. W. (ul. Piątkowska 116 b/1, 60-649 Poznań)

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. załączników do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia złożonych przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie i udostępnienie dokumentów złożonych przez Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023 r. wraz z załącznikami;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zamawiającego w stosunku trzy do jednego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 650 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 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:

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) (dalej również „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „PZP”) postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wdrożenie systemu monitorowania i zarządzania wydrukami oraz zakup wielofunkcyjnych urządzeń drukujących wraz z asystą techniczną” (nr referencyjny: 6060/ILG 8/16089/04417/22/P) (dalej również: „Postępowanie”).

W dniu 13 lutego 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (ul. Fabryczna 13/1, 65410 Zielona Góra) (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”).

W dniu 16 lutego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiła Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. (ul. Krakowiaków 44, 02-255 Warszawa) (dalej również: „Przystępujący”, „Konica” lub „KMBC”). Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia.

W dniu 16 lutego 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia wykonawcy Arcus S.A. (ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa) i KC Consulting J. W. (ul. Piątkowska 116 b/1, 60649 Poznań) (dalej również: „Konsorcjum Arcus”). Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie jest podmiotem uprawnionym w rozumieniu art. 525 Ustawy. Nie jest wykonawcą w Postępowaniu. Oferta zgłaszającego przystąpienie została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy zgodnie z pismem z dnia 2 grudnia 2022 r. oraz prawomocnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2023 r. wydanym w sprawach połączonych o sygnaturze akt KIO 3308/22, KIO 3325/22. Przystępujący nie złożył w tym zakresie dalszych środków zaskarżenia i terminy do ich złożenia upłynęły.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego zarzucając naruszenie:

1. Art. 16 PZP poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na: zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konica, naruszenie zasady przejrzystości poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu całości załączników do protokołu Postępowania dokumentów złożonych przez KMBS, wadliwy wybór oferty

najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia KMBS z Postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty KMBS ewentualnie zaniechanie wezwania do wyjaśnień złożonych dokumentów albo ich uzupełnienia oraz Art. 74 ust 1 i 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 18 ust. 1,2 i 3 PZP i w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: „uznk”) - poprzez

zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do dokumentów złożonych przez KMBS i zaniechanie ujawnienia Odwołującemu w całości wszystkich załączników do protokołu Postępowania pomimo tego, iż Konica nie wykazała, iż poszczególne informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. Art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) PZP poprzez: zaniechanie wykluczenia KMBS względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu co jednocześnie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 uznk oraz zaniechanie wykluczenia KMBS pomimo, iż KMBS przedstawił informacje o tym, iż wyjaśnienia dotyczące jego oferty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konica.

3. Art. 126 ust. 2, 128 ust. 6 i 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania KMBS do złożenia podmiotowych środków dowodowych lub złożenia nowych dokumentów pomimo, iż uzasadnionym jest przyjęcie, że uprzednio złożone środki dowodowe nie są już aktualne albo nie są one kompletne ewentualnie do złożenia wyjaśnień w zakresie: KRS — gdyż złożono dokument nieaktualny tj. wydany wcześniej niż przed upływem 3 miesięcy; sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanej w Rozdziale X pkt 2 ppkt 3 lit a) i b) SWZ co do wymaganego ubezpieczenia i posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową ewentualnie

4. Art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt a), b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KMBS pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania

i w konsekwencji

5. Art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KMBS pomimo, iż oferta tego Wykonawcy: jest niezgodna z warunkami zamówienia, została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk i Art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 PZP poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) - która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty KMBS pomimo tego, iż oferta ta powinna być odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: by przekazał dokumenty złożone w

Postępowaniu przez Konica, w szczególności odpowiedź Konica na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w związku z pismem Konsorcjum z dnia 11 stycznia 2023 r. i uzasadnienie objęcia wyżej wymienionych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa oraz dokonał ponownej oceny oferty Konica i odrzucił tę ofertę i wykluczył KMBS z Postępowania, ewentualnie wezwał KMBS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku co do: • posiadania środki finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony zł) w okresie nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; • ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, obejmującą co najmniej działalność związaną z przedmiotem Zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion zł), • co do spełnienia warunków wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z protokołu Postępowania oraz akt sprawy połączonej KIO 3308/22 i KIO 3328/22.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 2 PZP, wobec zaskarżenia w ramach

Postępowania czynności: - wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty wykonawcy Konica, - zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa KMBS oraz -zaniechania wykluczenia KMBS z Postępowania i odrzucenia oferty KMBS z Postępowania, przy jednoczesnym braku zaskarżenia odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania w ramach ww. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 lutego 2023 r., co doprowadziło do wniesienia odwołania przez podmiot nie posiadający statusu uczestnika Postępowania i wystąpienia podstawy odrzucenia odwołania z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający wnosił również o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Podkreślał, że dla wykazania sytuacji ekonomicznej lub finansowej jest konieczne wykazanie jej istnienia przez okres od na dzień upływu terminu składania ofert do dnia złożenia oświadczenia. W zakresie warunków udziału w postępowaniu wskazywał, że Przystępujący wykazał ich spełnienie i tym samym zachowanie Zamawiającego jest zgodne z Ustawą. Podkreślał, że dla wykazania spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej tj. przedłożenia opisanej w SWZ polisy ubezpieczenia odpowiedzialności OC działalności wykonawcy nie wymagał w SWZ zakresu ubezpieczenia tożsamego z całą działalnością wykonawcy ani przedmiotem zamówienia lecz ubezpieczenia działalności w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia. W odniesieniu do wymaganego dokumentu KRS wskazywał, że zarzut ma charakter formalny (nie dotyczy treści lecz daty wydania odpisu KRS) a jego aktualność nie budziła żadnych wątpliwości i, że KRS jest ogólnie dostępny, Przystępujący na wezwanie do złożenia środków podmiotowych dowodowych

przedkładając KRS datowany na 27 września 2022 opatrzył go podpisem elektronicznym w dniu 16 lutego 2023r., co dodatkowo potwierdziło jego aktualność jako dokumentu złożonego również wraz z ofertą.

Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego, wskazując w szczególności na prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów i informacji, jakie przedłożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023 r. oraz brak wpływu odtajnienia ww. dokumentów na wynik Postępowania niezależnie od wyniku rozstrzygnięcia skargi, jaką złożył do Sądu Okręgowego w Warszawie Odwołujący na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2023 r. w sprawie o sygnaturze KIO 3328/22 nakazującej odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na niespełnianie warunków Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Podnosił, że Odwołujący nie wykazał twierdzonych naruszeń. Podkreślił dodatkowo, że w złożonym JEDZ w Postępowaniu znajdują się odnośniki do strony, zatem Zamawiający mógł samodzielnie pobrać taki dokument z publicznie dostępnej strony Ministerstwa Sprawiedliwości, a zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 1 PZP Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych. Niewątpliwie taką bazą danych jest Krajowy Rejestr Sądowy przy Ministrze Sprawiedliwości.

Przystępujący złożył następujące dowody:

1. specjalistyczna opinia bankowa z 22 lutego 2023r. na okoliczność wykazania przez Przystępującego wymaganej w SWZ zdolności kredytowej w sposób nieprzerwany od daty poprzedzającej termin złożenia ofert do daty wydania opinii;
2. protokół posiedzenia i rozprawy w sprawach połączonych KIO 3308/22 i 3328/22 na okoliczność potwierdzenia przez członka zarządu Odwołującego, że kwestie, do których odnosiło się pismo Arcus z 11 stycznia 2023r, na podstawie którego Zamawiający pismem z 13 stycznia 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, które zostały przez Przystępującego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pozostaje bez wpływu na zgodność oferty Przystępującego z wymogami zamówienia, jako że te odnoszą się do spełnienia wymogu współpracy z urządzeniami producenta Kyocera, które nie posiadają API;
3. wyrok Izby o sygn. KIO 352/17 na okoliczność wyjaśnienia mechanizmu procedury odwróconej, tj. że wykładnia zastosowana przez Odwołującego postanowień SWZ jest sprzeczna z prawem, dowód ten ma walor informacyjny (str. 19); (Izba nie uwzględniła przedmiotowego dowodu)
4. polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej grupy Konica Minolta wraz z tłumaczeniem na język polski na okoliczność dodatkowego potwierdzenia, że wykonawca posiada wymagane w SWZ ubezpieczenie OC działalności, która ma charakter niezależny od ubezpieczenia OC objętego polisą złożoną w ramach postępowania
5. opinia banku SOCIETE GENERALE S.A. z dnia 7 września 2022 r., wskazująca m.in., że na okres od 5 marca 2022 r. do 5 września 2022 r. obroty na rachunku Przystępującego wyrażały się 9 cyfrową kwotą przed przecinkiem, spółka ma przyznany limit kredytowy nie mniejszy niż 3 000 000 pln, na rachunku nie występują tytuły egzekucyjne, spółka rzetelnie wywiązuje się ze swoich zobowiązań wobec banku na okoliczność posiadania wymaganej zdolności finansowej w okresie 3 miesięcy przed dniem składania ofert;
6. Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Odwołującego numer 998A998240 złożona w ramach Postępowania dla wykazania warunku udziału w postępowaniu na okoliczność stosowania podwójnych standardów przez Odwołującego dla oceny zachowania Zamawiającego wobec Przystępującego i Odwołującego gdzie z polisy nr 998A998240 wynika jej zakres Ubezpieczona jako działalność wg PKD (2007): 4741Z SPRZEDAŻ DETALICZNA KOMPUTERÓW, URZĄDZEŃ PERYFERYJNYCH I OPROGRAMOWANIA PROWADZONA W WYSPECJALIZOWANYCH SKLEPACH Serwis w/w urządzeń W stosunku do sprzedaży oprogramowania ochrona ubezpieczeniowa obejmuje tylko OC z tytułu posiadania i użytkowania mienia.
7. Pismo procesowe Odwołującego z dnia 28 grudnia 2022 r. złożone w sprawach połączonych o sygnaturze akt KIO 3308/22 i 3328/22 na okoliczność niezasadności zarzutu wprowadzenia w błąd oraz żądania odtajnienia dokumentów, wobec stanowiska Odwołującego oraz rozbieżności stanowisk orzecznictwa przy jednoczesnym uzasadnieniu prawidłowości zastrzeżenia

8. Zaświadczenie Banku Millenium S.A. , że stan dostępnych środków na rachunkach Odwołującego na dzień 16-09-2022r. wynosi: : 10 878 529,55 PLN na stosowanie podwójnych standardów przez Odwołującego wobec twierdzenia o tym, że opinie zaświadczenia banków potwierdzają stan na określony dzień wobec tego nie są miarodajnym dowodem.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. W szczególności bez wpływu na ocenę legitymacji do wniesienia odwołania i niespełnienia przesłanek odrzucenia pozostaje fakt odrzucenia oferty

Odwołującego w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2023 r. wydanego w sprawach połączonych o sygnaturze akt KIO 3308/22, KIO 3325/22 wobec jego zaskarżenia przez Odwołującego do Sądu Okręgowego w Warszawie w trybie art. 579 i n PZP i pozostawania sprawy w toku oraz niezaskarżenia odrzucenia oferty przez Zamawiającego, co byłoby niedopuszczalne właśnie w świetle art. 528 PZP. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania udostępnienia i odtajnienia dokumentów oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Izba ustaliła, że stan faktyczny pomiędzy stronami był bezsporny. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika oraz dokumentację zamówienia (w szczególności SWZ, ofertę Odwołującego oraz korespondencję pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym), uwzględniła stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

W zakresie uwzględnienia wniosku Przystępującego o objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023 do ustosunkowania się do zastrzeżeń zawartych w zawiadomieniu Konsorcjum o niespełnieniu przez oferowane przez Przystępującego urządzenie Kyocera wymagań SWZ i niezgodności oferty Konica z SWZ, na które składają się pismo Przystępującego z dnia 17 stycznia 2023 r. zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami tj. odpowiedzią Przystępującego z dnia 17 stycznia 2023 r na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023 r. wraz z załącznikiem w postaci oświadczenia producenta z dnia 16 stycznia 2023 r. stanowiącego ustosunkowanie się tegoż do wezwania Zamawiającego, Izba uwzględniła zarzut wobec niewykazania przez Przystępującego przesłanek objęcia informacji zawartych w dokumentach tajemnicą przedsiębiorstwa oraz charakteru informacji.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 PZP.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, 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.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 PZP Art. 74. 1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unie-ważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Z powyższych przepisów wynika, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 PZP ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co stanowi wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca winien więc „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Tym, samym zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie i dowody przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaniechanie wykazania zasadności skutkuje obowiązkiem

zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie, należy zauważyć, że Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę nawet uzasadnienie tego zastrzeżenia i Zamawiający ich nie odtajnił. Oczwistym jest, że uzasadnienie ma służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów, co w sytuacji jego utajnienia czyni tę możliwość iluzoryczną. Z tych względów, co do zasady, objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa całego uzasadnienia nie znajduje oparcia w uznk, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne. Trudno

zresztą byłoby wskazać (i Przystępujący temu nie sprostął), co w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa mogłoby mieć wartość gospodarczą i wymagać zachowania poufności. Tym samym brak ujawnienia przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci uzasadnienia objęcia tajemnicą uzasadnienia było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Podobnie niezasadne było zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień i oświadczenia producenta, których treść w ocenie Izby ogranicza się w zasadzie do negacji założeń i zarzutów poczynionych w piśmie Konsorcjum z dnia 11 stycznia 2023 r. będącego załącznikiem do wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień Przystępującego z dnia 13 stycznia 2023 r, które to pismo Konsorcjum jest jawne oraz projekcji możliwych scenariuszy zachowań podmiotów zaangażowanych a wyjaśnienia dodatkowo zawierały założenia Przystępującego, co do motywów działania Konsorcjum.

Treść oświadczenia producenta oraz wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, sprowadzają się do zaprzeczenia twierdzeniom Konsorcjum z pisma z 11 stycznia 2023 r., zapewnienia o zgodności oferowanych urządzeń z SWZ oraz projekcji możliwych przyczyn i okoliczności, które mogły być podstawą wytworzenia pisma będącego załącznikiem do zawiadomienia informującego o wypowiedzeniu umowy licencyjnej producentowi przez Kyocera Document Solutions Europe B.V., okoliczności i dane, którym zaprzeczano są jawne.

Przystępujący w żaden sposób nie wykazał na czym polegać miałyby wartość gospodarcza tych treści i strata materialna grożąca Przystępującemu w razie ujawnienia informacji, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Deklaracje i oświadczenia, jak wskazano już wyżej, nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy PZP i mają ogólnikowy charakter.

Izba wskazuje dodatkowo, że wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 nie zmienił treści art. 18 ust. 3 ustawy PZP, czyli wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zresztą zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne”, o ile „nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji”. Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: „W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym

twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter”. Trybunał wskazał też na konieczność wyważenia między poufnością a realizacją uzasadnionych interesów innych wykonawców. Potwierdza to także pkt 50 ww. wyroku, w którym wskazano: „Niemniej zasadę ochrony informacji poufnych trzeba pogodzić z wymogami skutecznej ochrony sądowej. W tym celu należy dokonać wyważenia zakazu określonego w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Owo wyważenie powinno uwzględniać w szczególności okoliczność, że w braku wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obciążona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna, odrzucony oferent nie będzie miał w praktyce możliwości skorzystania w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego (...)”.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy uznk, Ustawy oraz dyrektywy klasycznej, jak i stanowisko Trybunału wyrażone w ww. wyroku, Izba stwierdza, że Przystępujący nie tylko nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale też nie wykazał, aby ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Nieujawnienie tych informacji zamyka Odwołującemu drogę do wiedzy o podstawach oceny oferty Przystępującego jako zgodnej z warunkami zamówienia, których zakres badania nie jest tożsamy z objętym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2023 roku w sprawie o sygnaturze akt 3028/22 a w konsekwencji – do realnego i skutecznego kwestionowania ich drodze środków ochrony prawnej. Z uwagi na powyższe wyważenie interesów w przedmiotowej sprawie stanowi dodatkowy argument przemawiający za ujawnieniem zastrzeżonych przez Przystępującego informacji.

Izba wskazuje również, że przymiot wykonawcy przysługuje Odwołującemu, w zależności od rozstrzygnięcia skargi przez Sąd Okręgowy w Warszawie co najmniej do wydania orzeczenia w tej sprawie a w jego interesie leżeć może wpływ na sposób zakończenia Postępowania w tym również z udziałem lub nie Przystępującego.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023 r. wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś samym informacjom nie sposób przypisać waloru danych, których cechy wypełnić mogą definicję

tajemnicy przedsiębiorstwa z uznk. Nieujawnienie przez Zamawiającego wyjaśnień i załączników złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia z dnia 13 stycznia 2023 r., było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk a także art. 16 PZP. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało

uwzględnione i Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i udostępnienie pism, jakie złożone zostały przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023 r.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Odwołujący nie wykazał naruszenia Ustawy a Izba nie podziela jego stanowiska prawnego.

Zgodnie z przepisami Ustawy:

- Art. 109 ust. 1 pkt. 8) i 9) Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- Art. 126 ust. 2 Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.
- Art. 128 ust. 5 i 6 Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. 6. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.
- Art. 223 ust 1 Art. 223. 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.
- Art. 226 ust. 1 pkt. 2) ppkt a-b, pkt 5) i 7) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- Art. 239 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.
- Art. 242 ust 1,3 Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. 3. Ofertę najkorzystniejszą wybiera się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, jeżeli, w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów, cena lub koszt są stałe.

Izba ustaliła, że Zamawiając wezwał Przystępującego w trybie art. 126 ust. 1 PZP, by ten w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu złożył:

- określone w Rozdziale X ust. 2 pkt 3) lit a) SWZ - informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy nie mniejszą niż 3 000 000,00 PLN (słownie: trzy miliony złotych 00/100) w okresie nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
- określone w Rozdziale X ust. 2 pkt 3) lit b) SWZ - dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, obejmującej, co najmniej działalność związaną z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości, co najmniej 1 000 000,00 PLN (słownie: jedne milion złotych) oraz
- w celu wykazania braku podstaw wykluczenia odpis lub informację z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 Ustawy,

sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;

- przy czym Zamawiający zastrzegł, że zgodnie z Rozdziałem XI ust. 2 pkt 1 SWZ, Zamawiający wymaga złożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. W związku z

powyższym Zamawiający wzywa Państwa do przedłożenia JEDZ. Wymogi dotyczące JEDZ zostały szczegółowo opisane w rozdziale XI ust. 2 SWZ. W przypadku, gdy Wykonawca złożył ww. dokumenty i oświadczenia wraz z ofertą, zamiast ich ponownego składania może złożyć oświadczenie potwierdzające, że złożone dokumenty i oświadczenia są nadal aktualne na dzień złożenia tego potwierdzenia.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zdolności finansowej i kredytowej Przystępującego Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ:

- rozdział X pkt 2 ppkt 3 a) dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że: posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony zł) w okresie nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- rozdział XI SWZ pkt 3: w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, określonego w Rozdziale X ust. 2 pkt 3) lit a) SWZ należy złożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy nie mniejszą niż 3 000 000,00 PLN (słownie: trzy miliony złotych 00/100) w okresie nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
- termin składania ofert w Postępowaniu upływał 14 października 2022 r.
- dla wykazania spełnienia warunku Przystępujący złożył Specjalistyczną opinię bankową wystawioną przez Bank Societe Generale S.A. Oddział w Polsce z dnia 11 stycznia 2023r. na dzień 6 stycznia 2023 r., w której wskazano że: jest posiadaczem rachunku bieżącego w tym banku i że za okres od dnia 06/07/2022 do 06/01/2023 obroty na powyższym rachunku wyrażały się kwotą 5-cyfrową przed przecinkiem po stronie kredytowej oraz kwotą 4-cyfrową przed przecinkiem po stronie debetowej; Informacja powyższa dotyczy obrotów na koncie bieżącym; Konica ma przyznany limit kredytowy w wysokości nie mniejszej niż 3.000.000,00 PLN (słownie trzy miliony złotych); na dzień 06/01/2023 Spółka posiada zdolność kredytową w wysokości przyznanego limitu kredytowego.

Dodatkowo Przystępujący na etapie postępowania odwoławczego złożył nową zaktualizowaną opinię banku z dnia 22 lutego 2023 r. na dzień 21 lutego 2023 r. potwierdzająca, że od dnia 21 sierpnia 2022 r. obroty na rachunku wyrażały się kwotą 9 cyfrową przed przecinkiem po stronie kredytowej i debetowej, w okresie od 5 września 2022 r. Konica nieprzerwanie posiadała zdolność kredytową w wysokości przyznanego limitu kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 3 mln złotych, na rachunku nie występują tytuły egzekucyjne i spółka rzetelnie wywiązuje się z zobowiązań względem banku, która Izba potraktowała jako dodatkowy dowód potwierdzający prawdziwość złożonego oświadczenia w przedmiocie spełnienia warunku tj. posiadania zdolności kredytowej w wysokości minimum 3

mln zł w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed złożeniem opinii w ramach Postępowania i aktualności na dzień złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku.

Jednocześnie Odwołujący dla wykazania zarzutu powołał się na istnienie straty z prowadzonej działalności, gdzie portal internetowy EMIS podaje, że Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. zgłosiła przychody ze sprzedaży netto spadek z 1,29% w okresie 2022; Jego całkowite aktywa odnotowane wynoszą ujemny wzrost z 10,19%; EBITDA-4,51; Wskaźnik płynności gotówkowej 0%; Zysk z działalności operacyjnej -7,74%; Przychody netto ze sprzedaży -1,29%; co powinno co najmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do potencjału Przystępującego wobec wyniku za 2021r. na poziomie ~246.000 zł.

Izba wskazuje, że zgodnie z Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) (dalej również: „Rozporządzenie”) § 8 1. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) 3) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem; 4) dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia zamawiający może zobowiązać wykonawców do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem, co uczynił przywołanym powyżej postanowieniem SWZ, które w ocenie Izby nie może być wykladane inaczej, niż, że wystarczającym jest przedłożenie informacji z banku potwierdzającej zdolność kredytową wykonawcy na kwotę minimum 3 mln złotych w okresie nie starszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem, czemu zadośćuczynił Przystępujący składając pismo banku z dnia 11 stycznia 2023 r. wraz z zawartym w ofercie oświadczeniem, których rzetelność i prawdziwość potwierdzone zostały dodatkowo na etapie postępowania odwoławczego w złożonej opinii banku z dnia 22 lutego 2023r. Jednocześnie Izba uznała, za niedostatecznie wykazane okoliczności zmierzające do podważenia spełnienia warunku w postaci twierdzeń odwołania. Wystarczającym dla wykazania zarzutu argumentem nie jest również twierdzenie Odwołującego, że oświadczenia

banków wydawane są na określony dzień, zaś kredyt może zostać skonsumowany.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zdolności finansowej i kredytowej Przystępującego Izba ustaliła również, że zgodnie z SWZ:

- rozdział X pkt 2 ppkt 3 dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej SWZ wykonawca jest zobowiązany do wykazania, że: b) posiada opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, obejmującą co najmniej działalność związaną z przedmiotem Zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości co najmniej 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion zł)
- rozdział XI w pkt 3: - w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, określonego w Rozdziale X ust. 2 pkt 3) lit b) SWZ należy złożyć - dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, obejmującej, co najmniej działalność związaną z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości, co najmniej 1 000 000,00 PLN (słownie: jedno milion złotych).
- KMBS przedstawiła potwierdzenie zapłaty składki ubezpieczeniowej z dnia 1 grudnia 2022r. oraz polisę nr 908200172309 datowaną na 18 listopada 2022r. zgodnie z którą obejmuje ona odpowiedzialność cywilną deliktową z tytułu posiadania mienia i prowadzenia działalności: sprzedaż kopiarek drukarek, materiałów eksploatacyjnych oraz oprogramowania, naprawa maszyn, najem kopiarek, drukarek i oprogramowania, leasing finansowy, sprzedaż kamer i prace instalacyjno-serwisowe z tym związane (...), ubezpieczony produkt jako: kopiarki, drukarki, materiały eksploatacyjne, oprogramowanie.
- działalność Konica obejmuje między innymi sprzedaż detaliczną komputerów, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania a przedmiot zamówienia wdrożenie systemu monitorowania i zarządzania wydrukami oraz zakup wielofunkcyjnych urządzeń drukujących wraz z asystą techniczną.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, za prawidłowe działanie Zamawiającego, który przyjął, że warunek został przez Przystępującego wykazany wobec faktu, że ubezpieczenie obejmuje działalność związaną z objętą przedmiotem zamówienia a odrzucenie oferty wobec tej okoliczności i brzmienia SWZ stanowiłoby naruszenie Ustawy. Fakt złożenia dodatkowej polisy na etapie postępowania odwoławczego miał znaczenie wyłącznie jako potwierdzający, że Przystępujący posiada również inne ubezpieczenia, których nie wskazywał dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu wiążącego ze złożeniem niewłaściwego dokumentu KRS Izba stwierdza, że zgodnie z Rozporządzeniem § 2 W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych

środków dowodowych: 6) odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy (w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury) sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji. Zgodnie zaś z 127 PZP 1. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli: 1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków; 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. 2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Izba ustaliła, że Przystępujący w formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia – określonym w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16) - złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 PZP z dnia 16 listopada 2022 r., wskazał adres strony internetowej wyszukiwarki Ministerstwa Sprawiedliwości, pod którym dostępne są wymagane przez Zamawiającego dane KRS. Tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Izba wskazuje również, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. W niniejszej sprawie odwołanie nie sprostało temu wymaganiu. Brak było dowodów skutecznie podważających oświadczenia i twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego znajdujące dodatkowo oparcie w przedłożonych przez nich dokumentach. Jednocześnie powstałe wątpliwości w ocenie Izby nie są wystarczające dla odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o normę art. 226 Ustawy lub powstania obowiązku wezwania go do wyjaśnień lub uzupełnień.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3, ust. 4 - 6 w zw. z § 5 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W związku z uwzględnieniem jednego zarzutu i oddaleniem pozostałych Izba orzekła o obowiązku ich poniesienia z uwzględnieniem tej okoliczności.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący