Sygn. akt KIO 1160/23

WYROK

z dnia 15 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie

przy udziale wykonawcy 3Soft spółka akcyjna w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Narodowemu Funduszowi Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy 3Soft spółka akcyjna w Katowicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Prawa zamówień publicznych. Pozostałe zarzuty oddala.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie na rzecz wykonawcy Comarch Polska spółka akcyjna w Krakowie, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r. poz. 1710 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: ……..…

Członkowie: ……..…

Sygn. akt KIO 1160/23

U z a s a d n i e n i e

I. Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Usługi wsparcia i rozwoju dla wybranych informatycznych systemów dziedzinowych”, numer referencyjny: AOOZ/28/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 250-729515 w dniu 28.12.2022 r.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna w Krakowie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący wniósł odwołanie od następującej czynności Zamawiającego:

1. Zarzut nr 1 - oceny i wyboru oferty złożonej przez wykonawcę 3Soft S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej „3Soft”) mimo, iż:

i. Zarzut 1.1. - ze złożonych w toku postępowania przez 3Soft dokumentów (oraz dokumentów uzupełnionych na

wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.) wynika, że Wykonawca 3Soft nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i nie złożył, pomimo uzupełnienia części dokumentów, w terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz od wadliwego uznania, że część dokumentów pierwotnie złożona w ofercie, nie potwierdzająca spełniania warunku, kwalifikują się jedynie do wyjaśnienia, co faktycznie stanowiło obejście obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów – a w konsekwencji od zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy 3Soft - co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a, b, c) Pzp w zw. z art. 16 Pzp. oraz art. 128 ust. 1 ) w zw. z art. 16 Pzp.,

ii. Zarzut 1.2. - oferta 3Soft została złożona w warunkach czynu nieuczciwej

konkurencji, a tym samym od zaniechania odrzucenia tej oferty – co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp. w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i 2 pkt 7) Uznk w zw. z art. 16 Pzp.

2. Zarzut nr 2 (zarzut ewentualny) – w razie nieuwzględnienia Zarzutu nr 1) dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy 3Soft – zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej – co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1) i 4) Pzp w zw. z art. 16 Pzp. oraz art. art. 223 ust 1 Pzp.,

3. Zarzut nr 3 - zaniechanie poddania pełnej, wszechstronnej i opartej na równym traktowaniu wykonawców analizie ceny oferty 3Soft i zaniechania wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady przejrzystości, proporcjonalności oraz zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji – co stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 w związku z art. 16 Ustawy Pzp.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty 3Soft;

2. Powtórzenie czynności oceny ofert;

3. Odrzucenie oferty 3Soft z przyczyn podanych w uzasadnieniu Zarzutu 1.1. lub Zarzutu 1.2. odwołania;

4. Ewentualnie – w razie nieuwzględnienia zarzutu 1 odwołania - unieważnienia oceny ofert i wyboru ofert 3Soft oraz wezwania wykonawcy 3Soft do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych;

5. Wezwania wykonawcy 3Soft do wyjaśnienia ceny i kosztu ofert, w podziale na elementy składowe:

i. kosztu budowy i utrzymania (przez okres 6 lat) środowiska testowego i developerskiego, w tym kosztów licencji obcych

ii. Koszty pracy zespołu

iii. Kosztów wynagrodzeń i pochodnych, przy uwzględnieniu przyjętej przez Wykonawcę 3Soft pracochłonności realizacji poszczególnych usług,

A) Kosztów wynagrodzeń z urlopami, nieobecnościami, L4

B) Kosztów szkoleń

C) kosztów podróży służbowych/dojazdów – z uwzględnieniem siedziby wykonawcy w Katowicach

iv. Pracochłonności usług – z uwzględnieniem Metodyki pracy

v. Kosztów 36 miesięcznej gwarancji

vi. Kosztów niepłatnego okresu przejściowego

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego wykonawca 3Soft spółka akcyjna w Katowicach (dalej: Przystępujący albo 3Soft) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień

publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego, dowodów złożonych do akt sprawy oraz stanowisk Stron.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Zasadniczym zarzutem odwołania był zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a, b, c) w zw. z art. 16 Pzp. oraz art. 128 ust. 1) w zw. z art. 16 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący twierdził, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i nie złożył, pomimo uzupełnienia części dokumentów, w terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej oraz od wadliwego uznania, że część dokumentów pierwotnie złożona w ofercie, nie potwierdzająca spełniania warunku, kwalifikują się jedynie do wyjaśnienia, co faktycznie stanowiło obejście obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący w odwołaniu kwestionował poszczególne pozycje wykazu usług, złożonego przez Przystępującego, natomiast na posiedzeniu wycofał zarzut nr 1.1 w odniesieniu do podstawy faktycznej związanej z pozycją wykazu nr 3 i w tym zakresie postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Odwołujący w odniesieniu do 4 pozycji wykazu usług Przystępującego wskazywał, że tylko ona ma dokumentować spełnienie warunku oznaczonego w SIWZ lit. g i h.

Izba ustaliła, że w SIWZ Zamawiający wskazał, że Zamawiający w pkt. VIII ppk 1.4.1. SWZ zamieścił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej zobowiązany jest wykazać, że:

1.4.1. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3-krotnie zrealizował lub realizuje umowy na świadczenie usług informatycznych, przy czym w ramach każdej z nich przez okres co najmniej 11 miesięcy świadczył usługi w zakresie prac rozwojowych i utrzymaniowych systemów informatycznych, obsługujących co najmniej 45 jednocześnie zalogowanych osób w sieci lokalnej lub co najmniej 220 jednocześnie zalogowanych użytkowników internetowych, przy czym:

a) prace rozwojowe, świadczone w ramach w/w usług polegały na dostosowywaniu systemu informatycznego do potrzeb zdefiniowanych przez Odbiorcę, a dostosowanie to polegało co najmniej na rozwijaniu lub modyfikacji kodów źródłowych tego systemu w celu budowy nowych funkcjonalności;

b) prace utrzymaniowe polegały na zapewnieniu dostępności systemu informatycznego objętego usługą zgodnie z uzgodnionym SLA (określone czasy reakcji i naprawy problemów);

c) co najmniej jedna usługa dotyczyła sytuacji, w której Wykonawca objął pracami rozwojowymi i utrzymaniowymi system, który był wcześniej użytkowany przez Odbiorcę i który był zaprojektowany i wdrożony (wraz z dostarczonymi kodami źródłowymi) przez inny podmiot niż Wykonawca;

d) co najmniej jeden z systemów obsługiwał lub obsługuje składanie wniosków w postaci formularzy elektronicznych;

e) co najmniej jeden z systemów wykorzystywał lub wykorzystuje technologie internetowe jako mechanizm zdalnego dostępu użytkowników do aplikacji;

f) co najmniej jeden z systemów wykorzystywał lub wykorzystuje technologię webservice lub Open API do wymiany danych z innym systemem informatycznym;

g) co najmniej jeden z systemów współpracował lub współpracuje w trybie automatycznym (tj. z wykorzystaniem API) z systemem E-PUAP (Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej);

h) co najmniej jeden z systemów współpracował lub współpracuje w trybie automatycznym (tj. z wykorzystaniem API) ze stroną login.gov.pl (tzw. Węzeł Krajowy)”.

Przystępujący w poz. 4 wykazu usług wskazał, usługę wykonaną na rzecz Biblioteki Narodowej w Warszawie, opisaną w sposób następujący: „Przedmiot-opis usługi: SYSTEM

KRONIK@ (Krajowe Repozytorium Obiektów Nauki i Kultury) pozwala na zebranie i udostępnianie w jednym miejscu zasobów polskiego dziedzictwa narodowego z zakresu nauki, kultury oraz administracji. Repozytorium i platforma, która integruje dotychczas istniejące zbiory oraz wprowadza jednolite standardy zarządzania cyfrowymi danymi. Moduł Archiwizacji odpowiada za archiwizację obiektów z systemu przechowywania treści RCBN. Moduł Archiwizacji umieszcza dane na kasetach w bibliotece taśmowej w postaci paczek ze zdefiniowaną strukturą zawierająca metadane i zawartość obiektów oraz kopiuje paczki na wiele instancji archiwów, w tym odpowiednio (w zakresie, w jakim dotyczy): - okres świadczenia prac utrzymaniowych i rozwojowych: 13 miesięcy, - liczba jednocześnie zalogowanych użytkowników internetowych: 753 - pozostałe inf. w zakresie pkt VIII.1.4.1.a) VIII.1.4.1.h) warunku: a), g),h)”

Na potwierdzenie wykonania powyższej usługi Przystępujący załączył referencję, wydaną dla 3Soft, z dnia 19 stycznia 2023 roku o treści: „Biblioteka Narodowa potwierdza, że w okresie 19.10.2021 do 19.01.2023, firma 3Soft S.A. realizowała usługi informatyczne polegające na integracji i automatyzacji systemu Kronik@ i modułu archiwizacji RCBN".

Odwołujący w odwołaniu odnośnie usługi z poz. 4 Wykazu usług Odwołujący zarzucał że w przypadku tej usługi, zrealizowanej na rzecz Biblioteki Narodowej, w nie dość że (jak dla innych pozycji) brak jakiegokolwiek, choćby skróconego opisu usługi, to brakuje nawet frazy o realizowaniu usług utrzymania czy rozwoju systemu „przez specjalistów 3Soft". Złożone w tej posesji Wykazu oświadczenie nie potwierdza żadnego doświadczenia wykonawcy. Podano jedynie uproszczony opis systemu Kronik@ (na co pozwala, że zbiera zasoby dziedzictwa narodowego). Odnosi się (niejasno) do „Repozytorium i platformy, która integruje dotychczas istniejące zbiory" (niejsne, czy czynni to system Kronik@, czy Repozytorium Cyfrowe Biblioteki Narodowej). Odnosi się wreszcie do Modułu Archiwizacji w systemie RCBN, wskazując na funkcjonalność archiwizowania zborów w tym module (w postaci paczek). Wykonawca ograniczył się do uzupełnienia liczby miesięcy świadczenia usług (13), podania liczby użytkowników internetowych jednocześnie zalogowanych (753) oraz odesłał do numeracji wymagań, które potwierdzą tą usługą (a), g), h) oddając czas świadczenia 10.2021-01.2023.

W świetle zaprezentowanej treści wykazu w tej pozycji zdaniem Odwołującego, nie było podstaw do przyjęcia, że Wykonawca 3Soft spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucał, że pozycja 4 Wykazu usług nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie obligatoryjnych usług utrzymaniowych (lit. b) w/w warunku). Nie wynikają one w ogóle z Wykazu usług. Co więcej – nie potwierdzają ich referencje złożone wraz z Wykazem. Treść tej referencji dowodzi odmiennego stanu faktycznego, niż wymagany warunkiem. Odbiorca (Biblioteka Narodowa) w dniu 19 stycznia 2023 rok potwierdził jedynie, że: „Biblioteka Narodowa potwierdza, że w okresie 19.10.2021 do 19.01.2023, firma 3Soft

S.A. realizowała usługi informatyczne polegające na integracji i automatyzacji systemu Kronik@ i modułu archiwizacji RCBN". Odwołujący zarzucał zatem, że: referencja ta w ogóle nie potwierdza faktu należytego wykonania usług, stwierdza jedynie iż były one wykonywane, referencja w ogóle nie potwierdza wykonywania usług utrzymania, wątpliwe w świetle referencji jest świadczenie usług rozwoju w rozumieniu SWZ, bowiem referencja potwierdza jedynie „integracje" systemu Kronika@ z jednym modułów CRBN, podczas gdy integracji nie można uznać za prace rozwojowe (są usługą) i nie kreują żadnej nowej funkcjonalności systemu, po prostu łączą ze sobą różne systemy, usługa integracji jest odrębną usługą od prac nad systemem polegających na jego funkcjonalnej rozbudowie (funkcją systemu nigdy nie jest zintegrowanie go z czymś [tu: Modułem RCBN). Ponadto nie można zaliczyć na poczet tego doświadczenia jakichkolwiek świadczeń na rzecz systemu RCBN, bowiem doszło jedynie do integracji systemu Kronik@ z jednym z modułów (archiwizacji) systemu RCNB, tymczasem warunek dotyczył usług utrzymania i rozwoju systemów informatycznych (a nie jednego modułu systemu), w dodatku ograniczonych do zintegrowania go z innym systemem.

Zdaniem Odwołującego lakoniczność referencji od BN z dnia 19 stycznia 2023 roku jest znacząca. Ewidentnie poproszono o nią w związku z niniejszym postępowaniem, o czym świadczy data wystawienia – kilka dni przed składaniem ofert. Wykonawca 3Soft nie posiadał bowiem innej referencji dla potwierdzenia wymagania z lit. g) oraz h) w/warunku. Ponadto zwraca uwagę jednoznaczne wskazanie przez Odbiorcę na bardzo wąski zakres prac (jedynie integracja systemu Kronik@ z modułem systemu RCBN, nie będąca ani utrzymaniem, a nie pracami rozwojowymi oraz automatyzacja systemu Kronik@) oraz pominięcie potwierdzenia należytego świadczenia usługi. Rodzi to wątpliwości co do rzeczywistego zakresu i jakości wykonanych prac. Odwołujący stwierdzał, że pozycja 4 wykazu nie potwierdza wymagania z lit. b) warunku z pkt. VIII ppkt 1.4.1. SWZ (usługi utrzymania). Co za tym idzie nie może być w ogóle brana pod uwagę i jest to okoliczność niesanowana z następujących powodów. Nie zachodzi już bowiem możliwość uzupełnienia lub poprawienia tej pozycji Wykazu. Po pierwsze dlatego, że zachodzi negatywna przesłanka z art. 128 ust. 1 pkt 1) Pzp. w postaci podlegania oferty odrzuceniu bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie (z uwagi na niesanowalne i skutkujące odrzuceniem błędy/wady dla poz. 1 i 2 Wykazu oraz z poz. 3 Wykazu). Po drugie - Wykonawca 3Soft posłużył się tym doświadczeniem dla Biblioteki Narodowej bez opisu cech pozwalających na potwierdzenie doświadczenia stosownie do treści wymagania pod kątem usług utrzymania (w tym SLA) –w celu uzyskania zamówienia. Tymczasem usługa ta prac utrzymaniowych w rozumieniu SWZ nie zawierała, gdyż nie wynika to z dokumentacji w sprawie. Co za tym idzie – w razie uzupełnienia mogłoby dojść do zastąpienia informacji mogącymi wprowadzić Zamawiającego w błąd informacjami, które w błąd nie wprowadzają – co naruszałoby zasadę

uczciwej konkurencji i równego traktowana wykonawców. Odwołujący ponawia w tym miejscu, że co prawda SWZ nie zawiera fakultatywnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. – lecz nie oznacza to jednak, że nie obowiązują zasady wynikające z art. 16 Pzp. które sprzeciwiają się uzupełnianiu dokumentów, czyli sanowaniu oferty, w sytuacji, w której działanie wykonawcy, nawet w wyniku lekkomyślności, było działaniem mogącym wprowadzić w błąd zamawiającego.

W konsekwencji nie są również zdaniem Odwołującego potwierdzone wymagania z lit. g) oraz h) tego warunku (odpowiednio: g) co najmniej jeden z systemów współpracował lub współpracuje w trybie automatycznym (tj. z wykorzystaniem API) z systemem E-PUAP (Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej); h) co najmniej jeden z systemów współpracował lub współpracuje w trybie automatycznym (tj. z wykorzystaniem API) ze stroną login.gov.pl (tzw. Węzeł Krajowy) - gdyż to właśnie ta usługa (dla BN) miała je potwierdzać.

Odwołujący na rozprawie złożył jako dowód wniosek o udostępnienie informacji publicznej skierowany do Biblioteki Narodowej, odpowiedź na wniosek oraz umowę z dnia 19 października 2021 r. Z odpowiedzi na pytanie 3, a i b), z których wynika, że usługa zrealizowana przez przystępującego nie obejmowała usługi „zgodnie z uzgodnionym SLA" i zakres usług obejmował prace rozwojowe polegające na udostępnieniu systemu do potrzeb zdefiniowanych przez odbiorcę. Odpowiedź na pytanie nr 5 wskazuje, że do modułu „archiwizacji" logują się trzy osoby. Z odpowiedzi na pytanie nr 6 wynika, że przedmiotem umowy nie było utrzymanie, a integracja modułu „archiwizacji" z systemem Kronik@. Z

odpowiedzi na pytanie nr 7 wynika, że system nie współpracuje z system e-puap i z węzłem krajowym. Odpowiedź na wniosek Odwołującego została podpisana przez zastępcę Dyrektora Biblioteki Narodowej.

Przystępujący na rozprawie twierdził, że zastępca Dyrektora Biblioteki Narodowej nie posiadał odpowiedniej wiedzy, by udzielić odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej. Ostatecznie Przystępujący stwierdził, że informacje tam zawarte odnoszą się do umowy pisemnej, a większy zakres był realizowany na podstawie ustnych porozumień (na co nie przedstawił żadnych dowodów).

Izba dowód opisany wyżej dowód, złożony przez Odwołującego, uznała za wiarygodny i rozstrzygający dla wyniku postępowania odwoławczego. Wynika z niego jednoznacznie, że system wskazany przez Przystępujący w pozycji 4 wykazu usług nie współpracuje z system e-puap i z węzłem krajowym. Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu wymagał, aby „g) co najmniej jeden z systemów współpracował lub współpracuje w trybie automatycznym (tj. z wykorzystaniem API) z systemem E-PUAP

(Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej); h) co najmniej jeden z systemów współpracował lub współpracuje w trybie automatycznym (tj. z wykorzystaniem API) ze stroną login.gov.pl (tzw. Węzeł Krajowy)". Na potwierdzenie spełniania tego warunku Przystępujący przedstawił w wykazie tylko jedną usługę – w pozycji 4, która bez wątpliwości wymogów Zamawiającego z lit g i h nie spełnia. W konsekwencji oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym odrzuca się ofertę złożonego przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W świetle dowodu złożonego przez Odwołującego, z którego jednoznacznie wynika, że wskazana przez Przystępującego w wykazie usługa nie spełnia wymogów Zamawiającego, ustalono że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący był już wzywany odnośnie wyjaśnień i uzupełnień w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, dlatego ponowne wezwanie byłoby niemożliwe. Rację ma również Odwołujący, że oświadczenia Przystępującego odnośnie poz. 4 wykazu tak dalece odbiegały od rzeczywistości, że trzeba je uznać za informacje nieprawdziwe, a w ocenie składu orzekającego z art. 16 Prawa zamówień publicznych, stanowiącego podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – można wywieść regułę, że nieprawdziwych informacji nie można zastąpić prawdziwymi. Reguła ta ma w ocenie składu orzekającego niezależnie od okoliczności, czy zamawiający przewidział w SWZ fakultatywną przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Prawa zamówień publicznych (czego w tym postępowaniu Zamawiający nie uczynił). Zgodnie z art. 109 ust 1 pkt 8 i 10, jeżeli zamawiający wskaże to w dokumentach zamówienia, to z postępowania o udzielenie zamówienia może wykluczyć wykonawcę, 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 lub 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. W ocenie składu orzekającego, przywołane wyżej fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy podlegają osobnej ocenie w ramach badania ewentualnych podstaw wykluczenie wykonawcy. Natomiast nie można przyjąć, że celem ustawodawcy było dopuszczenie podawania nieprawdziwych informacji w postępowaniach, w których zamawiający nie przewidział tychże fakultatywnych przesłanek wykluczenia, bowiem stoi temu na przeszkodzie art. 16 Prawa zamówień publicznych. Jednak w ocenie Izby nie można przyjąć, że w sytuacji, jeżeli zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek

wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, to, niejako automatycznie, w przypadku złożenia tego rodzaju informacji, należy zastosowań art. 226 ust. 1 pkt 7) Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i 2 pkt 7) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym odrzuca się ofertę została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, dlatego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Reasumując, informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające zamawiającego w błąd mogą być badane zarówno w świetle podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie fakultatywnych przesłanek, czy odrzucenia oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czy też, jak w tym postępowaniu, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, przewidzianej w art. 16 Prawa zamówień publicznych. Każdorazowo zależy to od sytuacji w danym postępowaniu.

Izba oddaliła dalsze zarzuty, opisane przez Odwołującego w odwołaniu jako zarzuty ewentualne, podnoszone na wypadek nieuwzględnienia zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1) i 4) w zw. z art. 16 oraz art. art. 223 ust 1 Prawa zamówień publicznych, staje się bezprzedmiotowy wobec uzasadnienia rozstrzygnięcia zarzutu zasadniczego – Izba wyżej wskazała, że nie ma możliwości dalszego wzywania Przystępującego do uzupełnienia czy wyjaśnienia dokumentów. Podobnie Izba uznała odnośnie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania Przystępującego do ewentualnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: ……..…

Członkowie: ……..…