

WYROK
z dnia 4 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Anna Chudzik
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" sp. z o.o., Michałowice 169; 49-314 Pisarzowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26; 03-719 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **Decsoft S.A., Bud. Blue Office 1, Al. Jerozolimskie 179 p. +2; 02-222 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" sp. z o.o., Michałowice 169; 49-314 Pisarzowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" sp. z o.o., Michałowice 169; 49-314 Pisarzowice**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego "PIOMAR" sp. z o.o., Michałowice 169; 49-314 Pisarzowice** na rzecz **Decsoft S.A., Bud. Blue Office 1, Al. Jerozolimskie 179 p. +2; 02-222 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Mazowieckie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Dostawa, montaż, instalacja sprzętu i oprogramowania komputerowego na potrzeby wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE, w dniu 17 lipca 2019 roku, pod numerem 2019/S 136-334662.

Dnia 8 listopada 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 18 listopada 2019 roku, wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, tj.:

- a) od czynności wyboru oferty Decsoft S.A. z siedzibą Bud. Blue Office I, Al. Jerozolimskie 179 p. +2, 02-222 Warszawa (zwana dalej „*DECISOFT*”), jako najkorzystniejszej,
- b) od zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę DECISOFT,
- c) od zaniechania czynności odrzucenia oferty DECISOFT,
- d) od zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy DECISOFT,
- e) od zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołanie wniesione zostało w zakresie części V zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wskazanych w odwołaniu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę DECISOFT, pomimo że wykonawca DECISOFT nie wykazał, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie wykluczenia DECISOFT z postępowania pomimo, że wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego

lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania,

3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty DECSOFT pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), a także w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia DECSOFT z postępowania z uwagi na przedstawienie przez tego wykonawcę, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty DECSOFT, jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu, w zakresie części V zamówienia:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty DECSOFT, jako najkorzystniejszej,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- c) odtajnienia (ujawnienia) wskazanych w odwołaniu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę DECSOFT,
- d) odrzucenia oferty DECSOFT oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,
- e) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w zakresie części V oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z zamieszczonym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej streszczeniem oceny i porównania ofert, oferta odwołującego uplasowała się w rankingu na drugiej pozycji, za ofertą DECSOFT. Gdyby zamawiający, działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp i należycie zbadał oraz ocenił oferty w postępowaniu, to dokonałby odrzucenia oferty DECSOFT oraz wykluczenia DECSOFT z postępowania z powodów opisanych w uzasadnieniu odwołania. Nadto zamawiający dokonałby odtajnienia (ujawnienia) wskazanych w odwołaniu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę DECSOFT. W wyniku działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący został bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania i realizacji zamówienia publicznego w zakresie jego części V.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołania, odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1. Odwołujący wskazał, że w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) złożonego wraz z ofertą DECSOFT wykonawca ten na stronie 14 JEDZ zamieścił odpowiedź TAK na jedno z pytań dotyczących przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazując jednocześnie, że opis tej sytuacji jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie udostępniając odwołującemu informacji objętych przez DECSOFT tajemnicą przedsiębiorstwa nie udostępnił nawet uzasadnienia zastrzeżenia przez wykonawcę informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Już tylko zatem utrzymywanie przez zamawiającego jako tajemnicy samego uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez DECSOFT (o ile w ogóle ono istnieje) uznać należy za działanie absurda i sprzeczne z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący bez lektury tego uzasadnienia nie jest w stanie w jakikolwiek sposób zweryfikować prawidłowości działania wykonawcy DECSOFT i ustalić, czy rzeczywiście zastrzeżone w części niejawniej JEDZ informacje spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli zaś wykonawca DECSOFT nie przedstawił żadnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to informacje objęte przez tego wykonawcę tajemnicą powinny być bezwzględnie i niezwłocznie ujawnione odwołującemu.

Odnosnie informacji objętych przez Decsoft w JEDZ tajemnicą przedsiębiorstwa odwołujący wskazuje, że jeżeli zastrzeżone informacje dotyczą faktu odstąpienia przez Prokuraturę Krajową od umowy zawartej w 2017 r. z konsorcjum firm Sygnity i Decsoft na zaprojektowanie, przygotowanie i wdrożenie rozbudowy iSDA, to nie spełniają one przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem zostały one podane do publicznej wiadomości (patrz: np. artykuł prasowy „Prokuratura na bakier z cyfryzacją” (Puls Biznesu, 21-08-2018), link: <https://www.pb.pl/prokuratura-na-bakier-z-cvfrvzacia-9377921>).

Odwołujący podkreślił również, że w jednym z odwołań wniesionych przez DECSOFT (sprawa o sygn. akt KIO 477/19) wykonawca ten przedstawił informacje, do jakiego rozwiązania umowy odnosi się w oświadczeniu złożonym w JEDZ, wraz z opisem stanu faktycznego okoliczności całej sprawy. Odwołanie to było wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "Dostawę produktów, zaprojektowanie i wdrożenie podsystemów technicznych tworzących Centralne Usługi Infrastrukturalne", prowadzonym przez Skarb Państwa - Prokuraturę Krajową w Warszawie (Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/ S 235-536827 w dniu 6 grudnia 2018 r.), a dostęp do informacji przedstawionych w tym postępowaniu może otrzymać każdy zainteresowany w trybie dostępu do informacji publicznej.

Zdaniem odwołującego, w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy nie ma wątpliwości, iż zamawiający winien w całości odtajnić i ujawnić uzasadnienie zastrzeżenia

przez DECSOFT informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odtajnić i ujawnić informacje przedstawione w części niejawnej JEDZ.

Zarzut nr 2. Odwołujący wskazał, iż okoliczności związane z przesłanką wykluczenia DECSOFT z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w szczególności informacje jakiej umowy dotyczy przedmiotowa sytuacja, kto był stronami tej umowy, kiedy nastąpiło jej rozwiązanie i na jakiej podstawie do tego doszło, opis w jaki sposób doszło do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, stanowiska DECSOFT, Sygnity oraz Prokuratury Krajowej, zawarte są w dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 477/19. Dlatego też odwołujący wniósł o włączenie akt postępowania KIO 477/19 w poczet materiału dowodowego przedmiotowej sprawy.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na "Dostawę produktów, zaprojektowanie i wdrożenie podsystemów technicznych tworzących Centralne Usługi Infrastrukturalne", prowadzonym przez Skarb Państwa - Prokuraturę Krajową w Warszawie, wykonawca DECSOFT został wykluczony przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i czynność ta została uznana przez Krajową Izbę Odwoławczą za prawidłową. Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której w treści JEDZ wykonawca z jednej strony oświadcza zamawiającemu, że podlega wykluczeniu z postępowania, a z drugiej - wprost wskazuje, że nie dokonał samooczyszczenia. Oświadczenie TAK złożone w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, przy jednoczesnym oświadczeniu NIE co do przedsięwzięcia przez wykonawcę środków w celu wykazania jego rzetelności wypełnia, zdaniem odwołującego, przesłankę do wykluczenia wykonawcy DECSOFT z postępowania.

Zarzut nr 3. Odwołujący podniósł, że jak wynika z dokumentów złożonych przez DECSOFT w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 23.09.2019 r. (procedura odwrócona), wykonawca ten zaoferował zamawiającemu notebook marki Dell model Latitude 5500. Zdaniem odwołującego, oferowany przez Decsoft notebook Dell Latitude 5500 nie posiada portu VGA, a zatem oferta Decsoft w tym zakresie nie odpowiada treści s.i.w.z. Podkreślenia wymaga, że ani z treści oferty Decsoft, ani z dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie wynika, by wykonawca ten zaoferował zewnętrzny adapter w celu osiągnięcia portu VGA. Odwołujący zauważył, że brak zawarcia w treści oferty informacji o zastosowaniu odpowiednich przejściówek oznacza niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. (tak w wyroku Izby z 02.10.2014 r. sygn. akt: KIO 1881/14).

Po drugie, odwołujący wskazał, że notebook Dell Latitude 5500 jest wyposażony w następujące porty: 3 x USB (wymagane w s.i.w.z.), 1 x HDMI (wymagany w s.i.w.z.), 1 x USB typu C - port umożliwiający podłączenie dedykowanej stacji dokującej (wymagany w s.i.w.z.). Z wymienionych portów jedynie z portu HDMI lub USB typu C można uzyskać - za pomocą zewnętrznego adaptera - port VGA. Zakładając nawet hipotetycznie, że Decsoft oferując notebook Dell Latitude 5500 zamierza skorzystać z zewnętrznego adaptera VGA, to adapter ten może zostać wpięty albo w port USB typu C, albo w port HDMI. Jednocześnie podkreślić należy, że port USB typu C jako jedyny w tym notebooku może posłużyć do podłączania dedykowanej stacji dokującej. Wpięcie zatem adaptera VGA w którykolwiek z tych dwóch portów spowoduje, że zamawiający zostanie pozbawiony jednego z wymaganych portów tj. portu HDMI albo portu do podłączenia dedykowanej stacji dokującej, czyli portu USB typu C. Zdaniem odwołującego, w odpowiedzi na pytanie nr 17 zamawiający nie wyraził zgody na zamienne wykorzystywanie portu przez adapter VGA lub dedykowaną stację dokującą. Podsumowując, zaoferowany przez Decsoft notebook nie jest wyposażony we wszystkie wymagane porty, a zatem oferta wykonawcy DECSOFT podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 4. Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 23.09.2019 r. wykonawca DECSOFT złożył zamawiającemu test MobileMark 2014 Performance Test, w którym oprócz wyniku czasu pracy na baterii zamieszczono również wynik wydajności Performance Qualification Rating wynoszący 1776 punktów. W świetle powyższego nie budzi najmniejszych wątpliwości, że oferowany przez Decsoft notebook Dell Latitude 5500 nie spełnia wymagania co do wydajności, tj. nie osiągnął w teście Performance Qualification Rating co najmniej 2000 punktów. Oferta wykonawcy DECSOFT podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca DECSOFT złożył zamawiającemu ofertę oświadczając, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami i postanowieniami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem dopiero na etapie zastosowania przez zamawiającego procedury odwróconej została ujawniona okoliczność, iż DECSOFT zaoferował w części V zamówienia notebook marki Dell model Latitude 5500, który faktycznie nie spełnia wymagań zamawiającego, co do wydajności obliczeniowej.

Odwołujący podniósł, że termin składania ofert w postępowaniu upływał 17.09.2019 r., zaś test BAPCO Mobile Mark 2014, złożony zamawiającemu w trybie procedury odwróconej, był wykonywany w dniu 13.09.2019 r. Zatem już na 4 dni przed terminem składania ofert

wykonawca DECISOFT posiadał wiedzę, co do nie spełniania minimalnych parametrów technicznych przez notebooka DELL Latitude 5500, jednak świadomie go zaoferował zamawiającemu w ofercie przetargowej. Trzeba zatem przyjąć, że DECISOFT działał w sposób zamierzony, a jeśli nawet hipotetycznie nie - to niewątpliwie zachowanie wykonawcy cechowało co najmniej niedbalstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący - z daleko idącej ostrożności procesowej oraz wyłącznie na wypadek uznania przez Izbę, że nie spełnienie wymogu dotyczącego wydajności obliczeniowej nie skutkuje bezpośrednim odrzuceniem oferty bądź wykluczeniem wykonawcy z postępowania - podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Decsoft do uzupełnienia testu MobileMark 2014 Performance Test, z którego wynika spełnienie wymagań zarówno, co do wyniku czasu pracy na baterii, jak i wyniku wydajności Performance Qualification Rating.

Zamawiający, pismem z dnia 29 listopada 2019 roku oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Decsoft.

Pismem z dnia 29 listopada 2019 roku, odwołujący złożył dalsze pismo procesowe, w którym dalej podtrzymywał zarzuty odwołania.

Wobec oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości oraz oświadczenia odwołującego o podtrzymaniu wszystkich zarzutów odwołania, przystępujący – na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy – oświadczył i wnosi sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu nr 1, dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, co następuje.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, iż przystępujący w treści dokumentu JEDZ zastrzegł, w części, informacje tam zawarte oraz zastrzegł również samo wyjaśnienie zastrzeżenia TP. Okolicznością bezsporną jest również, że w dniu 21 listopada 2019 roku, wpłynęło do zamawiającego pismo przystępującego informujące, iż odtajnia dokumenty objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym zamawiający, w dniu 22 listopada 2019 roku, przesłał odwołującemu odtajnione dokumenty, żądane treścią odwołania.

Biorąc powyższe pod rozwagę, mając jednocześnie na uwadze fakt, iż odwołujący podtrzymał odwołanie w całości, a przystępujący wniósł sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, Izba kierując się zasadą wyrażoną przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, (wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania), stwierdziła, że wobec udostępnienia odwołującemu żądanych odwołaniem dokumentów, ustał między stronami przedmiot sporu, tym samym Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny, a kierując się dyspozycją przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia), Izba nie stwierdziła aby naruszenie przepisów ustawy miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Za niezasadne Izba uznała również stanowisko odwołującego, jakoby czynność odtajnienia dokumentów musiała wywoływać skutek w postaci unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co z kolei prowadziło do uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Zdaniem Izby, nie każda zweryfikowana i „naprawiona” czynność lub zaniechanie zamawiającego musi prowadzić do unieważnienia wyniku postępowania, albowiem za każdym razem należy zbadać zakres uchybień zamawiającego pod kątem wpływu na wynik postępowania. Skoro zatem odwołujący, już w dacie 22 listopada 2019 roku, zapoznał się z odtajnionymi dokumentami to miał dosyć czasu na wniesienie odwołania. W braku takowej czynności, samo unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej miało, w ocenie Izby, na celu jedynie przedłużenie terminu do ewentualnego stawiania nowych zarzutów.

Odnośnie zarzutu nr 2, dotyczącego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca DECSOFT na stronie 14 JEDZ złożył oświadczenie „TAK” co do przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, a następnie złożył oświadczenie, że nie dokonał tzw. samooczyszczenia.

Izba wskazuje, że odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu na okoliczność podnoszoną w odwołaniu, tj. w żaden dostępny sposób nie wykazał, że przystępujący miał obowiązek dokonania tzw. procedury samooczyszczenia. Okolicznością bezsporną jest fakt, że inny zamawiający odstąpił od umowy, którą realizował przystępujący z innym wykonawcą, w ramach zawartego konsorcjum, jednakże na dzień orzekania nie zostało jednoznacznie stwierdzone na jakiej podstawie i kiedy nastąpiło odstąpienie od umowy, w jaki sposób i z czyjej przyczyny doszło do złożenia oświadczenia od odstąpienia od umowy, w szczególności odwołujący nie wykazał rzeczonej okoliczności. Jak słusznie wskazał przystępujący, że o ile JEDZ wskazuje na rozwiązanie umowy przed czasem abstrahując od przyczyn jej rozwiązania, tj: winy wykonawcy lub zamawiającego, przyczynienia się którejkolwiek ze stron do odstąpienia, czy wreszcie zaistnienie przesłanek siły wyższej czy też okoliczności wyłącznie zależnych od zamawiającego, o tyle przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, w brzmieniu nadanym mu w ramach kompetencji polskiego ustawodawcy wynikającej z dyrektywy europejskiej implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.U.E. Nr 94, str. 65 ze zm.) odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. O ile zatem ogólny zapis JEDZ konstruuje niedookreślony zbiór sytuacji, które doprowadziły do rozwiązania przed czasem na jaki została zawarta umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy z zamawiającym lub umowy w sprawie koncesji, o tyle przepis Pzp mieszcząc się w tym zbiorze, odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której rozwiązanie umowy było skutkiem przyczyn leżących tylko i wyłącznie po stronie wykonawcy. Niemożliwość uznawania wskazanego zapisu JEDZ i przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jako tożsamy jest szczególnie widoczna również w zakresie kwestii odszkodowań. O ile JEDZ wskazuje na nałożenie odszkodowania lub innej odpowiedniej sankcji, którego dokonać może sama strona umowy, o tyle w przepisie polskiej ustawy PZP jest mowa o zasądzeniu odszkodowania, którego może dokonać jedynie sąd powszechny. Samo to wskazuje, że nie ma podstaw do stawiania znaku równości pomiędzy zapisem JEDZ i przepisem art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a zatem samo zaznaczenie odpowiedzi twierdzącej

w JEDZ nie oznacza przyznania się przystępującego do przyczynienia się w jakimkolwiek stopniu do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 12 listopada 2019 roku, w sprawie o sygn. akt KIO 2149/19, „Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, że pomimo rozbudowania w stosunku do poprzedniej wersji uzasadnienia wykluczenia nie stanowiłoby ono wystarczającego wykazania w stosunku do Decsoft zaistnienia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp. W szczególności z uzasadnienia tego wynika, że Zamawiający oparł się na tym samym co poprzednio piśmie Prokuratury Krajowej z 6 sierpnia 2019 r. oraz na treści otrzymanego przy okazji poprzedniej sprawy odwoławczej odstąpienia od umowy przez Prokuraturę Krajową oraz treści tej umowy. W ocenie Izby ocena tak złożonego stanu faktycznego dotyczącego realizacji umowy w sprawie specjalistycznego zamówienia na usługi informatyczne – które niewątpliwie zostało tak skonstruowane, że jego wykonanie przez konsorcjum nie było możliwe bez współdziałania ze strony zamawiającego, choćby z uwagi na powiązanie z trzema innymi zamówieniami, które miały być realizowane przez innych wykonawców – nie jest możliwe bez wszechstronnej analizy całości dokumentów dotyczących przebiegu realizacji zamówienia, krok po kroku, czego Zamawiający zaniechał.”.

Tym samym, Izba stwierdziła, iż odwołujący nie udowodnił, że odstąpienie od umowy nastąpiło tylko i wyłącznie z przyczyn leżących po stronie przystępującego, co skutkuje uznaniem przedmiotowego zarzutu za bezzasadny.

Odnosnie zarzutów nr 3 i 4, dotyczących naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, co następuje.

Port VGA - Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymienił, m.in. inne komponenty, które muszą być na wyposażeniu oferowanego notebooka. W ich skład wchodziło m.in.:

- „- mysz optyczna min. 1000dpi USB z rolką,
- płytką TouchPad wieledotykowa ze strefą przewijania,
- min. 3 porty USB, w tym min. 2 portów USB 3.0,
- porty audio słuchawek i mikrofonu (dopuszcza się tzw. port combo - słuchawka/mikrofon),
- 1x VGA (dopuszcza się dołączenie zewnętrznego adaptera),
- 1x HDMI,
- 1x RJ-45 (10/100/1000),
- czytnik kart multimedialny wspierający karty SD 4.0,
- port umożliwiający podłączenie dedykowanej stacji dokującej, (...)”.

Odwołujący twierdził, że przystępujący oferując określony model notebooka, nie zapewnił zamawiającemu, dostępności wszystkich wymaganych portów, albowiem laptop oferowany przez przystępującego nie posiada oddzielnego portu VGA, co oznacza, że będzie musiał skorzystać z dołączanego zewnętrznego adaptera, podłączanego alternatywnie do portu HDMI lub w miejsce portu USB-C, który przeznaczony jest do podłączenia dedykowanej stacji dokującej, co z kolei oznacza, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako sprzeczna z treścią s.i.w.z.

W ocenie Izby, stanowisko odwołującego jest bezzasadne. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w treści s.i.w.z. nie dokonał zastrzeżenia polegającego na możliwości wykorzystania istniejących portów notebooka do podłączenia zewnętrznego adaptera, z jednoczesnym wymogiem zagwarantowania minimalnej ilości wolnych portów. Powyższe oznacza, że przystępujący miał pełne prawo do zaoferowania rozwiązania, które będzie opierało się na uzyskaniu portu VGA przy użyciu zewnętrznego adaptera podłączanego np. do portu HDMI. Rozwiązanie to zgodne jest bowiem z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowaną przez zamawiającego. Nadinterpretacja wymogów zamawiającego, poczyniona przez odwołującego na potrzeby odwołania, nie znajduje swojego racjonalnego uzasadnienia. Skoro bowiem zamawiający dopuścił, w przypadku portu VGA, dołączenie zewnętrznego adaptera, w celu osiągnięcia wymaganego parametru, jednocześnie nie ograniczając liczby wolnych portów do minimum, to rozwiązanie przyjęte przez przystępującego należało uznać za prawidłowe i zgodne z s.i.w.z.

Za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu, Izba uznała dowody zgłoszone przez odwołującego, albowiem potwierdzają one okoliczności, które nie są sporne między stronami, dlatego też dowody te Izba oddaliła (dowód nr 1, korespondencja e-mail).

Izba oddaliła również dowód (nr 1) zgłoszony przez przystępującego, albowiem wyciąg z oferty odwołującego z innego postępowania, bez wykazania, że w postępowaniu występowały takie same zasady weryfikowania zgodności treści oferty z s.i.w.z. pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wydajność obliczeniowa – test Babco.

Zamawiający w treści s.i.w.z. wskazał, iż „Zamawiający zastrzega sobie, iż w celu sprawdzenia poprawności przeprowadzenia testu Wykonawca może zostać wezwany do dostarczenia zamawiającemu oprogramowania testującego, komputera do testów (...)”.

Zamawiający wezwał przystępującego do przedłożenia testu MobileMark 2014 Performance Test, na okoliczność spełnienia wymogu dotyczącego czasu pracy na baterii. Przystępujący przedłożył zamawiającemu wynik takiego testu, jednakże zawierał on również informację o wyniku wydajności, którego parametr nie odpowiadał minimum określonego przez zamawiającego.

Na tej podstawie odwołujący skonstruował zarzuty odwołania, opierające się na niezgodności treści oferty z s.i.w.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz na wprowadzeniu zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp).

Zdaniem Izby, zarzuty odwołującego są bezzasadne. W szczególności, abstrahując już od faktu, że zamawiający miał prawo do wezwania wykonawcy w celu potwierdzenia wyników testów Babco, odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że notebook oferowany przez przystępującego nie osiąga wymaganego poziomu wydajności.

Dowód (nr 2) zgłoszony przez odwołującego – wydruk ze strony Babco prezentuje bowiem jedynie cztery (wiarygodne w ocenie odwołującego są trzy) wyniki testów dla określonych modeli notebooków. Jednakże wskazać należy, że na stronie Babco nie są prezentowane (udostępniane) wszystkie przeprowadzane testy, a to oznacza, że dowód ten jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak bowiem słusznie wskazał przystępujący, czemu odwołujący nie zaprzeczył, możliwe jest samodzielne przeprowadzanie testów w oparciu o procedurę firmy Babco, z uwzględnieniem parametrów faktycznie zaimplementowanych w dany, oferowany model laptopa, czego dowodem są wyniki testów komputerów złożone przez przystępującego jako dowód nr 2 i 3. Wskazać zatem należy, że np. zastosowanie innego dysku twardego czy innej grafiki, już może spowodować uzyskanie odmiennego wyniku testu. Dlatego też Izba uznała zarzut powyższy za bezzasadny.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż w związku z tym, że zarzut powyższy jest zarzutem wynikowym, a Izba stwierdziła, że nie potwierdził się żaden ze stawianych zarzutów, Izba uznała, że zarzut ten jest bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez przystępującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....