

**WYROK**  
**z dnia 11 czerwca 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 20 maja 2019 roku przez wykonawcę Comtegra spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawcy Simplicity spółka akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 914/19 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comtegra spółka akcyjna z siedzibą 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 Comtegra spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy Comtegra spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Komendy Głównej Policji w Warszawie kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa Systemu Elektronicznej Poczty Policji (SEPP)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2018 roku pod numerem 2018/S 139-317111.

20 maja 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Simplicity spółka akcyjna spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Simplicity”),
- zaniechaniu odrzucenia oferty Simplicity jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Simplicity jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, zarówno w odniesieniu do ceny za budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji, jak i ceny za świadczenie usług serwisu gwarancyjnego,
- zaniechaniu wykluczenia Simplicity z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy wskutek podania nieprawdziwych informacji w poz. 3 wykazu usług i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że Simplicity spełnia określony w pkt VI 1.1).1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „siwz”) warunek ubiegania się o zamówienie, ewentualnie zaniechania wezwania Simplicity do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu realizacji (zrealizowanych dostaw oraz usług) przez Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako „Enigma” lub „Udostępniający”), ewentualnie przez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego wykazu usług poświadczającego spełnienie ww. warunku ubiegania się o zamówienie,
- zaniechaniu wykluczenia Simplicity z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy wskutek podania nieprawdziwych informacji w poz. 4 wykazu usług i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że Simplicity spełnia określony w pkt VI 1.1).1.3 siwz warunek ubiegania się o zamówienie, ewentualnie poprzez zaniechanie

wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego wykazu usług poświadczającego spełnienie ww. warunku ubiegania się o zamówienie,

- zaniechaniu wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ubiegania się o zamówienie opisanego w pkt VI.1.3) siwz (sytuacji ekonomicznej i finansowej).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Simplicity jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, a to wskutek przeniesienia części kosztów świadczenia usług serwisowych do ceny za budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Simplicity jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, zarówno w odniesieniu do ceny za budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji, jak i ceny za świadczenie usług serwisu gwarancyjnego,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Simplicity z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w poz.3 wykazu usług i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że Simplicity spełnia określony w pkt VI 1.1).1.2 siwz warunek ubiegania się o zamówienie, ewentualnie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu realizacji (zrealizowanych dostaw oraz usług) przez Enigma, ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego wykazu usług poświadczającego spełnienie ww. warunku ubiegania się o zamówienie
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Simplicity z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w poz. 4 wykazu usług i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że Simplicity spełnia określony w pkt VI 1.1).1.3 siwz warunek ubiegania się o zamówienie, ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego wykazu usług poświadczającego spełnienie ww. warunku ubiegania się o zamówienie,
- 5) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. 2016, poz. 1126 z późn. zm.) poprzez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego

dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Simplicity zdolności ekonomicznej i finansowej opisanej w pkt VI. 1.3) siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz:

- 1) odrzucenia oferty Simplicity jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) odrzucenia oferty Simplicity jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, zarówno w odniesieniu do ceny za budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji, jak i ceny za świadczenie usług serwisu gwarancyjnego,
- 3) wykluczenia Simplicity z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w poz. 3 wykazu usług i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że Simplicity spełnia określony w pkt VI 1.1).1.2 siwz warunek ubiegania się o zamówienie Simplicity, ewentualnie nakazanie wezwania Simplicity do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu realizacji (zrealizowanych dostaw oraz usług) przez Enigma,
- 4) wykluczenia Simplicity z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w poz. 4 wykazu usług i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że Simplicity spełnia określony w pkt VI 1.1).1.3 siwz warunek ubiegania się o zamówienie Simplicity, ewentualnie nakazanie wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego wykazu usług poświadczającego spełnienie ww. warunku ubiegania się o zamówienie
- 5) wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Simplicity zdolności ekonomicznej i finansowej opisanej w pkt VI. 1.3) siwz,
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przypadku odrzucenia oferty Simplicity, oferta Odwołującego stanie się ofertą najbardziej korzystną, a tym samym Odwołujący ma interes w uwzględnieniu odwołania. Brak odrzucenia oferty Simplicity

powoduje wybór innego wykonawcy niż Odwołujący, co powoduje brak możliwości osiągnięcia przez Comtegrę przychodu na poziomie ustalonej ceny ofertowej oraz utratę zakładanego zysku.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zdaniem Odwołującego oferta Simplicity stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z następujących powodów.

Simplicity, ustalając cenę ofertową i wskazując ją w formularzu oferty, dokonało przesunięcia części wynagrodzenia z tytułu świadczenia serwisu gwarancyjnego (pozycja 2.2 formularza oferty) do wynagrodzenia z tytułu budowy Systemu Elektronicznej Poczty Policji (pozycja 2.1 formularza oferty). Zgodnie z ofertą Simplicity, wykonawca ten wskazał, że z tytułu wynagrodzenia za serwis gwarancyjny trwający 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru przedmiotu umowy w zakresie budowy Systemu (SEPP) jego wynagrodzenie będzie wynosić 4.283.636,28 zł brutto (3.482.631,12 zł netto). Według wiedzy Odwołującego, kwota ta jest zaniżona i nieadekwatna, gdyż tylko z tytułu wsparcia do udzielanych licencji wykonawca będzie obowiązany do zapłaty wynagrodzenia na rzecz IBM w łącznej wysokości co najmniej 821.681.52 euro netto. Przyjmując średni kurs euro w wysokości 4,30 zł/1 euro, daje to kwotę w wysokości 3.533.230,52 zł. Zatem już samo wynagrodzenie za wsparcie IBM, które jest niezbędne w okresie serwisu gwarancyjnego, przekracza zadeklarowaną przez Simplicity kwotę wynagrodzenia z tego tytułu. Licencje IBM stanowią tylko i wyłącznie część oferty, a tym samym wartość serwisu jest dużo wyższa.

Odwołujący wskazał na koszty finansowe jakie są niezbędne do poniesienia przez każdego wykonawcę, albowiem jego wynagrodzenia należne od Zamawiającego płatne jest w miesięcznych ratach z dołu, tymczasem kontrakty serwisowe z IBM płatne są w cyklach, w najlepszym przypadku, rocznych, ale z góry. Tym samym koszty finansowania tego rodzaju zamówienia są znaczne, gdyż najpierw wykonawca musi „wyłożyć” gotówkę na uregulowanie płatności wobec swego kontrahenta, a sam swe wynagrodzenie będzie otrzymywał w miesięcznych ratach. W cenie za świadczenie serwisu gwarancyjnego należało także uwzględnić koszty utrzymania całej infrastruktury ludzko - sprzętowej niezbędnej do realizacji usług gwarancyjnych, a także pozostawania w trybie gotowości do świadczenia tych usług. Wszystkie te elementy kosztowe, wskazał Odwołujący, powinny być dokładnie wyjaśnione przez Simplicity i krytycznie ocenione przez Zamawiającego. Jedynym logicznym wyjaśnieniem tej sytuacji (takiego ukształtowania poszczególnych cen) jest w ocenie Odwołującego „przerzucenie” kosztów usług serwisu gwarancyjnego do ceny za budowę SEPP. Nie jest bowiem możliwe pokrycie wszystkich kosztów i osiągnięcie zysku

przy tak niskiej cenie jaką zaoferowało Simplicity za ich świadczenie. Tym samym Simplicity tak skonstruował swoją ofertę, aby uzyskać od Zamawiającego co najmniej część środków, które wykonawca będzie musiał ponieść (czy też „wyłożyć”) z tytułu świadczenia serwisu gwarancyjnego przed realizacją tych usług.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 5 ust. 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do siwz, wynagrodzenie z tytułu budowy systemu płatne będzie jednorazowo, po bezwagowym podpisaniu protokołu odbioru, podczas gdy wynagrodzenie z tytułu serwisu gwarancyjnego, zgodnie z § 5 ust. 9 wzoru umowy, rozliczane będzie z dołu w okresach kwartalnych przez kolejnych 36 miesięcy od odbioru przez Zamawiającego budowy Systemu SEPP. Przerzucając zatem, nawet częściowo, koszty świadczenia serwisu gwarancyjnego do kosztów budowy SEPP, Simplicity w swej istocie obciąża Zamawiającego obowiązkiem swoistego kredytowania kosztów wykonawcy, które ten będzie musiał ponieść w związku ze świadczeniem usług serwisowania. Odwołujący wskazał, że nie ma przy tym znaczenia to, czy takie „przerzucenie” kosztów dotyczy ich całości, czy tylko części. Istotą jest bowiem próba obciążenia Zamawiającego tymi kosztami lub ich częścią przedwcześnie, tj. przed wykonaniem danych usług.

Takie działanie wykonawcy w sposób oczywisty narusza dobre obyczaje i zasadę zaufania wobec kontrahenta oraz jest zdecydowanie niekorzystne dla Zamawiającego. Wielokrotnie KIO wskazywała, że tego rodzaju manipulacja ceną (jej poszczególnymi składnikami) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, którego konsekwencją musi być odrzucenie takiej oferty. Odwołujący wskazał orzeczenia Izby wyrok z dnia 23 maja 2016 roku sygn. akt KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16 oraz wyrok z dnia 24 września 2014 roku sygn. akt KIO 1844/14, podobnie wyrokach z dnia 19 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 216/14, z dnia 9 czerwca 2014 roku sygn. akt KIO 1049/14, z dnia 14 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2734/14.

Z punktu widzenia przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest istotna wartość takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Bez względu czy wynosi ona 1.000,00 zł czy też 2.000.000,00 zł jest czynem nieuczciwej konkurencji, którego wystąpienie zobowiązuje do odrzucenia oferty. Dla oceny tej sytuacji nie ma także znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny. Istotnym jest, że w toku postępowania Zamawiający wezwał Simplicity do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a zatem należy uznać, że wykonawca, składając żądane wyjaśnienia, miał możliwość wyjaśnienia sposobu i części składowych ceny ofertowej. W konsekwencji, Zamawiający winien uznać, że składając ofertę z tak sformułowaną ceną ofertową Simplicity dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem Zamawiający

odrzuć ofertę Simplicity.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący podnosił, że w ocenie Odwołującego zaoferowana przez Simplicity cena (zarówno za budowę SEPP jako usługi gwarancyjne) jest ceną rażąco niską.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający już wzywał Simplicity do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. To, w połączeniu z art. 90 ust. 2 Pzp oznacza, że wezwany wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący zaznaczył, że nie zna treści złożonych przez Simplicity wyjaśnień, to w jego ocenie nie obalały one powstałego domniemania rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego najpewniej Simplicity przyjęło konwencję złożonych przez siebie wyjaśnień polegająca na tym, że wyjaśnienia zawierały jakieś ogólne informacje, które można przyporządkować do wielu różnych wykonawców i postępowań oraz przedłożyło oferty od swoich podwykonawców (IBM Polska sp. z o.o., Enigma oraz IBM Global Services Delivery Centre Polska sp. z o.o.) i w ten sposób „wyjaśnia” zaoferowaną ceną. Tymczasem tego rodzaju „wyjaśnień” nie można uznać za skutecznie obalających domniemanie rażąco niskiej ceny. De facto bowiem sprowadzałyby się to do zastąpienia oświadczenia (oferty) wykonawcy, oświadczeniem (ofertą) podwykonawcy. Niezbędne jest zatem wyjaśnienie poszczególnych pozycji kosztowych i ich wysokości, w odniesieniu do wykonywanych usług czy dostaw. W konsekwencji wykonawca musi szczegółowo wskazać wszystkie występujące koszty, czy to przez własną szczegółową kalkulację nakładów rzeczowych i osobowych, czy to przez kalkulację jego podwykonawcy. W każdym bowiem przypadku weryfikacja prawidłowości ceny musi polegać na dokładnym sprawdzeniu wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, a nie tego czy oferta wykonawcy, znajduje swe odzwierciedlenie w ofercie (ofertach podwykonawców). To drugie bowiem sprowadza się w swej istocie na obejściu konieczności wyjaśnienia ceny przez „ukrycie” się za ceną podwykonawcy. Konieczne jest złożenie ofert podwykonawców, aby wykazać realność (rynkowość) ceny, niemniej samo to nie jest wystarczające (tak jak i same oferty nie są wystarczające). Prawidłowo skonstruowane wyjaśnienia, w takim przypadku jak niniejszy (czyli posługiwania się w znacznym zakresie realizacji zamówienia podwykonawcami), muszą zawierać, wyjaśnienia poszczególnych pozycji kosztowych jak i oferty podwykonawców, tylko bowiem to połączenie weryfikuje realnie zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie mogą polegać na „rozbiciu” ceny jako całości na poszczególne składniki (tj. usługi czy elementy dostawy), albowiem to w swej istocie nie jest wyjaśnieniem kosztów, a jedynie podziałem ceny jako całości, na ceny jednostkowe. Wyjaśnienia wymagają owe ceny jednostkowe, a nie tylko ich



przyporządkowanie do określonych pozycji. W ocenie Odwołującego z powyższego powodu wyjaśnienia Simplicity należy uznać za niewystarczające i skutkujące koniecznością odrzucenia jego oferty.

W zakresie zarzutu podania nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku z pkt VI.1.1).1.2 siwz Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, Simplicity w dokumentach składanych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp podało nieprawdziwe informacje, wprowadzając w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do posiadania wymaganego zgodnie z w pkt VI.1.1).1.2 siwz doświadczenia.

Zgodnie z punktem VII.4.1.1. siwz, wykonawca powinien przedłożyć wykaz usług oraz dokumenty potwierdzające wykonanie przez niego jednej dostawy, wraz z instalacją, serwerów i macierzy dyskowych, której wartość była nie mniejsza niż 5 000 000,00 zł (pięć milionów złotych). W celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, Simplicity korzystało z zasobów podmiotu, udostępniającego mu zasoby, tj. spółki Enigma. W punkcie 3 wykazu usług Simplicity wskazało, że posiada doświadczenie wymagane zgodnie z punktem VI.1.1).1.2 siwz, ponieważ Enigma zrealizowała na rzecz zamawiającego Centrum Zasobów Informatycznych (dalej: „CZI”) zamówienie, którego przedmiot stanowiły dostawa, wraz z instalacją, serwerów i macierzy dyskowych o wartości brutto przekraczającej 5.000.000,00 zł. Na potwierdzenie przedłożono dokument z dnia 27 marca 2018 r., zgodnie z którym CZI potwierdziło, że konsorcjum firm Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., Comp S.A., COIG S.A. oraz S&T Services Polska sp. z o.o. zrealizowało dostawę i wdrożenie Systemu Centralnego Backup'u (SCB RON) oraz szkolenie personelu, o wartości zamówienia 43.303.995,00 zł.

Odwołujący wskazał, że z przedłożonych dokumentów nie wynika, jaki zakres powyższego zamówienia został wykonany przez Enigmę. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika jednak, że do części przedmiotu powierzonego do wykonania w ramach konsorcjum Enigmie nie należała dostawa serwerów i macierzy dyskowych, jak również Enigma nie była co do zasady odpowiedzialna za ich instalację. Co więcej, wykonane przez Enigmę dostawy i usługi (o referencyjnym zakresie), których wykonania żąda Zamawiający w niniejszym postępowaniu, miały niższą wartość niż 5.000.000,00 zł brutto. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Enigma nie wykazała spełnienia tego warunku, ponieważ na potwierdzenie swojego doświadczenia wskazała doświadczenie nabyte przy realizacji zamówienia, którego nie wykonywała samodzielnie, ale jako jeden z członków konsorcjum, jak również żądane przez Zamawiającego dostawy i usługi nie należały do zakresu powierzonego do wykonania Enigmie, a innemu (innym) konsorcjantowi.

Odwołujący wskazał na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-

387/14, dotyczący art. 48 ust. 3 Dyrektywy nr 2004/18/WE argumentując, że TSUE stwierdził, że art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Pogląd wyrażony przez TSUE znajduje także szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby (m.in. sygn. akt: KIO 1987/17, KIO 326/18 i KIO 327/18, KIO 568/18) i dotyczy nie tylko zasobów własnych wykonawcy, ale także sytuacji powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego (tak KIO 568/18). W ocenie Odwołującego oznacza to, że Simplicity może w takim zakresie polegać na wiedzy i doświadczeniu Enigmy uzyskanym w ramach uczestniczenia w konsorcjum, którego Enigma była członkiem, w jakim rzeczywiście, faktycznie i konkretnie Enigma uczestniczyła w realizacji powołanych usług referencyjnych. Przy doświadczeniu zawodowym liczy się bowiem stan faktyczny realizacji dostaw i usług, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, Enigma nie zrealizowała na rzecz Centrum Zasobów Informatycznych dostawy serwerów i macierzy dyskowych jak również, co do zasady nie była odpowiedzialna za ich instalację, zaś do powierzonego jej przedmiotu zamówienia wchodził inny jego zakres, Enigma nie może udostępniać Simplicity doświadczenia w zakresie, w jakim zamówienie zostało co prawda zrealizowane przez konsorcjum, którego była liderem, jednak przez innego konsorcjanta. Tym samym Simplicity oświadczając, że wskazane w wykazie usługi spełniają warunki ubiegania się o zamówienie, wprowadziło Zamawiającego w błąd. Nie można przy tym przyjąć w ocenie Odwołującego, że wprowadzenie w błąd było omyłkowe, gdyż Enigma musiała wiedzieć, jaką część przedmiotu zamówienia zrealizowała samodzielnie i jaki był podział między poszczególnymi konsorcjantami. Co więcej, samo Simplicity wiedziało lub mógł bez trudu uzyskać wiedzę, że wskazywana usługa nie została w żądanym przez Zamawiającego zakresie zrealizowana przez Enigmę, a tym samym Enigma nie mogła mu w tym zakresie skutecznie użyczyć doświadczenia. Zdaniem Odwołującego Simplicity podało w ofercie nieprawdziwe informacje, wskazując, że podmiot udostępniający mu zasoby, w tym doświadczenie, wykonał usługę dostawy, wraz z instalacją, serwerów i macierzy dyskowych o wartości przekraczającej 5.000.000,00 zł, wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający powinien być z tego powodu wykluczyć Simplicity z postępowania i w konsekwencji odrzucić ofertę. Ewentualnie, Zamawiający działający z należytą starannością, po zapoznaniu się z przedłożoną mu referencją, która wystawiona

była dla całości konsorcjum (składającego się z aż czterech różnych podmiotów), co najmniej powinien być wezwać Simplicity do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu realizacji (zrealizowanych dostaw i usług) przez Enigmę i na podstawie uzyskanych wyjaśnień podjąć dalsze działania.

W zakresie zarzutu podania nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku z pkt VI.1.1).1.3 siwz Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, Simplicity w dokumentach składanych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp podało nieprawdziwe informacje, wprowadzając w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu posiadania wymaganego zgodnie z w pkt VI.1.1).1.3 siwz doświadczenia.

Zgodnie ze wskazanym wyżej postanowieniem siwz wykonawca zobowiązany był do wykazania się dostawą wraz z instalacją infrastruktury sieciowej IT urządzenia sieci LAN, której wartość była nie mniejsza niż 2.000.000 zł. W celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, Simplicity korzystało z zasobów spółki Enigma, a na potwierdzenie tego warunku Simplicity wskazało w wykazie usług pod poz. 3 zamówienie zrealizowane przez Enigma wspólnie z Comp S.A. na rzecz Resortowego Centrum Zarządzania Sieciami Teleinformatycznego wraz z protokołem „przejęcia - przekazania”. Jednakże to zamówienie nie spełnia wyżej zacytowanego warunku, albowiem nie obejmowało swym zakresem dostawy i instalacji *infrastruktury sieciowej IT urządzenia sieci LAN*. Przedmiotem tamtego zamówienia była dostawa urządzeń IP Krypto, które jest elementem szyfrującym, ale nie urządzeniem sieci LAN.

Urządzenia sieci LAN to takie, które umożliwiają działanie sieci LAN (Local Area NetWork). To przede wszystkim takie urządzenia jak: koncentratory, przełączniki, routery, karty sieciowe, modemy. Urządzeniami sieci LAN nie są natomiast urządzenia podłączone do sieci LAN. Przykładowo zwykły telewizor, czy też monitor, choć może być do takiej sieci LAN podłączony to z pewnością nie jest urządzeniem sieci LAN (podobnie jak ten sam telewizor choć podłączony jest do sieci energetycznej nie jest elementem sieci energetycznej). Tymczasem urządzenia IP Krypto, choć mogą być podłączone do sieci LAN nie pełnią funkcji urządzenia takiej sieci, mają bowiem całkowicie inne przeznaczenie. W ocenie Odwołującego ww. zamówienie z pewnością nie spełnia warunku opisanego w pkt pkt VI. 1.1). 1.3 siwz.

Zdaniem Odwołującego nie można przyjąć, że wprowadzenie w błąd było omyłkowe, gdyż Enigma musiała doskonale wiedzieć co było przedmiotem dostawy. Co więcej, samo Simplicity wiedziało lub mógł bez trudu uzyskać wiedzę, że wskazywana usługa nie obejmowała swym zakresem *infrastruktury sieciowej IT urządzenia sieci LAN* i nie został spełniony także warunek co do wartości tego zamówienia, albowiem to już wynika wprost

ze złożonego protokołu przejęcia. Ewentualnie, Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do przedłożenia, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp prawidłowego wykazu usług (tj. z wykazaniem spełnienia tego warunku).

W zakresie zarzutu niespełnienie warunków udziału w postępowaniu - zdolność ekonomiczna w ocenie Odwołującego, Simplicity w dokumentach składanych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp nie przedłożyło dokumentu potwierdzającego spełnianie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu co do sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z punktem VI.1.3) siwz, o Zamówienie mógł się ubiegać wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, w tym wykaże posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł (dwadzieścia milionów złotych). W punkcie VII.4.1.3 siwz Zamawiający wskazał, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawca zobowiązany jest przedłożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2019 r., Simplicity przedłożył zaświadczenie z Santander Bank Polska S.A. z dnia 4 marca 2019 r., z którego wynika, że bank na podstawie wstępnej oceny zdolności kredytowej uznaje, że wykonawca posiada wymaganą przez Zamawiającego zdolność kredytową. W ocenie Odwołującego, z uwagi na fakt, że przedmiotowe zaświadczenie zostało wydane, zgodnie z jego brzmieniem, na podstawie wyłącznie wstępnej oceny zdolności kredytowej Simplicity, nie jest wystarczającym dokumentem na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Zaświadczenie z banku nie musi mieć charakteru decyzji kredytowej czy promesy, jednakże wydaje się koniecznym, aby potwierdzało ono zdolność kredytową podmiotu na podstawie zwykłej (czyli de facto pełnej) analizy zdolności kredytowej spółki, a nie opierało się jedynie o wstępną, szacunkową ocenę banku. W innym przypadku opinie bankowe de facto będą kompletnie nie znaczącymi dokumentami, oderwanymi od rzeczywistej zdolności kredytowej wykonawcy. Posiadanie przez wykonawcę żądanej zdolności ekonomicznej i finansowej jest dla Zamawiającego gwarantem, że w przypadku wyboru oferty danego wykonawcy i zawarcia z nim umowy na wykonanie zamówienia publicznego, wykonawca tej udźwignie finansowy ciężar jego realizacji i nie wycofa się lub nie ogłosi upadłości w trakcie umowy. Zauważyć bowiem należy, że w przypadku tego rodzaju zamówień, co przedmiotowe Postępowaniu, Wykonawca często jest zmuszony wyłożyć znaczne kwoty pieniędzy na zakup odpowiedniego sprzętu czy oprogramowania, jak również na opłacenie pracowników i dopiero po wykonaniu pewnego etapu otrzymuje ich zwrot

od Zamawiającego. Jeżeli jednak wykonawca nie będzie posiadał stosownych środków lub wystarczającej zdolności kredytowej, może nie być w stanie wykonać zamówienia. Z tego względu w ocenie Odwołującego, co zresztą potwierdzają przywołane wcześniej postanowienia siwz, zgodnie z którymi wykonawca powinien przedłożyć zaświadczenie potwierdzające jego zdolność kredytową, uznać należy, że zaświadczenie potwierdzające zdolność kredytową jedynie po wstępnej analizie dokumentów, a nie po przeprowadzeniu pełnego badania Simplicity przez bank, jest niewystarczającym dokumentem. W swej istocie bowiem nie jest to opinia informacja (zaświadczenie) banku potwierdzająca zdolność, a jedynie „wstępne zaświadczenie / informacja”, tymczasem przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. 2016, poz. 1126 z późn. zm.) o takim dokumencie nie wspominają. Zaświadczenie (informacja banku) budzi tym większe wątpliwości, że zarówno sytuacja finansowa (w szczególności przychody, dochód, jak i środki trwałe tego wykonawcy) absolutnie nie predestynują go do takiej zdolności kredytowej, jaka jest wydana w tej opinii. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien był bądź wezwać Simplicity do przedłożenia prawidłowego zaświadczenia, wystawionego przez bank już po badaniu zdolności kredytowej tego podmiotu, bez zastrzeżenia o jakiejś wstępności badania, które czyni ten dokument bezwartościowym i nie spełniającym swej roli.

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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 maja 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego*

zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z

faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie procesowym z dnia 6 czerwca 2019 roku złożone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania

odwoławczego oraz dopuściła w poczet materiału dowodowego dowody zawnioskowane i złożone na posiedzeniu przez Odwołującego wraz z ww. pismem:

- dowód nr 1 (D1) – Umowa Konsorcjum z dnia 18 sierpnia 2016 roku,
- dowód nr 2 (D2) – Umowa nr 9/Z/2017 z dnia 28 lutego 2017 roku,
- dowód nr 3 (D3) – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia „Dostawa urządzeń kryptograficznych wraz z usługą wdrożenia i szkolenia”, Nr sprawy 17/4/46/17,
- dowód nr 4 (D4) – Umowa 39/Z/2017 z dnia 21 września 2017 roku,
- dowód nr 5 (D5) – Opinia dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji (SEPP) przygotowana przez Pana dr hab. inż. A. Z.,
- dowód nr 6 (D6) – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia „Urządzenia i oprogramowanie do rozbudowy infrastruktury sieciowej i data-center RON”, Nr sprawy 17/4/41/17,
- dowód nr 7 (D7) – ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2017/S 177-362171,

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego na posiedzeniu poza ww. pismem:

- dowód nr 8 (D8) – Instrukcja obsługi piekarnika elektrycznego do zabudowy,
- dowód nr 9 (D9) – wydruk ze strony internetowej [www.zawszeczujni.pl](http://www.zawszeczujni.pl) artykułu „Polskie rozwiązania stosowane w ochronie informacji niejawnych posiadające certyfikaty SKW lub ABW.”,
- dowód nr 10 (D10) – wydruk ze strony internetowej [www.zawszeczujni.pl](http://www.zawszeczujni.pl) zestawienia tabelarycznego Certyfikatów ochrony Kryptograficznej oraz Certyfikatów ochrony Kryptograficznej.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w piśmie procesowym z dnia 4 czerwca 2019 roku. Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dowody zawnioskowane i złożone na posiedzeniu tj.:

- dowód nr 11 (P1) – pismo Arrow ECS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie z dnia 5 czerwca 2019 roku,
- dowód nr 12 (P2) – Oświadczenie Comp spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie z dnia 5 czerwca 2019 roku,
- dowód nr 13 (P3) – Oświadczenie Coig spółka akcyjna z dnia 5 czerwca 2019 roku,
- dowód nr 14 (P4) – Oświadczenie Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
- dowód nr 15 (P5) – Karta katalogowa urządzenia IP CompCrypt ETA-MIL 100Z,



- dowód nr 16 (P6) Protokoły odbioru do umowy nr 9/Z/2017 z dnia 28 lutego 2017 roku (10 protokołów według spisu).

Izba dopuściła w trakcie rozprawy - na wniosek uczestnika postępowania odwoławczego - dowód (dowód nr 17) z okazania na ekranie monitora komputera Protokół Przyjęcia nr 111/KK/2017 z dnia 12 października 2017r., gdzie przyjmującym był 2 RBLOG Skład Zegrze a treści podano, że Enigma dostarczyła urządzenie CompCrytp ETA-MIL 100Z.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania Izba ustaliła i zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Simplicity jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, a to wskutek przeniesienia części kosztów świadczenia usług serwisowych do ceny za budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, powyżej wskazany przepis zawiera odesłanie do konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku poz. 1010 ze zm, dalej „ustawa z.n.k.”), która to ustawa zawiera definicję legalną czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 stanowiąc, że *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*. Pojęcie „dobre obyczaje” jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje *nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje(...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą* (Ewa Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010*). Ugruntowane jest również stanowisko, że naruszenie któregoś z powyżej wskazanych systemów normatywnych - aby można było zakwalifikować dany czyn, dane działanie podmiotu jako czyn nieuczciwej konkurencji - musi mieć choćby potencjalny wpływ na interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tak więc aby można było zakwalifikować dane działania jako czyn nieuczciwej konkurencji musi to działanie łącznie spełniać dwie przesłanki: musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stanowisko takie

ugruntowane jest w orzecznictwie i doktrynie. *Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006).* Co istotne, i co należy podkreślić w tym miejscu, zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta musi mieć charakter obiektywny, tym samym dostrzegalny dla wszystkich podmiotów w tym Zamawiającego, czyli nie może być kwalifikowane jako takie zagrożenie jedynie subiektywne odczucie wykonawcy. Jednocześnie zagrożenie to musi być realne.

Należy wskazać, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy są działania wykonawcy, które prowadzą do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Jednakże Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie.

Odwołujący skupił swoją argumentację na wykazaniu, że uczestnik postępowania odwoławczego winien był koszty zakupu wsparcia producenta zawrzeć w kosztach gwarancji serwisowej, w celu uzyskania środków finansowych od Zamawiającego na najwcześniejszym etapie realizacji zamówienia (wraz z dostawą licencji). Jednocześnie, choć wskazując na koszty jakie musiałby ponieść wykonawca kredytuując zakup wsparcia producenta i fakturując go wraz z usługami serwisu gwarancyjnego nie przedstawia jakiegokolwiek dowodu na okoliczność faktycznego poniesienia takiego kosztu na późniejszym etapie. Mógł przedstawić np. informacje odnoszące się do ponoszonych w tym zakresie kosztów przez Odwołującego, bowiem jak wskazał właśnie takie rozwiązanie przyjął w swojej ofercie. Odwołujący nie odniósł się również do argumentacji Zamawiającego, że wsparcie producenta przechodzi na Zamawiającego wraz z licencją, które nabywa na pierwszym etapie postępowania, a byt wsparcia producenta nie jest uzależniony od dalszych losów umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do załącznika nr 13 do Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ w punkcie 3 Izba stwierdziła, że z treści tego postanowienia wynika jedynie, że wykonawca zobowiązany jest na potrzeby świadczenia serwisu gwarancyjnego do wykupienia wsparcia producenta (oprogramowania, sprzętu) na okres 36 miesięcy, a zakres tego wsparcia musi odpowiadać określonym przez Zamawiającego wymaganiom.

Nie wynika natomiast z tego postanowienia, że wartość zakupu wsparcia producenta ma zostać skalkulowana w cenie za usługi serwisu gwarancyjnego. W ocenie Izby nie potwierdza również tego wskazywany przez Odwołującego § 5 ust. 9 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWIZ, ponieważ odnosi się on jedynie do sposobu płatności za serwis gwarancyjny, który będzie dokonywany z dołu, za każdy kwartał licząc od dnia podpisania bez uwag protokołu odbioru Przedmiotu umowy w zakresie budowy SEPP. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że zgodnie z § 1 ust. 1 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWIZ przedmiotem umowy jest zaprojektowanie, dostarczenie, instalacja i uruchomienie SEPP Systemu Elektronicznej Poczty Policji oraz świadczenie serwisu gwarancyjnego przez okres 36 miesięcy od daty odbioru Systemu. W § 5 ust. 4 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWIZ podane zostało wartość przedmiotu umowy obejmuje między innymi wynagrodzenie za udzielenie/zapewnienie licencji/sublicencji, co potwierdza w ocenie Izby, że skoro wsparcie producenta „jest ściśle związane z licencją” – czego nie kwestionował Odwołujący – które wykonawca kupuje na potrzeby budowy Systemu, to nie było niezgodnym w obliczu postanowień SWIZ ujęcie ceny zakupu tych produktów w cenie za budowę SEPP. Zgodnie ze złożonym przez uczestnika postępowania odwoławczego dowodem (P1), wsparcie producenta podlega zakupieniu wraz z licencją, z jednorazowym wynagrodzeniem płatnym z góry za dostawę licencji i za pełny okres wsparcia producenta dla oferowanego oprogramowania. Podkreślić należy, że w oparciu o taką ofertę konstruował swoją ofertę uczestnik postępowania odwoławczego, czyli faktycznie i realnie ponoszone koszty. W „Uwagach” zamieszczonych w punkcie 3 Formularza Oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w ocenie Izby zawarte jest potwierdzenie prawidłowości działania uczestnika postępowania odwoławczego, bowiem zgodnie z punktem 1 tych „Uwag” cena ofert z tytułu budowy SEPP musi odzwierciedlać wartość dostarczonych licencji, a w punkcie 2 Zamawiający jasno wskazał, że cena oferty za serwis gwarancyjny winna odzwierciedlać rzeczywiste koszty, które poniesienie wykonawca. Tym samym skoro cena licencji ma być ujęta w cenie oferty z tytułu budowy SEPP, a wsparcie producenta jest z tą licencją ściśle powiązane to ujęcie ceny wsparcia w cenie oferty za serwis gwarancyjny nie potwierdzałoby rzeczywistego kosztów tej usługi.

Mając na uwadze, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny (Ewa Nowińska, Michał du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010*) „dobre obyczaje” stanowią klauzulę generalną i w ocenie tej przesłanki niezbędnym jest odniesienie do rzeczywistej kwestii wartości przy ocenie działania wykonawcy z punktu widzenia reguł uczciwej konkurencji, Izba mając na uwadze powyższą argumentację stwierdziła, że w tym stanie rzeczy w tym przedmiotowym postępowaniu uczestnik nie naruszył dobrych obyczajów. Nie można również pominąć faktu, że Odwołujący nie odwołał się do żadnego określonego

przepisami ustawy z.n.k. czynu nieuczciwej konkurencji, któryby miał w jego ocenie zostać przez uczestnika postępowania odwoławczego dokonany.

Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że dokonany przez uczestnika postępowania odwoławczego sposób prezentacji ceny oferty z ujęciem w cenie za budowę SEPP ceny wsparcia producenta miał prowadzić do uniemożliwienia uzyskania zamówienia innym wykonawcom. Należy wskazać, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy są działania wykonawcy, które prowadzą do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą. Jednakże Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie. Odwołujący nie wykazał, że działania uczestnika postępowania odwoławczego miały na celu eliminację Odwołującego. Tym samym Odwołujący nie wykazał potwierdzenia również drugiej z przesłanek jakiej spełnienie jest niezbędne dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Simplicity jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, zarówno w odniesieniu do ceny za budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji, jak i ceny za świadczenie usług serwisu gwarancyjnego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 marca 2019 roku Zamawiający wezwał uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej w postępowaniu ceny. Zamawiający zażądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny dla oferowanego rozwiązania technicznego oraz podał, że skierowanie wezwania z uwagi na zaistniałe przesłanki ustawowe jest obligatoryjne. Za pismem z dnia 26 marca 2019 roku uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczące wyliczenia ceny oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ocenie Izby niezbędnym jest w tym miejscu w pierwszej kolejności odniesienie się do konstrukcji zarzutów odwołania oraz kwestii domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny w postępowaniu, które było podnoszone przez Odwołującego, jak również ciężaru dowodu w przypadku zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty złożonej w postępowaniu. Mając na uwadze treść art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub

średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 powołanego wyżej przepisu, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Treść przepisu wskazuje w sposób oczywisty i jednoznaczny, że zasadą, czyli nałożonym na Zamawiającego obowiązkiem, jest każdorazowe wzywianie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, w przypadkach, gdy cena tej oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Taka regulacja przepisu, nakładająca na Zamawiającego skonkretyzowany obowiązek wynikający jedynie z arytmetyki i nie tworzy domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny. Gdyby uznać, że powstaje takie domniemanie to za niezasadne należałoby przyjąć stanowisko prawodawcy wyrażone w dalszej części art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pozwalające na odstąpienie Zamawiającemu do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, w przypadku gdy ta rozbieżność wynika z niewymagających wyjaśnienia oczywistych okoliczności. Nadmienić należy również, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający zawsze, gdy uzna, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, może zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie. Regulacja ta jest zasadna, bowiem należyte i poprawne prowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego jest jego obowiązkiem, a znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie Izby, gdzie pogląd ten wydaje się być ugruntowany. W orzecznictwie podkreśla się również, że procedura wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy stanowi obowiązek Zamawiającego, z jednym wskazanym przez ustawodawcę wyjątkiem. Istotnym również dla tego problemu jest fakt, że nie istnieją sztywne kryteria, jakie winny zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające, a ocena w każdym konkretnym przypadku dokonywana jest przez Zamawiającego, natomiast treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat zapytania. Wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, winien to uczynić z uwagi na konsekwencje jakie w przypadku niewykazania będzie musiał ponieść tj. odrzucenia oferty z postępowania. Niemniej, odrzucenie oferty z postępowania przez Zamawiającego również wymaga uzasadnienia, w obowiązującym stanie prawnym aktualnym pozostaje bowiem ciężar wskazania przez Zamawiającego przyczyn, dla których uznaje wyjaśnienia

za niedostateczne, w tym również nie poparte dowodami (jeżeli takowe mogą być pozyskane).

Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu musi być uzasadniona okolicznościami faktycznymi zawartymi w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne skonkretyzowane zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, dla których twierdzi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę

ściśłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że dla oceny podniesionego zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że „powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie, a odnoszącej się do rozpoznawanego zarzutu argumentacja faktyczna jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów. Odwołanie, które zreferowane zostało w części historycznej wyroku, skupia się na przeświadczeniu Odwołującego, że cena oferty uczestnika postępowania odwoławczego, zarówno w odniesieniu do ceny za budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji, jak i ceny za świadczenie usług serwisu gwarancyjnego, jest ceną rażąco niską. Odwołujący wskazał, że nie zna treści złożonych

przez uczestnika postępowania odwoławczego wyjaśnień, jednocześnie wskazując, że wyjaśnienia winny zawierać przedstawienie poszczególnych pozycji kosztowych nie wskazuje, jakie to w ocenie Odwoływającego pozycje kosztowe winny być ujęte w złożonych wyjaśnieniach, a których oceny należałoby dokonać. Odwołanie się do weryfikacji „wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia” jakie poczynił Odwołujący jest ogólnym i niedającym się weryfikować zakresem, bowiem nigdzie nie podał Odwołujący jakie to są te wszystkie niezbędne koszty, jakie powinien by ująć w swoich wyjaśnieniach uczestnik postępowania odwoławczego. Fakt nieznamości wyjaśnień jakie złożył uczestnik nie powoduje po stronie odwoływającego niewiedzy co do niezbędnych kosztów postępowania, bowiem składając ofertę w postępowaniu znany był mu przedmiot zamówienia i jest w stanie na tej podstawie określić elementy, które w jego ocenie nie zostały ujęte w kosztach bądź mogły zostać ujęte w sposób nieoszacowany. Twierdzenia Odwoływającego odnoszące się do poszczególnych pozycji kosztowych – zaznaczyć należy, że niewiadomo o jakie pozycje kosztowe chodziło Odwoływającemu – w odniesieniu do ofert podwykonawców również z uwagi na brak wskazania tych pozycji kosztowych jak również braku uzasadnienia podstawy niemożliwości uznania tych wartości w poszczególnych pozycjach są w zasadzie nieweryfikowalne. Zaznaczenia wymaga, że koszty poszczególnych elementów cenotwórczych składających się na całość oferty - z uwagi na brak określenia sposobu ich przedstawiania - wykonawcy samodzielnie, w określony przez siebie sposób przygotowywali i składali. Obowiązkiem Odwoływającego było zatem podanie tych pozycji kosztowych, które przy uwzględnieniu danych ofert podwykonawców, rodziłyby obowiązek przewidzenia innych, dodatkowych, niezbędnych kosztów – to powodowałoby i zarazem pozwalałoby na ocenę przedstawionych przez uczestnika postępowania odwoławczego wyjaśnień. Zasadne w tym zakresie było stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wskazujące, że Odwołujący nie podał jakich pozycji nie uwzględnił w swojej kalkulacji kosztowej lub jakich pozycji wartość zaniżył, co powoduje, że uczestnik postępowania odwoławczego nie miał w zasadzie możliwości merytorycznego odniesienia się i obrony przed zarzuconym naruszeniem przepisów ustawy. To Odwołujący wyznacza zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiedni wniosek o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwoływającego. W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej



w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa, a dokonuje tego w odniesieniu do wskazanych przez Odwołującego nieprawidłowości. Izba nie poszukuje samodzielnie w złożonych wyjaśnieniach elementów, które nie zostały wskazane przez Odwołującego i w takiej sytuacji nie dokonuje samodzielnie oceny złożonych wyjaśnień.

W ocenie Izby, przepisom wymienionym powyżej, a odnoszącym się do prawidłowej konstrukcji zarzutów odwołania nie przeczą i nie stoją w opozycji przepisy dotyczące ciężaru dowodu. Zgodnie z przyjętą regulacją prawną w art. 190 ust. 1a ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub Zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Z przepisu tego w sposób jednoznaczny wynika, że reguluje kwestę ciężaru dowodu w zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny. Przepis ten nie odnosi się do samej konstrukcji odwołania zwalniając Odwołującego z przedstawienia w uzasadnieniu odwołania argumentacji faktycznej, lecz nakłada na odpowiednie wskazane w przepisie podmioty obowiązek dowodzenia, że oferta ceny rażąco niskiej nie zawiera. Umieszczenie ww. ustępu 1a w ramach przepisu art. 190 wiąże się z obowiązkiem twierdzenia i dowodzenia tych wszystkich okoliczności, które mogą być przedmiotem dowodu w ramach tego przepisu. Tak więc na etapie postępowania odwoławczego toczonego przed Izbą, na rozprawie, właściwe podmioty określone ustawą winny dowodzić zasadności wcześniej zapadłych decyzji. Ustawowe określenie obowiązku dowodzenia nie zwalnia natomiast Odwołujących, kwestionujących wybór danej oferty, z ukształtowania, podniesienia zarzutów odwołania zgodnie z określonymi wymaganiami, wskazaniem uzasadnienia faktycznego.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Simplicity z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w poz.3 wykazu usług i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że Simplicity spełnia określony w pkt VI 1.1).1.2 SIWZ warunek ubiegania się o zamówienie, ewentualnie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu realizacji (zrealizowanych dostaw oraz usług) przez Enigma, ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego wykazu usług

poświadczającego spełnienie ww. warunku ubiegania się o zamówienie – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzone akta sprawy odwoławczej, że zgodnie z SIWZ pkt VI 1.1).1.2 o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej: *1(jednej) dostawy, wraz z instalacją, serwerów i macierzy dyskowych, której wartość była nie mniejsza niż 5 000 000,00 zł (pięć milionów złotych).*

Uczestnik postępowania odwoławczego za pismem z dnia 23 kwietnia 2019 roku przedstawił na tą okoliczność *Wykaz usług* i w pozycji 3 wskazał *dostawa, wraz z instalacją, serwerów i macierzy dyskowych* wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Załączył również oświadczenie Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Na wstępie Izba wskazuje, za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy nie naruszył tej ustawy.

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek z punktu 16 art. 24 ust. 1 ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź

ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość / powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”. Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego

charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Ustawodawca w regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy zaznaczył, że wykonawca „wprowadził zamawiającego w błąd”, zatem ustawodawca przesądził, że jest to czynność dokonana wykonawcy. Tym samym działanie wykonawcy musi prowadzić do faktycznego wywołania u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o okolicznościach odnoszących się do podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zamawiający dokonał oceny złożonych dokumentów i uznał, że uczestnik postępowania odwoławczego nie podlega wykluczeniu, a wykazane doświadczenie potwierdza spełnienie określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie miał wątpliwości co do oceny przedstawionych dokumentów. Za zasadne w ocenie Izby należy przyjąć stanowisko, że wykonawca składając oświadczenie w przedstawionym Wykazie jak i dokumenty potwierdzające wykonanie zamówienia, potwierdził jednocześnie, że podmiot na zasobach którego będzie polegał realnie brał udział w realizacji zamówienia wymaganej dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu .

Kluczowym dla rozstrzygnięcia zarzutów postawionych przez Odwołującego jest ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Z przedstawionych dowód - zarówno przez Odwołującego jak i uczestnika postępowania odwoławczego - wynika następujący stan faktyczny: zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego Umową Konsorcjum z dnia 18 sierpnia 2018 roku (D1) Enigama Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Enigma) była jednym z czterech wykonawców wspólnie ubiegającym się o zamówienie (pełnomocnikiem / liderem) na „Budowę i wdrożenie centrów danych, ośrodków przetwarzania i archiwizacji danych. Budowa systemu centralnego Backup’u” przeprowadzanego przez Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi. W załączniku nr 1 do ww. umowy zawartym w dniu 4 stycznia 2017 roku strony ustaliły podział prac z tytułu wykonania zamówienia, w oparciu o który Enigma zobowiązana była, zgodnie z § 1, do wykonania prac – dostaw: biblioteka taśmowa, taśmy LT07, taśmy czyszczące, szafy teleinformatyczne 42U 19”, oraz wraz z wykonawcą COMP spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Comp) oprogramowanie Backup’owe (z wymaganymi licencjami), dostawy opcjonalne zgodnie

z zapotrzebowaniem Zamawiającego. Natomiast w zakresie wdrożenia, w tym instalacja, konfiguracja, i integracja urządzeń Enigma zobowiązana była, zgodnie z § 3 do wykonania: system dyskowy typu I, biblioteka taśmowa, taśmy LT07, taśmy czyszczące oraz łącznie z Comp i COIG spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Coig) oprogramowanie Backup'owe (z wymaganymi licencjami). Na podstawie § 2 załącznika nr 1 do ww. umowy sprzęt i oprogramowanie z pozycji 1-21 (tj. z wyłączeniem dostaw opcjonalnych) miało być dostarczone przez wskazane w tabeli w § 1 podmioty na adres magazynu centralnego wskazanego przez Enigma, skąd zostaną przez Enigma dostarczone do wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji i dokonany zostanie ich odbiór. Natomiast w załączniku nr 2, w tabeli podano procentowo podział ponoszonych kosztów zakupu urządzeń wraz z oprogramowaniem oraz kosztów wykonania usług, zgodnie z którym Enigam ponosiła koszty w 100% za: biblioteka taśmowa, taśmy LT07, taśmy czyszczące, szafy teleinformatyczne 42U 19" oraz w 50% za: oprogramowanie Backup'owe (z wymaganymi licencjami), system dyskowy typu I; natomiast usługi wdrożenia, w tym instalacji konfiguracji i integracji urządzeń zgodnie z załącznikiem nr 1.

W oparciu o przedstawioną przez Odwołującego Umowę nr 9/Z/2017 z dnia 28 lutego 2017 roku (D2) załącznik nr 1 (tabela 7 na stronie 7) cena za system dyskowy typu I to kwota 3 861 560,40 zł brutto. Izba w tym miejscu wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, które nie było kwestionowane w czasie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego ten system dyskowy stanowi macierz.

W postępowaniu zostały złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego oświadczenia: (dowód nr 12 – P2) Comp, w którym podmiot ten wskazał, że „potwierdzamy, że w ramach zakresu wykonywanych podczas realizacji ww. umowy prac, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. faktycznie dostarczała do Zamawiającego i brała udział w instalacji serwerów i macierzy dyskowych o wartości przekraczającej kwotę 5 mln złotych brutto.”; (dowód nr 13 – P3) Coig, który oświadczył, że „potwierdzamy, że w ramach wykonania zamówienia, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. wspólnie z COIG S.A., dostarczyła do Zamawiającego oraz zainstalowała serwery i macierze dyskowe o wartości przekraczającej kwotę 5 mln złotych brutto”. Uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił również Protokoły odbiorów (dowód nr 16 – P6) .

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba wskazuje, że nie doszło do naruszenia podnoszonego przez Odwołującego art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy przez Zamawiającego.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że oświadczenie jakie zostało zawarte w złożonym Wykazie usług w pozycji 3

nie wprowadziło Zamawiającego w błąd, nie spowodowało u Zamawiającego mylnego przeświadczenia o wykazaniu spełnienia przez uczestnika postępowania odwoławczego warunków udziału w postępowaniu, ponieważ na podstawie dokumentów przedstawionych w poczet materiału dowodowego wywieść należy, że Enigma realizowała w referencyjnym zamówieniu dostawę wraz z instalacją serwerów i macierzy. Izba dostrzega, że zarówno Umowa Konsorcjum (D1) oraz załączniki do umowy zostały przez Strony tej umowy zawarte przed podpisaniem Umowy z dnia 28 lutego 2017 roku (D2), tym samym również przed faktyczną realizacją tej umowy. W Umowie Konsorcjum, którą w poczet materiału dowodowego przedstawił Odwołujący, zawarto poza postanowieniami odnoszącymi się do podziału zadań również postanowienia, że strony zobowiązują się do udzielania sobie nawzajem wszelkiej uzasadnionej pomocy i wsparcia w wykonywaniu zamówienia na każdym etapie realizacji zamówienia (§ 2 ust. 3), zobowiązały się również, w przypadku gdy oferta zostanie wybrana, do współpracy w celu należytej i terminowej realizacji zamówienia (§ 5 ust. 1). Treść złożonych oświadczeń (dowód nr 12-P12 i dowód nr 13 - P13) potwierdzają, że Enigma wspólnie z Coig dostarczała i instalowała serwery i macierze oraz faktycznie dostarczała do zamawiającego i brała udział w instalacji serwerów i macierzy dyskowych wraz z Comp. Izba zaznacza, że zgodnie z przedstawionymi przez Odwołującego załącznikami do Umowy Konsorcjum (D1) zakres zadań jakie wykonała w realizacji zamówienia Enigma, zgodnie ze złożonymi oświadczeniami Coig i Comp (dowód nr 12-P12 i dowód nr 13 - P13) uległ zmianie, a Enigma podjęła dodatkowe zadania nieokreślone Umową Konsorcjum (tak zainstalowanie serwerów i macierzy). W żaden sposób nie można kwestionować takiej możliwości w działaniu Enigmy, nie czynił tego również Odwołujący poprzestając na stwierdzeniu *nie sposób uwierzyć, że Enigma realizowała zadania, które nie są określone w umowie*. Jednakże wiara Odwołującego w określone działania czy zachowania pomiędzy innymi podmiotami gospodarczymi nie podlega ocenie w kontekście postawionych zarzutów odwołania, dla oceny których niezbędne jest ich udowodnienie. Oświadczenia (dowód nr 12-P12 i dowód nr 13 - P13) zastały złożone po zakończeniu realizacji Umowy z dnia 28 lutego 2017 roku (D2), tym samym odnoszą się do faktycznego i realnego zakresu realizacji tej umowy, a nie jedynie planowanych przez strony Umowy Konsorcjum (D1). Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która wymuszałaby na stronach Umowy Konsorcjum dokonywanie jakichkolwiek zmian w zakresie postanowień tej umowy bądź załączników do tej umowy, jak również żadnego argumentu jaki prowadziłby do wniosku, że uczestnik postępowania odwoławczego obowiązany był do przedstawiania Zamawiającemu dokumentów Umowy konsorcjum ze zmianami. W ocenie Izby odniesienie do § 2 załącznika nr 1 do Umowy Konsorcjum (D1) i rozróżnianie przez Odwołującego użytych tam pojęć „dostawy” w kontekście oświadczenia Comp (dowód nr 12-P12) nie daje

się tłumaczyć w taki prosty sposób jak zrobił to Odwołujący, że pojęcie „dostawy” przez Enigmę z § 2 Umowy Konsorcjum to „przewiezienie” i w tym duchu należy wyklądać oświadczenie Comp. Po pierwsze nie można w ocenie Izby tożsamyh pojęć, w jednym postanowieniu Umowy Konsorcjum interpretować różnie, a po drugie nie można im przypisywać znaczenia jakie nie zostało zdefiniowane w tej umowie odmiennie dla tych samych pojęć. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że złożone przez uczestnika postępowania oświadczenia (dowód nr 12-P12 i dowód nr 13 - P13) potwierdzają faktyczny stan zrealizowanego zamówienia i faktyczne wykonanie jego zakresów przy udziale określonych w tych oświadczeniach podmiotów. Jednocześnie stan ten potwierdzają Protokoły odbiorów (dowód nr 16 – P6) określające zakres realizacji korelujący ze złożonymi oświadczeniami (dowód nr 12-P12 i dowód nr 13 - P13).

Izba zaznacza w tym miejscu, że z ustawa Pzp, jak również akty wykonawcze do ustawy nie określają innego niż wykaz wykonanych usług dokumentu, który w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożyć winien wykonawca. Również z wyroku C-387/14 nie sposób wywodzić takiego obowiązku. Tym samym Zamawiający oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu mógł dokonać jedynie dokonując oceny złożonego oświadczenia w Wykazie usług. Regulacje ustawowe w art. 23 ust. 5 ustawy pozwalają Zamawiającemu na określanie szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunków kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (art. 22b ust. 1 ustawy). Natomiast w zakresie doświadczenia nabytego w „konsorcjum” i wykazywanego przez jednego tylko wykonawcę w kolejnych postępowaniach brak jest regulacji ustawowych. Jednakże nie oznacza to, że oświadczenia w tym zakresie nie są składane. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie zawarł w SWIZ żądanych szczególnych unormowań, zgodnych z ustawą, co do sposobu wykazywania doświadczenia pozyskanego w konsorcjum. Wydaje się zasadnym, że wykonawca w Wykazie usług winien był wskazać takie okoliczności, jednakże ocenie podlegają dokumenty złożone zgodnie z SWIZ i instrukcją ich złożenia. Izba zaznacza, że ocenie podlegają oświadczenia i nie można pomijać faktu złożenia tych oświadczeń, nie są one przecież składane jedynie dla samego ich złożenia. Odwołujący jak również Zamawiający nie mieli żadnych problemów, w oparciu o złożone oświadczenia, w zidentyfikowaniu podmiotu, który wykazuje swoje doświadczenie pozyskane w ramach podanego w pozycji 3 Wykazu usług zrealizowanego zamówienia. Złożone oświadczenie w Wykazie usług podlegało ocenie Zamawiającego, natomiast w obliczu zgromadzonego materiału dowodowego stwierdzić należy, że dokonana przez Zamawiającego ocena oświadczenia był prawidłowa.

Za niezasadne i niepotwierdzone, mając na uwadze powyżej zawartą argumentację Izba uznała zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 26 ust. 4 ustawy. Izba wskazuje, że główny zarzut odwołania naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy zmierzał do wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na podanie przez uczestnika postępowania odwoławczego nieprawdziwych informacji, jednakże zarzut ten się nie potwierdził. Odwołujący uzasadniając konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień odniósł się jedynie do złożonej referencji w zasadzie pomijając samo oświadczenie złożone w Wykazie Usług, które zawsze musi być odnoszone do ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu, jak również nie wykazał jakichkolwiek podstaw do takiego wezwania. Samo odniesienie się do treści złożonej referencji nie jest wystarczające, bowiem referencja to dokument pochodzący od podmiotów zewnętrznych, a jego treść kształtowana jest właśnie przez ten podmiot i nie sposób z tego wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy składającego taką referencję. Natomiast zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w zasadzie nie został przez Odwołującego uzasadniony jakąkolwiek argumentacją, jednocześnie nie sposób uznać za taką argumentację stanowiska Odwołującego poczynionego w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy, bowiem wzajemnie się one muszą wykluczać, z uwagi na to, że w przypadku stwierdzenia zaistnienia faktycznych podstaw wykluczenia w oparciu o ww. podstawy prawne ugruntowaną w orzecznictwie jest niemożliwość skutecznego uzupełnienia dokumentów w tym zakresie i tym samym konwalidacji czynności wykonawcy.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Simplicity z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z uwagi na podanie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w poz. 4 wykazu usług i wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że Simplicity spełnia określony w pkt VI 1.1).1.3 SWIZ warunek ubiegania się o zamówienie, ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego wykazu usług poświadczającego spełnienie ww. warunku ubiegania się o zamówienie – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzone akta sprawy odwoławczej, że zgodnie z SIWZ pkt VI 1.1).1.3 o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej: *1(jednej) dostawy, wraz z instalacją, infrastruktury sieciowej IT urzędnia sieci LAN, której wartość była nie mniejsza niż 2 000 000,00 zł (dwa milionów złotych).*



Uczestnik postępowania odwoławczego za pismem z dnia 23 kwietnia 2019 roku przedstawił na tą okoliczność *Wykaz usług* i w pozycji 4 wskazał *dostawą, wraz z instalacją, infrastruktury sieciowej IT urzędnia sieci LAN* wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia tj. Protokół Przejęcia-Przekazania z dnia 12 października 2017 roku.

Z przedstawionych w aktach sprawy dokumentów jak i złożonych dowód - zarówno przez Odwołującego jak i uczestnika postępowania odwoławczego - wynika następujący stan faktyczny sprawy:

Zgodnie z Protokołem przejęcia – przekazania z dnia 12 października 2017 roku wykonawcy dostarczyli: Urządzenie IP Krypto wraz z oprogramowaniem, licencjami oraz gwarancją (dokument w aktach sprawy). Zgodnie z dopuszczonym dowodem z okazania na ekranie monitora komputera – z którego to okazania odnotowano w Protokole rozprawy informacje istotne wskazane przez uczestnika postępowania odwoławczego - Protokołu Przyjęcia nr 111/KK/2017 z dnia 12 października 2017r. Enigma, w referencyjnym zamówieniu dostarczyła urządzenie CompCrypt ETA-MIL 100Z. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia „Dostawa urządzeń kryptograficznych wraz z usługą wdrożenia i szkolenia”, Nr sprawy 17/4/46/17 (dowód nr 3) złożony przez Odwołującego, załącznik nr 4 do SIWZ część A pkt 1 Zamawiający w trakcie postępowania urządzenie to określił jako IP Krypto w opisie przedmiotu zamówienia. W dokumencie z dnia 4 czerwca 2019 roku (dowód nr 14 – P4) oraz w karcie katalogowej (dowód nr 15 – P5) Enigma oświadczyła, że jest producentem urządzenia szyfrator CompCrypt ETA-MIL100Z.

Izba wskazuje, że na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego w ramach realizacji referencyjnego zamówienia wskazanego w Wykazie Usług w pozycji 4 uczestnik postępowania odwoławczego wykazał, że wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie (Enigma i Comp) dostarczyli urządzenie CompCrypt ETA-MIL 100Z, a nie IP-Krypto.

Izba wskazuje, że argumentacja zawarta w odwołaniu odnosi się do urządzenia IP-Krypto, a nie tego, które faktycznie zostało dostarczone w ramach referencyjnej usługi wskazanej przez uczestnika postępowania odwoławczego w pozycji 4 Wykazu Usług. Odwołujący do protokołu oświadczył, że dowody nr 9 i 10 złożone przez Odwołującego w obliczu dowodu z okazania (dowód nr 16) stały się bezprzedmiotowe. W ocenie Izby brak prawidłowego zidentyfikowania przez Odwołującego urządzenia jakie faktycznie zostało dostarczone w ramach ww. usługi referencyjnej prowadzi do wniosku, że zarzuty jakie postawił Odwołujący stają się bezprzedmiotowe. Uwzględnienie podnoszonej przez Odwołującego

na rozprawie argumentacji przy uwzględnieniu informacji o faktycznie dostarczonym urządzeniu tj. CompCrypt ETA-MIL 100Z sprowadzają się w zasadzie do przedstawienia nowej, niezwanej w odwołaniu argumentacji faktycznej, która nie była znana Zamawiającemu i uczestnikowi postępowania odwoławczego do czasu rozprawy. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja merytoryczna, czyli odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów i jest niezbędna dla oceny podniesionego zarzutu. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane. Uznanie argumentacji Odwołującego prowadziłoby do przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest nieprzywracany. Odwołujący przy dołożeniu należytej staranności miał możliwość zidentyfikowania faktycznie dostarczonego urządzenia w ramach referencyjnej usługi i ewentualnie kwestionowania takiego urządzenia – lecz tego nie uczynił. Izba również nie może na zasadzie analogii przyjmować argumentacji z odwołania w odniesieniu do innego, nieujętego w odwołaniu urządzenia.

Z uwagi na powyższe za bezprzedmiotowe dla rozpoznania podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała pozostałe poza wymienionymi wcześniej dowody złożone w sprawie tj. dowód nr 4 (D4) – Umowa 39/Z/2017 z dnia 21 września 2017 roku, dowód nr 5 (D5) – Opinia dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Systemu Elektronicznej Poczty Policji (SEPP) przygotowana przez Pana dr hab.inż. Andrzeja Zalewskiego, dowód nr 7 (D7) – ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2017/S 177-362171, dowód nr 8 (D8) – Instrukcja obsługi piekarnika elektrycznego do zabudowy, dowód nr 9 (D9) – wydruk ze strony internetowej [www.zawszczujni.pl](http://www.zawszczujni.pl) artykułu „Polskie rozwiązania stosowane w ochronie informacji niejawnych posiadające certyfikaty SKW lub ABW.”, dowód nr 10 (D10) – wydruk ze strony internetowej [www.zawszczujni.pl](http://www.zawszczujni.pl) zestawienia tabelarycznego Certyfikatów Ochrony Kryptograficznej oraz Certyfikatów Ochrony Kryptograficznej.

Izba oddaliła również – zmodyfikowany przez Odwołującego w trakcie rozprawy – wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego o specjalności informatyka na okoliczność ustalenia czy urządzenie CompCrypt ETA-MIL 100Z wraz z oprogramowaniem są „urządzeniami infrastruktury sieciowej IT urządzenia sieci LAN”. Izba wniosek ten oddaliła z uwagi na to, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwolił na ocenę podniesionego zarzutu.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. 2016, poz. 1126 z późn. zm.) poprzez zaniechanie wezwania Simplicity do złożenia prawidłowego dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Simplicity zdolności ekonomicznej i finansowej opisanej w pkt VI. 1.3) SIWZ – Izba zarzuty uznała za niezasadne.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzone akta sprawy odwoławczej, że w postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2019 roku wezwał uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzających wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Uczestnik postępowania odwoławczego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, za pismem z dnia 6 maja 2019 roku przedstawił Zaświadczenie Banku o zdolności kredytowej z dnia 30 kwietnia 2019 roku.

Odwołujący kwestionuje dokument Zaświadczenie Banku o zdolności kredytowej z dnia 4 marca 2019 roku złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego za pismem z dnia 23 kwietnia 2019 roku w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 kwietnia 2019 roku

W ocenie Izby tak ustalony stan faktyczny pozwala na dokonanie oceny i stwierdzenie, że Odwołujący kwestionuje w postępowaniu dokument, który sam Zamawiający uznała za niewłaściwy i w trybie ustawowym nakazał jego uzupełnienie, które nastąpiło. Tym samym kwestionowany przez Odwołującego dokument w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, choć istnieje, to ma znaczenie jedynie historyczne a jego treść nie podlega już ocenie, bowiem dokument ten został zastąpiony już innym. Podobnie, jak w powyżej rozpoznawanym zarzucie brak prawidłowej identyfikacji dokumentu, co do którego zostały postawione zarzuty odwołania, powoduje bezzasadność podniesionych w odwołaniu zarzutów. Niezależne od podnoszonej argumentacji faktycznej w odwołaniu i tożsamości w zaświadczeniach bankowych kwestionowanych przez Odwołującego treści Izba nie może rozszerzać zakresu stawianego zarzutu na dokumenty niekwestionowane przez Odwołującego, które w odwołaniu mają status aktualnych (w znaczeniu dokumentów złożonych i podlegających ocenie).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....