

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez Odwołującego - wykonawcę **Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Uniwersytet Śląski w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **APIUS TECHNOLOGIES S.A. z siedzibą w Krakowie** ogłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz APIUS TECHNOLOGIES S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesionych przez stronę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający - Uniwersytet Śląski w Katowicach prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. (Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa Urządzeń Sieciowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 5 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 045-110568.

W dniu 7 czerwca 2021r. wykonawca - Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Apius Technologies S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący”) jako oferty najkorzystniejszej dla Części B w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia

2.art. 106 ust. 3 Pzp poprzez niezaakceptowanie przedstawionych przez Odwołującego w ofercie stron internetowych jako przedmiotowych środków dowodowych równoważnych do wymaganej przez Zamawiającego dokumentacji technicznej producenta.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej dla części B postępowania,

2.powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem faktu, iż strony internetowe przedstawione na potwierdzenie zaoferowania wskazanych w ofercie rozwiązań funkcjonalnych, stanowią przedmiotowe środki dowodowe równoważne do wymaganych przez Zamawiającego,

3.powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem faktu, że w kryterium „Rozwiązania Funkcjonalne”, Odwołujący powinien uzyskać 4 dodatkowe punkty, w związku z zaoferowaniem następujących rozwiązań funkcjonalnych:

a.Możliwość ręcznego dodawania sygnatur nowych aplikacji

b.Możliwość blokowania plików przesłanych w zidentyfikowanych aplikacjach

c.Integracja w środowisku VMware

d.Automatyczna inwentaryzacja obiektów.

4.dokonania bezpodstawnie zaniechanej czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla Części B postępowania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XIII ust. 1 pkt 1 SWZ, jednym z kryteriów oceny ofert było kryterium określone przez Zamawiającego jako „Rozwiązania Funkcjonalne”. W rozdziale XIII ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ, Zamawiający postanowił, że: punkty za kryterium „rozwiązania funkcjonalne” zostaną przyznane w następujący sposób:

-ocena dla tego kryterium będzie obliczana na podstawie złożonego przez Wykonawcę oświadczenia w formularzu oferty (pkt. 4 załącznika nr 1A do SWZ).

-jeżeli Wykonawca zaoferuje dodatkowe rozwiązania funkcjonalne, tj.: [...] oraz, że brak oświadczenia lub oświadczenie o niezaoferowaniu dodatkowych rozwiązań spowoduje przyznanie 0 pkt (w danej pozycji kryterium).

Odwołujący wyjaśnił, że w formularzu ofertowym oświadczył, że zaoferował następujące rozwiązania funkcjonalne:

a.Możliwość ręcznego dodawania sygnatur nowych aplikacji,

b.Możliwość blokowania plików przesłanych w zidentyfikowanych aplikacjach,

c.Integracja w środowisku VMware,

d.Automatyczna inwentaryzacja obiektów.

6.Za każde z powyższych rozwiązań funkcjonalnych Zamawiający przyznawał 1 pkt.

Natomiast jak wynika z dokumentu „Ocena punktowa (część B postępowania)”, w odniesieniu do każdego z powyższych rozwiązań funkcjonalnych Zamawiający przyznał mu 0 punktów, z następującym, identycznym co do każdego przypadku uzasadnieniem: „brak dokumentacji technicznej producenta w ofercie; nie podlega uzupełnieniu zgodnie z rozdz. III ust. 2 SWZ”.

Odwołujący wyjaśnił także, że w rozdziale III ust. 1 Zamawiający zawarł następujące wymagania co do oczekiwanych w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych:

I.p. Rodzaj środka dowodowego		
b)	<u>Dotyczy wyłącznie części B:</u> Dokumentacja techniczna (producenta) oferowanego urządzenia (w języku polskim lub angielskim). Uwaga: Dokumentacja nie podlega uzupełnieniu oraz wyjaśnieniom, a w przypadku jej braku Zamawiający przyzna Wykonawcy 0 pkt. w kryterium „Rozwiązania funkcjonalne” w zakresie rozwiązania, dla którego Zamawiający wymagał potwierdzenia w dokumentacji.	Oryginał w formie elektronicznej lub kopia w postaci cyfrowego odwzorowania dokumentu papierowego, której zgodność z oryginałem poświadczy wykonawca lub notariusz podpisem kwalifikowanym. Dokument składany wraz z ofertą.

Odwolujący wyjaśnił, że nie złożył wraz z ofertą wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, tzn. dokumentacji technicznej producenta w formie oryginału dokumentu elektronicznego ani cyfrowego odwzorowania dokumentu papierowego potwierdzonego za zgodność z oryginałem, zawarł natomiast w ofercie łącza (linki) do dokumentacji technicznej potwierdzającej spełnienie wymagań.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien być w za każde z zadeklarowanych rozwiązań funkcjonalnych przyznać mu 1 pkt, czyli łącznie oferta Odwołującego powinna była uzyskać 86 pkt, czyli o 1 pkt więcej, niż konkurencyjna oferta Przystępującego, ponieważ pomimo nie przedstawienia wraz z ofertą odrębnej dokumentacji technicznej producenta w formie oryginału dokumentu elektronicznego lub cyfrowej kopii dokumentu pisemnego na potwierdzenie spełnienia zadeklarowanych rozwiązań funkcjonalnych przedstawił w ofercie strony internetowej, a stosownie do art. 106 ust. 3 Pzp, Zamawiający „akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeżeli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria”.

W opinii Odwołującego odesłanie (link) do strony internetowej producenta powinien być zakwalifikowany jako przedmiotowy środek dowodowy równoważny do wymaganej przez zamawiającego dokumentacji technicznej producenta, ponieważ:

a. Istotą instytucji przedmiotowych środków dowodowych jest funkcja, jaką mają pełnić, czyli potwierdzenie spełnienia określonych przez zamawiającego wymagań, cech lub kryteriów. Funkcja ta konkretyzuje się w danym postępowaniu poprzez identyfikację konkretnego wymagania, cechy czy kryterium, które ma być potwierdzone. Każdy środek dowodowy, który pełni tę funkcję, powinien być dopuszczony przez Zamawiającego.

b. Pzp nie definiuje w żaden sposób kręgu dopuszczalnych środków dowodowych. Środkami takimi mogą więc być dowolne materiały, w tym w szczególności publikowane na stronie internetowej producenta.

c. Pzp nie przewiduje również żadnych wymagań co do formy przedmiotowych środków dowodowych. Nie ma żadnych przeszkód, by przedmiotowym środkiem dowodowym była strona internetowa.

d. W związku z pełną elektronizacją procesu udzielania zamówienia publicznego, nie istnieje żadna funkcjonalna czy operacyjna różnica pomiędzy załączeniem do oferty wymaganej przez Zamawiającego dokumentacji technicznej producenta (w postaci odrębnego pliku identyfikowanego poprzez odpowiednią ikonę), a włączeniem do treści oferty odesłania (linku), którego użycie zapewnia dostęp do informacji analogicznych do informacji zawartych w odrębnym pliku. W obydwu przypadkach dostęp Zamawiającego odbywa się przez kliknięcie symbolu graficznego lub ciągu znaków, które umożliwia dostęp do źródła (pliku lub strony internetowej) i zawartych w nim informacji.

e. Zgodnie z art. 106 ust. 3 Pzp, żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeżeli dany producent nie publikuje informacji technicznych w postaci odrębnej dokumentacji, a jedynie na stronach internetowych, to żądanie złożenia oryginału lub poświadczanej kopii dokumentacji, w nieuzasadniony sposób ograniczałoby możliwość zaoferowania urządzeń takiego producenta.

W konsekwencji zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien być uznać, że strony internetowe wskazane przez niego w ofercie stanowią przedmiotowe środki dowodowe równoważne do wymaganych w SWZ oraz powinien być przyznać mu dodatkowe 4 punkty w kryterium „Rozwiązania Funkcjonalne”, a w konsekwencji oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 lipca 2021r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

W dniu 5 lipca 2021r. Przystępujący w terminie zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego. Z kolei w piśmie z dnia 2 sierpnia 2021r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając bezzasadność stanowiska Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę APIUS TECHNOLOGIES S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w tym m.in. z treści oferty Odwołującego. Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny spraw nie jest sporny i został przedstawiony przez strony adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba ustaliła także, że kwestią sporną wymagającą rozstrzygnięcia Izby są dwie kwestie. Po pierwsze czy strona internetowa może być uznana za przedmiotowy środek dowodowy, a po drugie czy może być ona uznana za równoważny przedmiotowy środek dowodowy do przedmiotowego środka dowodowego określonego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z art. 106 ust. 3 Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest zaakceptowanie równoważnych przedmiotowych środków dowodowych, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Na wstępie przypomnieć należy, że zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp przedmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Mogą one przybrać postać oznakowani (etykiety), certyfikatów, dokumentów bądź też innych

środków. Wymagane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedmiotowe środki dowodowe powinny zostać wskazane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 106 ust. 1 Pzp) i złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 Pzp). Ponadto wyjaśnić należy, że przedmiotowe środki dowodowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnią dwie role. Mogą one służyć ocenie zgodności zaoferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji poprawności merytorycznej oferty, jak również potwierdzaniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, co wprost wynika z art. 105 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając treść przytoczonych wyżej przepisów wskazać należy, że co do zasady Izba nie kwestionuje możliwości uznania informacji zawartych na stronie internetowej za przedmiotowy środek dowodowy mający na celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw usług lub robót budowlanych z postawionymi w postępowaniu przez Zamawiającego wymaganiami, bowiem zauważyć należy, że katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym pod warunkiem spełnienia przez nie roli określonej w art. 7 pkt 20 Pzp. To od Zamawiającego zależy jaki przedmiotowy środek dowodowy przewidzi i określi w postępowaniu w celu oceny zgodności przedmiotu zamówienia z jego wymaganiami.

Jednak w opinii składu orzekającego w sytuacji, gdy tak jak w niniejszym postępowaniu Zamawiający jako przedmiotowy środek dowodowy żądał złożenia wraz z ofertą dokumentacji technicznej producenta oferowanego urządzenia w postaci oryginału w formie elektronicznej lub w kopii w postaci cyfrowego odwzorowania dokumentu papierowego, której zgodność z oryginałem poświadczy wykonawca lub notariusz podpisem kwalifikowanym nie można było uznać, że podanie przez Odwołującego linku do strony internetowej jest przedmiotowym środkiem dowodowym o charakterze równoważnym do żadanego przez Zamawiającego. Zauważyć należy, że pojęcie „równoważne” oznacza mający równą wartość, równe znaczenie z czymś. W opinii Izby, nie sposób natomiast porównywać wartości dokumentu (w postaci dokumentacji technicznej producenta) podpisanego przez wykonawcę lub notariusza potwierdzającego istnienie określonych funkcjonalności oferowanego sprzętu, za które podmiot ten przyjmuje odpowiedzialność z informacjami widniejącymi na stronie internetowej. Odwołujący nie wykazał natomiast, że informacje zawarte na stronie internetowej są analogiczne co do treści zawartych w dokumentacji technicznej producenta, w sposób który umożliwiałby uznanie tych źródeł za równoważne.

Zauważyć kolejno należy, że powszechnie wiadomym jest, że informacje ze stron internetowych, nawet jeżeli są to strony internetowe producentów urządzeń czy oprogramowania, zawierają informacje ogólne, często nieaktualne lub niezgodne z rzeczywistością. Strona internetowa może też podlegać zmianom i modyfikacjom już po złożeniu ofert, co w praktyce uniemożliwia odtworzenie pierwotnych treści pod danym linkiem widniejących. Przy informacji odnoszącej się do daty dokonywanych aktualizacji brak jest jakichkolwiek informacji, które umożliwiłyby ustalenie co i w jakim zakresie zostało zmienione/zaktualizowane. Istotne jest także to, że brak jest możliwości ustalenia podmiotu odpowiedzialnego za treść zamieszczonych pod danym linkiem informacji. Natomiast podkreślić należy, że Zamawiający przydzielając punkty w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert musi mieć całkowitą pewność co do prawdziwości i rzetelności informacji na podstawie której punkty te są przydzielane, co ma związek z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też Zamawiający żądał w postępowaniu w zakresie kryterium „dodatkowe funkcjonalności” złożenia podpisanych dokumentów, aby mieć pewność co do zasadności przyznania określonej liczby punktów. Zauważyć bowiem należy, że podmiot podpisujący bierze na siebie odpowiedzialność za treści zawarte w tym dokumencie. Natomiast w przypadku podania linku do strony internetowej żaden podmiot nie bierze odpowiedzialności za zawarte pod nim treści, które jak wyżej wskazano mogą nie odpowiadać rzeczywistemu stanowi rzeczy. Dlatego też w rozpoznawanym stanie faktycznym, w ocenie Izby, ocena oferty dokonana w oparciu o informacje zawarte na stronie internetowej a nie w oparciu o złożone i podpisane dokumenty stanowiłaby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Izba uznała, że podane przez Odwołującego linki (łącza) do strony internetowej nie mogą być uznane za równoważne przedmiotowe środki dowodowe do żądanych w niniejszym postępowaniu przez zamawiającego, a tym samym uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 106 ust. 3 Pzp. Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: