Sygn. akt KIO 610/22

WYROK

z dnia 25 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2022r. przez wykonawcę Airly Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez Naukową

i Akademicką Sieć Komputerową - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy ELTERIS sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie zgłaszającego 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 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz kwotę Zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 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 - Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp"), pn. „Dostawa i instalacja zestawów do pomiaru

zanieczyszczenia powietrza, w podziale na siedem części".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 stycznia 2022 r., pod numerem 2022/S 010-017998.

W dniu 3 marca 2022r. wykonawca - Airly sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia dokonanych modyfikacją z dnia 21 lutego 2022r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 240 ust. 2, art. 241, art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wprowadzenie pozacenowych kryteriów oceny ofert - tj. Kryterium IP oraz Kryterium EMC, ograniczających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, na skutek braku faktycznego powiązania ww. kryteriów z przedmiotem zamówienia (tj. z właściwościami zaoferowanego urządzenia dot. klasy odporności IP54 oraz kompatybilności elektromagnetycznej), a w konsekwencji na skutek uprzywilejowanie wąskiej grupy wykonawców wyłącznie za sam fakt posiadania przez nich ww. certyfikatów w oderwaniu od cech/parametrów urządzeń, które miały być potwierdzone tymi certyfikatami;

ewentualnie naruszenie:

2. art. 106 ust. 1-3 w zw. z art. 105 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wprowadzenie ograniczającego uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców żądania w zakresie przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych - tj. certyfikatu IP oraz certyfikatu EMC - na potwierdzenie zgodności zaoferowanych dostaw z kryteriami oceny ofert, podczas gdy na gruncie niniejszego postępowania powinny być dopuszczone również inne środki dowodowe na potwierdzenie powyższego.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentów zamówienia poprzez usunięcie cytowanych wyżej postanowień SWZ, tj.:

I. postanowień zawartych w rozdz. XV SWZ - Kryteria oceny ofert (i odpowiednio w innych dokumentach zamówienia), dotyczących wprowadzenia następujących pozacenowych kryteriów oceny ofert:

a) Obudowa urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 - certyfikat (waga 2,5 pkt),

b) Kompatybilność elektromagnetyczna Urządzenia zgodna z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną (waga 2,5 pkt);

a w konsekwencji dokonanie zmian poprzez:

ii. usunięcie postanowień, zawartych w rozdz. XI ust. 7 pkt 4) i 5) SWZ (i odpowiednio w innych dokumentach zamówienia), w brzmieniu:

Ofertę stanowi:

(4) certyfikat IP (tj. International Protection Rating) składany w ramach kryterium oceny ofert pn. „Obudowa Urządzenia

o stopniu ochrony określonym klasą IP54 - certyfikat",

(5) certyfikat wystawiony przez niezależną akredytowaną jednostkę, potwierdzający że urządzenie jest zgodne z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną, tj. spełnia wymagania kompatybilności elektromagnetycznej - składany w ramach kryterium oceny ofert pn. „Kompatybilność elektromagnetyczna urządzenia zgodna z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną - certyfikat";

ewentualnie Odwołujący wniósł o:

d) dopuszczenie innych (niż certyfikaty) przedmiotowych środków dowodowych na potrzeby związane z oceną ofert w Kryterium IP oraz w Kryterium EMC.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że zmienionymi postanowieniami dokumentacji zamówienia Zamawiający wprowadził nowe pozacenowe kryteria oceny ofert

(rozdz. XV SWZ), tj.

- Obudowa urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 - certyfikat,

- Kompatybilność elektromagnetyczna urządzenia zgodna z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną - certyfikat.

W opisie Kryterium IP Zamawiający wskazał: W kryterium „Obudowa urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 - certyfikat" ocena ofert zostanie dokonana w następujący sposób:

2,5 pkt - Wykonawca wraz z ofertą złoży certyfikat IP, potwierdzający, że obudowa miernika jakości powietrza przystosowana jest do pracy ciągłej w warunkach zewnętrznych o zapewnionym stopniu ochrony przed szkodliwymi skutkami wnikania wody, wnikaniem obcych ciał stałych oraz dostępem do części wewnętrznych urządzenia o minimalnej klasie IP54,

0 pkt - Wykonawca wraz z ofertą NIE złoży certyfikatu IP, potwierdzającego, że obudowa miernika jakości powietrza przystosowana jest do pracy ciągłej w warunkach zewnętrznych o zapewnionym stopniu ochrony przed szkodliwymi skutkami wnikania wody, wnikaniem obcych ciał stałych oraz dostępem do części wewnętrznych urządzenia o minimalnej klasie IP54.

W opisie Kryterium EMC Zamawiający wskazał, że ocena ofert zostanie dokonana w następujący sposób:

2,5 pkt - Wykonawca wraz z ofertą złoży certyfikat wystawiony przez niezależną akredytowaną jednostkę, potwierdzający, że urządzenie jest zgodne z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną, tj. spełnia wymagania kompatybilności elektromagnetycznej,

0 pkt - Wykonawca wraz z ofertą NIE złoży certyfikatu wystawionego przez niezależną akredytowaną jednostkę, potwierdzającego, że urządzenie jest zgodne z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną, tj. spełnia wymagania kompatybilności elektromagnetycznej.

W związku z nowymi kryteriami oceny ofert Zamawiający wprowadził jednocześnie do dokumentacji zamówienia postanowienia wskazujące na status ww. certyfikatów jako elementów treści oferty.

W rozdz. XI ust. 7 SWZ Zamawiający wprost wskazał, że certyfikat IP oraz Certyfikat EMC stanowią ofertę. Dodatkowo (rozdz. XI ust. 7 SWZ) wskazano:

„Zamawiający informuje, że Certyfikat IP jako element treści oferty jest składany w celu oceny oferowanego urządzenia w ramach kryterium oceny ofert pn. „Obudowa Urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 - certyfikat". Brak złożenia wraz z ofertą Certyfikatu IP skutkować będzie przyznaniem 0 pkt w ramach powyższego kryterium;

Zamawiający informuje, że Certyfikat wystawiony przez niezależną akredytowaną jednostkę, potwierdzający że urządzenie jest zgodne z Dyrektywą EMC 2014/30/FU lub równoważną (...) jako element treści oferty jest składany w celu oceny oferowanego urządzenia w ramach kryterium oceny ofert pn. „Kompatybilność elektromagnetyczna urządzenia zgodna z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną - certyfikat". Brak złożenia ww. certyfikatu wraz z ofertą skutkować będzie przyznaniem 0 pkt w ramach powyższego kryterium".

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający obok wymogu przedłożenia ww. certyfikatów w celu badania oferty pod kątem zgodności z kryteriami oceny ofert, przewidział również obowiązek złożenia tych samych wskazanych wyżej certyfikatów (lub deklaracji producenta) na potwierdzenie, że oferowane dostawy są zgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W załączniku nr 1 do SWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) w pkt 4.1. lit. a) wskazano: „Miernik jakości powietrza musi spełniać następujące parametry techniczne: (.) a) obudowa przystosowana do pracy ciągłej warunkach zewnętrznych, o zapewnionym stopniu ochrony przed szkodliwymi skutkami wnikania wody, wnikaniem obcych ciał stałych oraz dostępem do części wewnętrznych urządzenia o minimalnej klasie IP54 (malowana proszkowo, odporna na uderzenia o klasie IK08 - zapewniająca odporność na uderzenia o energii 5 J) z wyjątkiem toru pomiarowego, dla którego minimalny stopień ochrony powinien zawierać się w klasie IP23 - zabezpieczenie przed wnikaniem obcych ciał stałych powyżej 12 mm i przed rozpyloną wodą padającą pod kątem 60 stopni od pionu; Zamawiający dopuszcza obudowę z materiału innego niż metal malowany proszkowo pod warunkiem spełnienia klasy IK08 oraz zapewnienia przez obudowę maksymalnej ochrony przed warunkami atmosferycznymi (wiatr, mróz, deszcz, długotrwała ekspozycja na oddziaływanie promieniowania UV). Weryfikacja na podstawie załączonego certyfikatu IP (tj. International Protection Rating) lub deklaracji producenta".

Równoległy status certyfikatów jako elementów treści ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych wynika wprost z rozdz. XI SWZ, gdzie w ust. 8 pkt 6 lit. a) i d): W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, wymaga się od Wykonawcy złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

a) certyfikatu IP (tj. International Protection Rating) lub deklaracji producenta potwierdzających, że obudowa miernika jakości powietrza przystosowana jest do pracy ciągłej w warunkach zewnętrznych, o zapewnionym stopniu ochrony przed szkodliwymi skutkami wnikania wody, wnikaniem obcych ciał stałych oraz dostępem do części wewnętrznych urządzenia o minialnej klasie IP54 (zgodnie z rozdz. 4.1. SOPZ),

(...)

d) certyfikatu wystawionego przez niezależną akredytowaną jednostkę lub deklaracji producenta, potwierdzających, że urządzenie jest zgodne z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną, tj. spełnia wymagania kompatybilności elektromagnetycznej.

W związku z powyższym, Odwołujący wskazał, że na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający uczynił elementem opisu przedmiotu zamówienia określone funkcjonalności, związane z klasą odporności IP54 oraz kompatybilnością elektromagnetyczną, jako wymagania podstawowe, które muszą być wykazane przez wszystkich wykonawców wymaganymi przedmiotowymi środkami dowodowymi w postaci certyfikatu lub deklaracji producenta - pod rygorem odrzucenia oferty. Tym samym przy ocenie zgodności zaoferowanych dostaw z wymaganiami postępowania Zamawiający uznał równorzędność wymaganych środków dowodowych, tj. certyfikatów i deklaracji producenta, jako przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że zaoferowane urządzenia spełniają określone funkcjonalności dot. odporności w klasie IP54 oraz kompatybilności elektromagnetycznej. Dlatego też za niezrozumiałą i jednocześnie nie popartą przepisami prawa uznać należy sytuację, w której Zamawiający przyznaje dodatkowe punkty za samo posiadanie certyfikatów, potwierdzających ww. funkcjonalności (Kryterium IP oraz Kryterium EMC). W ocenie Odwołującego niedopuszczane jest premiowanie samego faktu posiadania certyfikatu, który ma jednocześnie potwierdzać zgodność oferty z kryteriami oceny ofert i zgodność ofert z wymaganiami zamówienia (w zakresie jednej i tej samej funkcjonalności).

Odwołujący podkreślił, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia (z jego właściwościami, parametrami technicznymi, funkcjonalnościami). Natomiast na gruncie niniejszego postępowania odniesienie się do certyfikatów IP oraz EMC tylko pozornie czyni ustanowione kryteria oceny ofert powiązanymi z przedmiotem zamówienia. Sam fakt posiadania konkretnego certyfikatu w oderwaniu od zakresu certyfikacji, którego certyfikat dotyczy, nie jest kryterium jakościowym. Tymczasem na gruncie niniejszego postępowania zakres certyfikacji podlegał ocenie pod kątem zgodności zaoferowanych urządzeń z wymaganiami zamówienia. Skoro bowiem Zamawiający określone funkcjonalności, związane z klasą odporności IP oraz kompatybilnością elektromagnetyczną, wprowadził jako element opisu przedmiotu zamówienia, to tym samym właściwości te - pod rygorem odrzucenia ofert - muszą być spełnione przez wszystkie zaoferowane urządzenia. Tym samym właściwości te nie mogą być jednocześnie punktowane w ramach kryteriów oceny ofert. Co do zasady w kryteriach oceny ofert winny być zawarte te parametry, cechy czy właściwości zamawianego przedmiotu, które powodują, że dany przedmiot jest dla Zamawiającego lepszy od innego, a tym samym zasługuje on na wyższą punktację.

W konsekwencji, według Odwołującego, nie może być punktowane samo posiadanie przez wykonawcę certyfikatów w oderwaniu od funkcjonalności, którą dany certyfikat miałby potwierdzać. A de facto właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie niniejszego postępowania. Skoro bowiem Zamawiający dopuszcza tylko takie urządzenia, które spełniają funkcjonalności dot. klasy odporności IP54 oraz dot. kompatybilności elektromagnetycznej, to oznacza, że w ramach przyjętych kryteriów IP oraz EMC nie premiuje już tej samej funkcjonalności, a jedynie sam fakt posiadania certyfikatów.

Przyznawanie punktów za samo przedłożenie certyfikatu (faktycznie w oderwaniu od funkcjonalności urządzenia) oznacza de facto odniesienie się w kryterium oceny ofert do właściwości wykonawców, którzy znajdują się w szczególnej sytuacji posiadania określonych dokumentów, innych niż deklaracje producenta. Powyższe w sposób oczywisty narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił ponadto, że niniejsze postępowanie dotyczy de facto produktów „customizowanych" (tworzonych na potrzeby niniejszego postępowania). Oznacza to konieczność wdrożenia od podstaw długotrwałego procesu certyfikacji dla dwóch wymaganych certyfikatów, co wiąże się nie tylko z daleko idącymi kosztami ale przede wszystkim z realnym zagrożeniem braku uzyskania ww. dokumentów do terminu składania ofert. Tym bardziej niedopuszczalne jest faworyzowanie wąskiej grupy wykonawców, którzy znajdują się w szczególnie korzystnej sytuacji posiadania ww. certyfikatów, podczas gdy inni wykonawcy nie są w stanie z przyczyn obiektywnych wdrożyć i zakończyć procedury certyfikacyjnej do upływu terminu składania ofert, choć oferowane przez nich urządzenia spełniają właściwości, dla potwierdzenia których wymagane są certyfikaty w ramach kryteriów oceny ofert.

Podsumowując - w ocenie Odwołującego nie jest możliwe równoległe wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia danej właściwości dot. klasy odporności IP54 oraz kompatybilności elektromagnetycznej jako elementu oceny zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami zamówienia z jednoczesnym ustanowieniem ww. właściwości jako kryterium oceny ofert. Nie jest również możliwe punktowanie samego faktu posiadania certyfikatu, który ma jednocześnie potwierdzać zgodność oferty z kryteriami oceny ofert i zgodność ofert z wymaganiami zamówienia (w zakresie jednej i tej samej funkcjonalności).

Z ostrożności procesowej, tj. na wypadek uznania, że kryteria oceny ofert, wprowadzone modyfikacją z dnia 21 lutego 2022 r., są prawidłowe (i tym samym Zamawiający może żądać równolegle certyfikatów na zgodność określonych funkcjonalności z wymaganiami postępowania oraz na potrzeby oceny ofert w Kryteriach IP oraz EMC), Odwołujący wskazuje na naruszenie art. 106 w zw. z art. 105 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że sytuacja uprzywilejowania wykonawców za sam fakt posiadania certyfikatów oznacza nieuprawnione „kategoryzowanie", „hierarchizowanie" przez Zamawiającego dokumentów jako tych bardziej wiarygodnych dla potwierdzenia danej funkcjonalności (certyfikaty) i tych mniej wiarygodnych (deklaracje producenta). W ocenie Odwołującego takie właśnie założenie można by przypisać Zamawiającemu w związku z premiowaniem dodatkowymi punktami samego faktu posiadania pierwszej kategorii dokumentów (certyfikaty), z jednoczesnym zaniechaniem przyznawania punktów za posiadanie drugiej kategorii dokumentów (deklaracje producenta). Tymczasem takie „hierarchizowanie" przedmiotowych środków dowodowych jest wprost sprzeczne z przepisami art. 106 oraz art. 105 ust. 4 Pzp, które to przepisy mają również odniesienie do przedmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie zgodności ofert z kryteriami oceny ofert. Co więcej - uprzywilejowanie certyfikatów względem deklaracji producenta w zakresie zgodności z Dyrektywą EMC 2014/30/EU stanowiłoby również sprzeczność z samą ww. Dyrektywą. W punkcie 19 preambuły Dyrektywy wskazano bowiem: „Zważywszy, że producent posiada dokładną wiedzę o procesie projektowania i produkcji, jest on najbardziej kompetentny do przeprowadzenia procedury oceny zgodności. W związku z tym ocena zgodności powinna pozostać wyłącznie obowiązkiem producenta.". Powyższe oznacza, że sam ustawodawca uznał producenta za podmiot w pełni kompetentny do przeprowadzenia procedury zgodności z dyrektywą EMC 2014/30/EU, a tym samym wystawiony przez producenta odpowiedni dokument (deklaracja zgodności), powinien być podstawowym punktem odniesienia do oceny zgodności danego urządzenia z Dyrektywą. Tym samym skoro ponieważ przepisy Pzp dopuszczają również inne niż certyfikaty przedmiotowe środki dowodowe w celu oceny zgodności ofert z przyjętymi kryteriami, to na gruncie niniejszego postępowania uzasadniony pozostaje wniosek Odwołującego w tym zakresie. Jak już wspomniano - uwarunkowania niniejszego postępowania determinują konieczność wdrożenia odpowiednich czynności przygotowawczych związanych z produkcją urządzenia, które będzie spełniać wszystkie wymagania postępowania. Samo wytworzenie próbki, jako przedmiotowego środka dowodowego składanego wraz z ofertą, jest procesem niezwykle czasochłonnym. Oczywistym pozostaje, że procedura certyfikacji (trwająca nawet kilka miesięcy) może być wdrożona dopiero po zakończonym procesie produkcji. Tym samym z przyczyn obiektywnych dalece utrudnione jest sprostanie wymogowi przedłożenia wymaganych certyfikatów do terminu składania ofert. Tym samym w pełni uzasadnione wydaje się, aby Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia przez wykonawców również innych niż certyfikaty przedmiotowych środków dowodowych na potrzeby związane z ocenę ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie 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.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ELTERIS sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1 i 2 Pzp.

Izba zważyła:

Zgodnie z Pzp prawidłowo opisane kryterium oceny ofert musi spełniać następujące wymagania (są to granice ich opisu): a) być jednoznaczne i zrozumiałe (art. 240 ust. 1 Pzp), b) nie pozostawiać Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 240 ust. 2 Pzp), c) umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (art. 240 ust. 2 Pzp), d) być związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 Pzp). Przy czym, związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia (art. 241 ust. 2 Pzp), e) nie może dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 241 ust. 3 Pzp).

Powyższe cechy prawidłowego opisu kryteriów oceny ofert mają charakter uznaniowy. Przepisy w tym względem są abstrakcyjne i generalne. Jednocześnie, art. 242

ust. 1 Pzp stanowi, że wybór najkorzystniejszej oferty może nastąpić na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu.

Podkreślić należy, że w zamówieniach publicznych dostępu do zamówienia nie można utożsamiać z okolicznością, że każdy podmiot chcący się ubiegać o dane zamówienie publiczne musi mieć do niego dostęp. Wymagania zawarte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia czy w warunkach udziału w postępowaniu determinują krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie. Kryteria oceny ofert stanowią instrument pozwalający Zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Istotny jest zatem zarówno właściwy dobór kryteriów w zależności od przedmiotu zamówienia, ale także ich opis dokonany w taki sposób, aby wykonawca składający ofertę posiadał konkretną wiedzę o tym, które elementy i w jaki sposób będą podlegały ocenie. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż pozwala potencjalnemu wykonawcy ocenić szanse na uzyskanie zamówienia. Właściwy dobór kryteriów daje także zamawiającemu możliwość osiągnięcia celu postępowania, tj. wyboru oferty spełniającej jego oczekiwania i realizację zamówienia (zob. wyrok z dnia 11 lutego 2020 r., KIO 177/20). Ponadto, co istotne, kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców" ale urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców miałaby być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłby kryteria pozacenowe. Ważne jest natomiast aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurowania wykonawców. Powyższe pozwala przyjąć, że konkurencyjność wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości.

W ocenie Izby, zakup przez Zamawiającego w ramach prowadzonej procedury zamówieniowej urządzeń do pomiaru zanieczyszczeń, w przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o zamówienie będzie posiadł certyfikaty określone w zakwestionowanych przez Odwołującego kryteriach da Zamawiającemu gwarancje jakości i bezpieczeństwa oferowanych urządzeń, a tym samym uprawnione jest premiowanie posiadania tych dokumentów w ramach ustanowionych kryteriów oceny ofert.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wprowadzone w postępowaniu kryteria oceny premiowały właściwości wykonawców, którzy znajdują się w szczególnej sytuacji posiadania określonych dokumentów, innych niż deklaracje producenta, co jak wskazywał

Odwołujący narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej

konkurencji. Podkreślić należy bowiem, że certyfikacja danych urządzeń pomiarowych nie jest niczym ograniczona, ani w żaden sposób nie jest reglamentowana, powyższej okoliczności Odwołujący nie podważył. Każdy podmiot, w tym każdy producent może przeprowadzić proces certyfikacji, a certyfikacja ta jest dobrowolna. Tym samym, wymagane w kryteriach pozacenowych certyfikaty są dostępne dla każdego zainteresowanego podmiotu, a więc każdy zainteresowany podmiot, znając postawione przez Zamawiającego kryteria oceny ofert może ubiegać się o premiowane w niniejszym postępowaniu certyfikaty. Powyższe w ocenie Izby zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Izba nie podzieliła również argumentów co do tego, że tak sformułowane kryterium odnosi się do właściwości wykonawcy. W ocenie Izby w sposób niebudzący żadnych wątpliwości przedmiotowe certyfikaty wprost odnoszą się do urządzeń pomiarowych nie zaś do cech podmiotowych wykonawcy. Nie odnoszą się one bowiem ani do jego wiarygodności

ekonomicznej, technicznej ani finansowej. Kryterium opisane przez Zamawiającego dotyczy wprost realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż odnosi się do oferowanych w postępowaniu urządzeń pomiarowych. Powyższe oznacza, że Zamawiający premiuje jakość oferowanych urządzeń. Certyfikat (jego posiadanie) odnosi się więc do przedmiotu zamówienia, który dotyczy obudowy urządzenia o stopniu ochrony określonym klasą IP54 oraz kompatybilności elektromagnetycznej urządzenia zgodnej z Dyrektywą EMC 2014/30/EU lub równoważną. Izba za uzasadnione uznała twierdzenia Zamawiającego, że posiadanie takich certyfikatów może gwarantować lepszą jakość urządzeń, niż urządzenia, które takich certyfikatów nie posiadają.

Ponadto, wskazać należy, że z uwagi na fakt, że kryteria oceny ofert ze swej natury prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający w ocenie Izby uzasadnił powód premiowania w kryteriach oceny ofert posiadania przez wykonawców certyfikatów IP54 oraz certyfikatu EMC, wskazując, iż z uwagi na fakt, że są one wydawane przez niezależne instytucje, w wyniku przeprowadzenia badania urządzeń na podstawie zasad określonych szczegółowo w dokumencie pn. „Program oceny zgodności conformity assessment program PC-P-07-02" gwarantują Zamawiającemu lepszą jakość w stosunku do urządzeń nie poddanych takim badaniom, testom.

W związku z powyższym Izba za niezasadne uznała zarzuty art. 240 ust. 2, art. 241, art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Za niezasadne Izba uznała również zarzuty dotyczące naruszenia art. 106 ust. 1 - 3 oraz 105 ust. 4 Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z art. 106 ust. 1 Pzp Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia

postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Stosownie do ust. 2 ww. przepisu Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. Natomiast art. 106 ust. 3 Pzp stanowi, że żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Stosownie natomiast do treści art. 105 ust. 4 Pzp Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale XI ust. 8 pkt 6 lit. a) SWZ postanowił, że

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, wymaga się od Wykonawcy złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych: a) certyfikatu IP (tj. International Protection Rating) lub deklaracji producenta potwierdzających, że obudowa miernika jakości powietrza przystosowana jest do pracy ciągłej

w warunkach zewnętrznych, o zapewnionym stopniu ochrony przed szkodliwymi skutkami wnikania wody, wnikaniem obcych ciał stałych oraz dostępem do części wewnętrznych urządzenia o minimalnej klasie IP54 (zgodnie z rozdziałem 4.1 SOPZ)".

Uwzględniając powyższe, należy wskazać, że celem jakiemu ma służyć przedstawienie przedmiotowych środków dowodowych jest zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp potwierdzenie 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. W ocenie Izby Zamawiający dopuszczając jako przedmiotowy środek dowodowy zarówno certyfikat jak i deklarację producenta zapewnił zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy ocenie spełnienia wymogów określonych w postępowaniu za pomocą dopuszczonych przedmiotowych środków dowodowych.

Nie mniej jednak okoliczność, że Zamawiający dopuścił jako przedmiotowy środek

dowodowy - na potwierdzenie, że oferowane w postępowaniu urządzenia spełniają określone w
11

SWZ wymagania - zarówno certyfikat jak i deklarację producenta, w żaden sposób nie wyłącza możliwości, aby w kryterium oceny ofert punktowane było posiadanie przez wykonawcę określonego w danym kryterium certyfikatu. W ocenie Izby w sposób niewątpliwy posiadanie certyfikatu na dane urządzenie potwierdza jego jakość ustaloną przez niezależną instytucję, poprzedzoną szeregiem badań i testów jakościowych co wprost wynika z powołanego wyżej dokumentu, na który na rozprawie wskazywał Zamawiający. W konsekwencji żądanie Odwołującego aby tak samo punktować deklarację producenta pochodzącą bezpośrednio od tego podmiotu jak i certyfikat wystawiony przez jednostkę niezależną, w kryterium odnoszącym się do jakości jest niezasadne i całkowicie wypaczałoby sens tych kryteriów.

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie, uznając, że zarzuty w nim zawarte nie zasługują na uwzględnienie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1

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: .....