Sygn. akt: KIO 1522/22

WYROK

z dnia 30 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Data Experts Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie
przy udziale:

A.....wykonawcy Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.....wykonawcy Bcoders Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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: .....

Sygn. akt: KIO 1522/22

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dwóch identycznych macierzy dyskowych z kompletem licencji. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 023-056853.

I. W dniu 6 czerwca 2022 r. wykonawca Data Experts Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Bcoders Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż spełnia ona wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") i zawierała wszystkie niezbędne oświadczenia;

2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w zakresie sposobu realizacji obowiązków gwarancyjnych.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym przywrócenia oferty odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili: wykonawca Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (po stronie odwołującego) oraz wykonawca Bcoders Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (po stronie zamawiającego).

Wykonawca Bcoders Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 27 czerwca 2022 r. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 25 maja 2022 r. dokonał czynności odrzucenia sześciu ofert, w tym oferty odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia każdej z ofert zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podał, że oferty nie zawierały wymaganego w Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ") oświadczenia. Zamawiający powołał się na wymóg zawarty w pkt II Specyfikacji technicznej w OPZ, stanowiącej Załącznik nr 1 do Projektu Umowy w pkt 20 pn. Gwarancja ppkt 3 „Wprzypadku awarii dysków zostają one u Zamawiającego - do oferty należy dołączyć

oświadczenie podmiotu realizującego gwarancje lub producenta o spełnieniu tego warunku". Zamawiający przyjął, że ww. oświadczenie stanowi przedmiotowy środek dowodowy.

Odwołujący nie zgodził się z oceną zamawiającego tak co do faktu, iż istniała konieczność złożenia oświadczenia w jego przypadku, jak i co do faktu, że ww. oświadczenie stanowiło przedmiotowy środek dowodowy. Odwołujący stwierdził, że wymagane przez zamawiającego oświadczenie nie stanowiło potwierdzenia jakiegokolwiek wymogu, lecz deklarację właściwego podmiotu, że w przypadku awarii dysków zostają one u Zamawiającego. Jeśli obowiązek gwarancyjny realizuje wykonawca oczywistym jest, że złożenie oferty w postępowaniu i ogólna akceptacja treści SWZ i warunków umowy stanowi jednocześnie złożenie takiej deklaracji. Zasadność żądania oświadczenia jako odrębnego dokumentu pojawia się dopiero w sytuacji, gdy gwarancja jest realizowana przez podmiot zewnętrzny, który oferty nie składa, a więc nie istnieje między nim a Zamawiającym jakikolwiek związek. Z tego powodu, w ocenie odwołującego, nie można było uznać, że oczekiwane oświadczenie stanowiło przedmiotowy środek dowodowy. Było to bowiem oświadczenie niejako zastępcze w stosunku do oświadczenia wykonawcy jakim jest oferta. Skoro bowiem to nie wykonawca realizowałby gwarancję, to nie mógł on sam takiej deklaracji złożyć. Zdaniem odwołującego jest to jedynie oświadczenie o wykonaniu zamówienia na warunkach przewidzianych w SWZ, a nie dokument potwierdzający. Odwołujący stwierdził, że wymóg złożenia oświadczenia gwarancyjnego był bardzo enigmatyczny, określone oświadczenie miało charakter deklaratoryjny i jego celem nie była weryfikacja zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami zamawiającego. Wobec czego również w tej sytuacji, w ocenie odwołującego, należy uznać, że z uwagi na brak przymiotu niezbędności dokument ten nie mógł stanowić przedmiotowego środka dowodowego, a ewentualnie inny dokument w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że wymóg OPZ: „W przypadku awarii dysków zostają one u Zamawiającego" zwany jest opcją Disk Retention, którą Wykonawca może zakupić u producenta macierzy lub autoryzowanego serwisu producenta macierzy. Jeżeli Wykonawca jest jednocześnie autoryzowanym serwisem producenta, tak jak w tej sytuacji, usługę tę może świadczyć samodzielnie. Zdaniem odwołującego okoliczności wskazane przez odwołującego w odwołaniu zamawiający powinien był ustalić już na etapie oceny i badania ofert, gdyż do wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołujący załączył serwisowy certyfikat partnerski, ewentualnie powinien był wyjaśnić te kwestie w trybie przewidzianym w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

W ocenie składu orzekającego Izby argumentacja przedstawiona przez odwołującego na poparcie postawionych zarzutów nie jest trafna. Odwołujący wskazywał na brak cechy niezbędności dokumentu żądanego przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia przez oferowane świadczenie wymogu określonego w pkt II Specyfikacji technicznej w OPZ, stanowiącej Załącznik nr 1 do Projektu Umowy w pkt 20 pn. Gwarancja ppkt 3 („W przypadku awarii dysków zostają one u Zamawiającego - do oferty należy dołączyć oświadczenie podmiotu realizującego gwarancje lub producenta o spełnieniu tego warunku" - w przypadku, gdy obowiązki z tytułu gwarancji będą realizowane przez samego wykonawcę. Stanowisko odwołującego nie jest zasadne. Po pierwsze, kwestia niezbędnego charakteru danego dokumentu nie podlega badaniu na etapie po upływie terminu składania ofert. Po drugie, uznanie, że żądany przez zamawiającego dokument nie posiada cechy niezbędności (do

przeprowadzenia postępowania) nie oznacza, że dokument taki należy zakwalifikować do innego dokumentu w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (przy czym zarzut zaniechania

zastosowania w postępowaniu przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i tak nie został przez odwołującego podniesiony). Stwierdzenie braku cechy niezbędności w odniesieniu do danego dokumentu powinno prowadzić do zaniechania żądania go od wykonawców przez zamawiającego, a domaganie się tego przez wykonawcę winno mieć miejsce przed upływem terminu składania ofert. Po trzecie, odwołujący nie kwestionował niezbędności żądania ww. oświadczenia w przypadku konieczności jego złożenia przez podmiot zewnętrzny, a w konsekwencji kwalifikacji takiego dokumentu jako przedmiotowy środek dowodowy. W ocenie składu orzekającego Izby do tej samej kategorii winien zostać zaliczony wymagany przez zamawiającego dokument bez względu na to, czy oświadczenie składne jest przez wykonawcę czy podmiot zewnętrzny. Jak wskazano w komentarzu do Prawa zamówień

publicznych pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 366): „Przedmiotowym

środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta.". Ww. oświadczenie niewątpliwie miało na celu potwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę świadczenie spełnia wymaganie zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia (w zakresie realizacji obowiązków gwarancyjnych). Zgodnie z przepisem art. 106 ust. 1 ustawy 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. Wbrew twierdzeniom odwołującego wymaganie zamawiającego zostało sformułowane w sposób jasny. Problematyczne mogło być jedynie usytuowanie postanowienia zawierającego to wymaganie w dokumentach zamówienia. Wymaga jednak zauważenia, że wykonawca obowiązany jest do zapoznania się z całością dokumentacji postępowania. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż spełnia ona wymagania SWZ i zawierała wszystkie niezbędne oświadczenia - nie potwierdził się. Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w zakresie sposobu realizacji obowiązków gwarancyjnych. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do uzupełnienia oferty o treść, której ta oferta pierwotnie nie zawierała. Tak samo w przypadku zastosowania tej procedury w odniesieniu do przedmiotowego środka dowodowego - nie może ona prowadzić do uzupełnienia przez wykonawcę takiego dokumentu. Uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego zależy od przewidzenia takiej możliwości przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, co w tym postępowaniu nie miało miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz.

2437).

Przewodniczący: