Sygn. akt: KIO 398/23

WYROK

z dnia 28 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawcę AODC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie

przy udziale wykonawcy CPD system Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża AODC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 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 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 398/23

U z a s a d n i e n i e

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Wsparcie dla Centrum Przetwarzania Danych UKNF przez 36 miesięcy", numer referencyjny: DZA-DZAZZP.2610.50.2022. Zamówienie zostało podzielone na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2022/ S 230-662338.

2 lutego 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia, złożonej przez CPD System sp. z o.o. Wykonawca AODC sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec tej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CPD System sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce, dalej: „CPD System", mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na działaniu sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami, jak również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę przejrzystości i proporcjonalności w zakresie, w jakim ww. wykonawca zadeklarował dla Części I zamówienia najkrótsze z możliwych czasy usuwania Awarii i Usterek Komory IT oraz pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy (pkt 10,3 poz. 2-5 tabeli), mimo iż ich spełnienie przy zachowaniu parametrów

wymaganych przez Zamawiającego jest niemożliwe ze względu na opisane w uzasadnieniu okoliczności;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CPD System, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim realizacja serwisu pogwarancyjnego przez ww. wykonawcę może powodować utratę certyfikacji Komory IT (pkt I ppkt 2 „Specyfikacji Komory IT w Obiekcie" Załącznika nr IA do Umowy), CPD System nie posiada kodów autoryzacyjnych producenta do realizacji czynności serwisowych, a także CPD System w zadeklarowanych w ramach kryteriów oceny ofert czasach nie będzie w stanie realizować zamówienia w oparciu o oryginalne, fabrycznie nowe, rekomendowane przez producenta, dopuszczone do sprzedaży na terenie Polski części zamienne (57 ust. 3 i 4 Umowy).

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) odrzucenia oferty CPD System;

4) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu Odwołujący wskazał m.in. na przedmiot zamówienia i podał, że serwis gwarancyjny dotyczy Komory IT typu Lampertz LSRI 8.6E -jest to rozwiązanie, sprzedawane i wpierane w ramach oferty producenta Rittal. Pozostałe systemy wchodzące w zakres Części I zamówienia również dotyczą rozwiązań ww. producenta. Czasy usunięcia Awarii oraz Usterki w zakresie systemu Komory IT oraz w zakresie pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy byty jednocześnie kryteriami oceny ofert o łącznej wadze aż 40 pkt. W § 7 ust. 3 Umowy Zamawiający wskazał, że „Dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy części zamienne będą oryginalne, fabrycznie nowe, wolne od wad fizycznych i prawnych, spełniać wymagania urządzeń, dla których są przeznaczone i rekomendowane przez ich producenta". Zgodnie z § 7 ust. 4 Umowy „Stosowane przez Wykonawcę części zamienne będą produktami bezpiecznymi dla środowiska, dopuszczonymi do sprzedaży i użytkowania na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej". W odniesieniu do serwisu Komory IT, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 15 grudnia 2022 r. Zamawiający dokonał modyfikacji pkt 2 dla Części 1 OPZ, który otrzymał następujące brzmienie: „2. Specyfikacja Komory IT w Obiekcie Komora IT posiada certyfikację wydaną przez ECB na zgodność z normą bezpieczeństwa 1047- 2:2009. Działania Wykonawcy w ramach

wykonywanych usługi serwisu pogwarancyjnego i wsparcia nie mogą powodować utraty wspomnianej powyżej certyfikacji (...)"

Następnie Odwołujący stwierdził w szczególności, że CPD System, który nie jest autoryzowanym partnerem producenta Rittal, zaoferował w swojej ofercie wyższą cenę za realizację całego przedmiotu zamówienia niż AODC w Części I (1.922.400,00 zł brutto vs 1.659.007,80 zł brutto) i jednocześnie zadeklarował minimalne czasy usunięcia Awarii i Usterek gwarantujące uzyskanie najwyższej punktacji: czas usunięcia Awarii systemu Komory IT - do 6 godzin, czas usunięcia Usterki systemu Komory IT - do 6 dni, czas usunięcia Awarii pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy do 6 godzin, czas usunięcia Usterki pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy do 3 dni. W dniu 19 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał CPD System na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty. Zdaniem Odwołującego złożone przez CPD System

wyjaśnienia z dnia 25 stycznia 2023 r. potwierdzają, że wykonawca ten nie będzie w stanie zrealizować zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami oraz w zadeklarowanych w ofercie czasach usuwania Awarii i Usterek. Przede wszystkim z wyjaśnień wynika, że CPD System nadal prowadzi negocjacje z bliżej niesprecyzowanymi partnerami Rittala oraz z rzekomo samym Rittal'em, ale nie Rittal sp. z o.o. Treść wyjaśnień wskazuje, że CPD System nie ma uzgodnionej oferty z podwykonawcą, mimo iż zadeklarował minimalne czasy usuwania Awarii oraz Usterek. Jednocześnie CPD System, mimo wezwania Zamawiającego, nie wskazał z którymi konkretnie partnerami producenta Rittal negocjuje. Należyta realizacja przedmiotu zamówienia wymaga oparcia się o ofertę i współpracę z producentem. Zamawiający wymaga oryginalnych, nowych i rekomendowanych przez producenta części zamiennych. Co więcej, Zamawiający zastrzegł, że serwis nie może prowadzić do utraty certyfikacji posiadanego przez Zamawiającego rozwiązania. Realizacja zamówienia wymaga więc stałego dostępu do stocku części zamiennych. Realizacja serwisu, mimo iż jest to serwis pogwarancyjny, musi być realizowany we współpracy z producentem/ autoryzowanym przedstawicielem producenta. Wykonawca na etapie wykonania zamówienia będzie bowiem uzależniony m.in. od dostępu części i sposobu pracy (czasów realizacji) stocku producenta. Nie jest przy tym możliwe założenie, że wykonawca będzie realizować naprawy w oparciu o części, które już posiada. Faktem notoryjnym jest, że rozwiązanie posiadane przez Zamawiającego z roku na rok będzie wymagało większej ilości napraw, gdyż będzie coraz starsze. Nie jest możliwe zagwarantowanie z góry wszystkich części, które mogą być niezbędne podczas realizacji umowy. Twierdzenia CPD System powołane w wyjaśnieniach są zdaniem Odwołującego niewiarygodne i sformułowane wyłącznie na potrzeby odpowiedzi na wezwanie. Według wiedzy Odwołującego, ani producent ani żaden z autoryzowanych partnerów producenta nie deklarują możliwości realizacji usług w czasach umożliwiających dotrzymanie czasów wskazanych w ofercie CPD System tylko w tych, które są określone w postępowaniu jako maksymalne, tj.: czas usunięcia Awarii systemu Komory IT - do 8 godzin; czas usunięcia Usterki systemu Komory IT - do 10 dni; czas usunięcia Awarii pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy - do 8 godzin; czas usunięcia Usterki pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy - do 5 dni. Nie jest zatem możliwe, aby CPD System zakończyło negocjacje sukcesem z podmiotami będącymi partnerami producenta lub też z samym producentem, gdyż żaden z tych podmiotów nie oferuje możliwości realizacji serwisu w czasie, który gwarantowałby dotrzymanie czasów minimalnych najwyżej punktowanych w ramach kryteriów oceny. Polityka Rittal polega na wykorzystaniu do realizacji zamówień krajowych spółek wchodzących w skład grupy producenta. Tymczasem Rittal sp. z o.o. jednoznacznie zadeklarowało, że nie jest możliwe dotrzymanie czasów minimalnych usuwania Awarii czy Usterek. AODC mimo, iż jest autoryzowanym partnerem producenta Rittal ze względu na konieczność dostępu do części

zamiennych producenta, które mają być fabrycznie nowe, oryginalne i rekomendowane przez producenta, zwróciło się do Rittal o weryfikację możliwości zaoferowania krótszych czasów w ramach kryteriów, jednak poinformował on, że nie są one możliwe do zagwarantowania. Według wiedzy Odwołującego żaden z pozostałych autoryzowanych partnerów Rittal na terenie Polski nie zadeklarowałby potencjalnemu wykonawcy, wobec tak jednoznacznego stanowiska samego producenta, krótszych czasów usuwania Awarii i Usterek. W związku z tym, enigmatyczne stanowisko CPD System o negocjowaniu ofert z partnerami Rittala, jak również z samym Rittalem oraz o zgodnym zdeklarowaniu przez te podmioty czasów wskazanych w ofercie ww. wykonawcy nie powinno być zaakceptowane przez Zamawiającego. Sugestie o tym,

że CPD System nie może ujawnić nazw tych potencjalnych podwykonawców, aby chronić ich przed AODC czy RittaL sp. z o.o. są w ocenie Odwołującego kuriozalne. Gdyby CPD System wystąpiło, zgodnie z polityką producenta, do autoryzowanego partnera o ofertę, to uzyskałoby informację o tym, jakie są możliwe do zadeklarowania rzeczywiste czasy usuwania Awarii lub Usterek. CPD System natomiast najprawdopodobniej nie uzyskał oferty potwierdzającej możliwość zaoferowania czasów minimalnych, a mimo to takie czasy w ofercie zadeklarował uzyskując maksymalną liczbę punktów w tym zakresie. Co więcej cena oferty CPD System jest wyższa niż AODC, a mimo to oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza.

Wskazując na przywołane stanowisko doktryny i orzecznictwa Odwołujący wyraził opinię, że powyższe wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk, stanowiącym klauzulę generalną uznk.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu Odwołujący wskazał, że oferta CPD System jest niezgodna z wymaganiami zamówienia, gdyż realizacja serwisu pogwarancyjnego przez ww. wykonawcę może powodować utratę certyfikacji Komory IT bowiem CPD System nie posiada kodów autoryzacyjnych producenta do realizacji czynności serwisowych, a także w zadeklarowanych w ramach kryteriów oceny ofert czasach nie będzie w stanie realizować zamówienia w oparciu o oryginalne, fabrycznie nowe, rekomendowane przez producenta części zamienne. Mimo deklaracji CPD System o powierzeniu prac serwisowych autoryzowanym partnerom Rittal lub samemu Rittal, treść oświadczeń wykonawcy wskazuje, że CPD System nie ma zapewnionych usług w tym zakresie. CPD System wskazało w wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2023 r., że jest dopiero na etapie negocjacji. Brak zaangażowania autoryzowanego partnera w serwis Komory IT będzie prowadził do utraty wymaganej przez Zamawiającego certyfikacji. Ma tego świadomość CPD System, gdyż deklaruje powierzenie usług w tym obszarze bliżej niesprecyzowanym partnerom producenta Rittal lub samemu producentowi. Biorąc pod uwagę fakt, że ani producent ani żaden z

autoryzowanych partnerów Rittal na Polskę nie zadeklarowałby współpracy umożliwiającej dotrzymanie wskazanych w ofercie czasów usuwania Awarii lub Usterek, wątpliwe jest zaoferowanie przez CPD System realizacji usług w sposób zgodny z wymaganiami.

W odniesieniu do twierdzeń CPD System, iż każdy podmiot, który posiada koncesję Ministra Spraw Wewnętrznych ma dostęp do kodów autoryzacyjnych producenta, Odwołujący stwierdził, iż nie jest to zgodne z prawdą. Koncesja, która została dołączona do wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2023 r. dotyczy prowadzenia działalności w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Uprawnienie do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, która jest działalnością regulowaną nie oznacza jednak automatycznie, że uprawniony przedsiębiorstwa, który nie jest autoryzowanym partnerem producenta, może uzyskać z mocy prawa kody autoryzacyjne do wszystkich urządzeń danego producenta. Aby chronić działalność swojej infrastruktury producent nie może wydawać kodów autoryzacyjnych dowolnym podmiotom (nawet, tym które posiadają koncesję na prowadzenie działalności regulowanej), gdyż naruszałoby to bezpieczeństwo jego systemów i urządzeń, które mogą być krytyczną infrastrukturą użytkowników końcowych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że u podstaw stawianych w odwołaniu zarzutów leżą błędne tezy Odwołującego, tj.: przekonanie, że Zamawiający w SWZ wymagał aby wykonawca był „autoryzowanym partnerem producenta" posiadanej przez Zamawiającego komory IT lub wręcz „krajową spółką wchodzącą w skład grupy producenta" tej komory; twierdzenie, że w świetle ustawy Pzp wykonawcy zobligowani są już na etapie złożonej oferty wskazywać podwykonawcę, a nie jedynie zakres czynności czy zadań zlecanych podwykonawcy bez konieczności wskazywania nazwy tego podwykonawcy; przekonanie, że wybrany wykonawca sam wykreował terminy stanowiące pozacenowe kryteria oceny ofert, które w ocenie Odwołującego nie są „realne"; założenie (a w zasadzie manipulacja), że wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane do wykonawcy CPD System wynikało „z wątpliwości Zamawiającego", a nie jak wynika to wprost z dokumentacji postępowania i treści samego wezwania, z pisma Odwołującego przesłanego Zamawiającemu — oraz w tym kontekście, że wątpliwości te nie zostały wytłumaczone w wyniku złożonych wyjaśnień; przekonanie, że oferta, która została wybrana jako najkorzystniejsza winna zostać odrzucona, gdyż wg Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tymczasem to działania Odwołującego na dzień wniesienia odwołania przez pryzmat stawianych w nim tez niepopartych dowodami w większym stopniu wypełniają przesłankę z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący powołuje się także na treść § 7 ust. 3 projektu umowy, w którym Zamawiający umieścił standardowe wymagania przy tego typu usługach serwisowych dotyczące części zamiennych oraz na modyfikację treści SWZ z dnia 15.12.2022 r. zgodnie, z którą działania w ramach realizacji umowy nie mogą powodować utraty posiadanej przez komorę IT Zamawiającego certyfikacji. Oba wymagania dotyczą jednak jak wynika wprost z ich treści realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, a nie przez producenta komory IT czy „autoryzowanego partnera producenta". Powyższe jest o tyle istotne, że twierdzenia Odwołującego i przywoływane orzecznictwo opierają się na błędnej tezie, że takie wymaganie wynikało z treści SWZ. Zamawiający takiego wymagania nie sformułował, a przedmiotem świadczenia są usługi świadczone przez Wykonawcę. Na uwagę zasługuje w tym zakresie także fakt, że zgodnie z projektem umowy wszelkie zobowiązania z niej wynikające oraz implikacje płynące z nienależytego jej wykonywania bądź niewykonania obciążają wykonawcę, któremu zostanie udzielone niniejsze zamówienie, a nie producenta komory IT. Jednocześnie Zamawiający zgodnie z pkt 3.5 SWZ nie zastrzegał obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę prac związanych z przedmiotem zamówienia, o których mowa w art. 60 i art. 121 ustawy Pzp. Powierzenie podwykonawcom realizacji części zamówienia było zatem wyłączną decyzją wykonawców.

Zamawiający podał, że nie określił także żadnych warunków podmiotowych zgodnie, z którymi wykonawca musiał posiadać status „autoryzowanego partnerem producenta" komory IT lub wręcz być „krajową spółką wchodzącą w skład

grupy producenta” tej komory. Działanie takie byłoby naruszeniem Pzp. Zamawiający nie stawiał w SWZ także żadnych warunków przedmiotowych. Odwołujący próbował niejako wymusić na Zamawiającym zmianę warunku udziału w postępowaniu, która miała właśnie doprowadzić do takiego ograniczenia, na co Zamawiający nie wyraził zgody (dowód: pismo z dnia 15.02.2023 r., znak DZA-DZAZZP.2610.50.2022.MS w aktach sprawy). Pomimo niedokonania modyfikacji SWZ w postulowanym przez Odwołującego zakresie (tj. modyfikacji warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający konkurencję) Odwołujący w treści odwołania prezentuje postawę i wysuwa roszczenia tak jakby mimo wszystko Zamawiający uczynił zadość Jego postulatowi i ów warunek zmienił. Ocena ofert opierała się zatem na oświadczeniach składanych przez wykonawców w ofertach oraz w toku postępowania, w takim zakresie w jakim stanowiły one treść oferty (w tym w oparciu o składane wyjaśnienia).

Zdaniem Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie także zarzuty Odwołującego opierające się na tezie, że Wykonawca CPD System nie wskazał w ofercie nazwy podwykonawcy / podwykonawców i z tego tytułu Zamawiający w opinii Odwołującego winien uznać, że Wykonawca CPD System nie daje rękojmi wykonania zamówienia, wbrew złożonym przez niego oświadczeniom w treści oferty czy też w toku składanych wyjaśnień.

Powołując się na przytoczone stanowisko doktryny i orzecznictwa Zamawiający podniósł, że nie ma uprawnień do ingerowania w treść stosunku wykonawca-podwykonawca w inny sposób niż wynika to z treści przepisów Pzp, a wskazywane przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter wyłącznie informacyjny. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego i sugestie jakoby fakt, że w swoich wyjaśnieniach Wykonawca CPD System wskazał na „trwające z podwykonawcami negocjacje” czy wręcz, że podwykonawcą tym nie jest „Rittal Sp. z o.o.” implikowały konieczność odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego nie znajdują podstaw w obowiązujących przepisach, a wręcz są z nimi wprost sprzeczne.

Następnie Zamawiający wskazał, że w świetle określonych w SWZ kryteriów oceny ofert każdy z wykonawców mógł złożyć deklarację (oświadczenie) w zakresie oferowanych czasów usuwania awarii i usterek wedle własnej woli i własnych możliwości, mając na względzie fakt, że będą to na etapie realizacji przyszłego świadczenia umownego czasy, których będzie musiał dotrzymać, a ich niedochowanie będzie sankcjonowane. Swoboda wykonawców w zakresie powyższej deklaracji była jednak ograniczona treścią SWZ do wyboru spośród czasów z góry zidentyfikowanych jako realne przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego zarzucić Wykonawcy CPD System, że zaoferowanie czasów usuwania awarii i usterek w najkrótszym zdefiniowanym w SWZ czasie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ Wykonawca ten działał w granicach określonych treścią SWZ - wskazane w ofercie czasy nie są jego własną „kreacją”, a wyborem dokonanym niejako z „listy opcji” narzuconej przez Zamawiającego.

W dalszej kolejności Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich tez i nie wykazał, że stawiane przez niego zarzuty są uzasadnione - za takie nie można przyjąć także oświadczeń Rittal Sp. z o.o. ze względu na prosty fakt wskazania tego podmiotu jako podwykonawcy przez Odwołującego -formułowane twierdzenia są zatem w „interesie” tego podmiotu. Wszystkie tezy i zarzuty sformułowane przez Odwołującego stanowią zatem jedynie jego opinię prywatną. Opinię prywatną uznać należy jedynie za dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Taki dowód nie może mieć charakteru przesądzającego o zasadności zarzutu odwołania. W kontekście opinii prywatnych nie można bowiem wykluczyć swoistego "dopasowywania” opinii prywatnej do potrzeb, które leżały u podstaw jej sformułowania czy oczywistego w tym przypadku interesu finansowego rozumianego jako potencjalne uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Na marginesie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący kwestionuje powoływanie się przez Wykonawcę CPD System na negocjacje z „producentem Rittal” i zlecenie producentowi czy jego autoryzowanemu partnerowi realizacji części zamówienia jako podwykonawcy, co jak rozumie Zamawiający ma opierać się na prostym fakcie, zgodnie z którym to „autoryzowany partner” na Polskę jest wskazany jako podwykonawca przez Odwołującego. Błędem logicznym w tym przypadku w ocenie Zamawiającego jest czynione najwyraźniej przez Odwołującego założenie, zgodnie z którym czy to wykonawcy czy podwykonawcy muszą być podmiotami krajowymi. Zamawiający dopuszcza bowiem sytuację, w której potencjalnym podwykonawcą będzie podmiot z obszaru UE, który potencjalnie także jest np. autoryzowanym partnerem producenta, ale sam nie jest podmiotem krajowym.

Nadto Zmawiający stwierdził, że Odwołujący dokonuje w treści odwołania swoistej manipulacji przypisując Zamawiającemu „powzięcie wątpliwości” w odniesieniu do możliwości realizowania przez Wykonawcę CPD System przeszłej umowy z bliżej nieokreślonych powodów czy też własnej inicjatywy Zamawiającego. Jak wynika jednak wprost z dokumentacji postępowania i treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanego do Wykonawcy CPD System przyczyną do skierowania tego wezwania były zarzuty względem tego Wykonawcy i jego oferty przesłane przez Odwołującego w dniu 10.01.2023 r. Zamawiający działał zatem motywowany tymi zarzutami mając na względzie należytą staranność w ramach podejmowanych przez siebie czynności w toku postępowania. W wyniku przedmiotowego wezwania Wykonawca CPD System odniósł się do wszystkich kwestii poruszonych w wezwaniu i w opinii Zamawiającego skutecznie wyjaśnił poruszane w nim kwestie i ponownie potwierdził, że zapewni realizację przedmiotu zamówienia, w tym w czasach zadeklarowanych w ofercie (dowód: pismo Odwołującego z dnia 10.01.202r r., wezwanie do złożenia wyjaśnień znak: DZA.DZAZZP.2610.50.2021 oraz wyjaśnienia Wykonawcy CPD System z dnia 25.01.2023 r.

Zamawiający zauważył również, że Odwołujący poświęcił blisko połowę treści odwołania na przytoczenie „poglądów prezentowanych w doktrynie” czy orzecznictwa w zakresie rozumienia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp czy art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jednak poza ogólnymi tezami i cytatami w żaden sposób nie wykazał, że przesłanki określone w tych przepisach materializują się w omawianym stanie faktycznym. W żadnym

miejscu Odwołujący nie wykazał, że „czasy usuwania awarii i usterek" zaoferowane przez Wykonawcę CPD System są „niemożliwe do dotrzymania". Sam Odwołujący także wbrew pozorom nie ma 100% pewności, że stawiane przez niego tezy znajdują oparcie w faktach, ponieważ każdorazowo w odniesieniu do kwestii „rzekomej utraty certyfikacji" używa trybu przypuszczającego wskazując, że w jego ocenie realizacja

zamówienia przez jego konkurenta jedynie „może" (a contrario nie musi) wywołać skutek, którym niejako straszy Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego nie zostały jednak poparte żadnymi konkretnymi dowodami (nie zostały nawet w najmniejszym stopniu uprawdopodobnione) i stoją wprost w sprzeczności z pisemnymi deklaracjami (oświadczeniami woli i wiedzy) złożonymi przez Wykonawcę CPD System - dlatego w ocenie Zamawiającego nie są one wiarygodne.

W ocenie Zamawiającego, w świetle wymagań postawionych w SWZ, w tym w szczególności zapisów projektu umowy brak jest podstaw do odrzucenia oferty tego Wykonawcy. Działania Odwołującego i sformułowane zarzuty mają w ocenie Zamawiającego jedynie potencjalnie zagwarantować mu większe szanse (niż konkurencji) na pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Jakkolwiek oczywiście Zamawiający rozumie takie „biznesowe" i pragmatyczne podejście Odwołującego, tak nie można jednocześnie przyjąć, że przedmiotowe żądania są uzasadnione z punktu widzenia Zamawiającego, w którego interesie jest z kolei wybranie oferty najkorzystniejszej w rozumieniu Pzp.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca CPD System sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na posiedzeniu przez Odwołującego w postaci oświadczeń VestigoData sp. z o.o. z 24 lutego 2023 r., F.H.U. Klimwer z 17 lutego 2023 r., Rittal Polska sp. z o.o. z 9 stycznia 2023 r. i 24 lutego 2023 r., oraz korespondencji mailowej z Rittal Czechy i Niemcy wraz z oświadczeniem dotyczącym programu partnerskiego Rittal Service, a także przez Przystępującego w postaci: referencji wystawionych przez PGNIG dla CPD System z 16 maja 2019 r. za okres od maja 2017 r. do maja 2019r., za okres od kwietnia 2015 r. do kwietnia 2017 r., referencji Komendanta Głównego Straży Granicznej z 22 lutego 2023 r. za okres od października 2019 r. do października 2022 r., z 21 maja 2018 r. za okres od kwietnia 2016 r. do marca 2017 r., wyciągu z umowy serwisowej zawartej pomiędzy Komendantem Straży granicznej a CPD z 7 kwietnia 2016 r., referencji Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „UKE") z 8 grudnia 2022 r. wystawionej dla CPD System za okres 7 sierpnia 2019 r. do 6 sierpnia 2022 r. wraz z informacją jakiej komory dotyczy i załącznikiem 1A do umowy, wyciągu z umowy z 6 sierpnia 2019 r. zawartej pomiędzy UKE a CPD System, referencji z 18 czerwca 2021 r. wystawionej przez Oddział Zabezpieczenia Centrum Szkolenia Sił Połączonych Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, wyciągu z umową z 23 stycznia 2020 r. zawartej pomiędzy Oddziałem Zabezpieczenia Centrum Szkolenia Sił Połączonych Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego a CPD System,

referencji z 13 stycznia 2020 r. wystawionej przez BGK dla CPD System, referencji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego z 17 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w Części I jest realizacja: „serwisu pogwarancyjnego dla następujących systemów zlokalizowanych w CPD:

a) Komory IT wraz z monitoringiem warunków w szafach IT w oparciu o RiZone,

b) systemu klimatyzacji precyzyjnej i wentylacji dla potrzeb CPD,

c) systemu zasilania gwarantowanego UPS CPD,

d) instalacji elektrycznych CPD z wyłączeniem rozdzielnic głównych serwerowni RGSI i RGS2,

e) rozdzielnic głównych serwerowni RGSI i RGS2

- polegający na przyjmowaniu od Zamawiającego zgłoszeń dotyczących Awarii lub Usterek (zwanych dalej „Zgłoszeniami"), obsługi tych Zgłoszeń oraz przeprowadzaniu przeglądów okresowych, gdzie pierwszy przegląd wykonany po zawarciu Umowy jest traktowany jako przegląd zerowy, zgodnie z parametrami określonymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy"

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 28 grudnia 2022 r. w postępowaniu zostały złożone dwie oferty przez wykonawców:

1) CPD System sp. z o.o. z ceną za realizację zamówienia:

Część I - 1 922 400,00 zł; Część II - 283 300,00 zł

2) AODC sp. z o.o. z ceną za realizację zamówienia:

Część I - 1 659 007,80 zł; Część II - 113 117,20 zł

Stosownie do pkt 10.3 SWZ:

Kryterium	Liczba punktów	Sposób oceny
Cena ofertowa brutto	60 pkt	Cena najtańszej oferty c =---------- x 60 punktów Cena badanej oferty
Czas usunięcia Awarii systemu Komory IT	5 pkt	Jeśli Czas usunięcia Awarii systemu Komory IT będzie wynosił: do 6 godzin - 5 pkt do 7 godzin - 2,5 pkt do 8 godzin - O pkt
Czas usunięcia Usterki systemu Komory IT	5 pkt	Jeśli Czas usunięcia Usterki systemu Komory IT będzie wynosił: do 6 dni — 5 pkt do 7 dni — 3,5 pkt do 8 dni —2 pkt do 9 dni —0,5 pkt do 10 dni -0 pkt
Czas usunięcia Awarii pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie Wykonawcy	15 pkt	Jeśli Czas usunięcia Awarii pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie Wykonawcy: do 6 godzin - 15 pkt do 7 godzin - 7,5 pkt do 8 godzin - 0 pkt
Czas usunięcia Usterki pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie Wykonawcy	15 pkt	Jeśli Czas usunięcia Usterki pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie Wykonawcy: do 3 dni - 15 pkt do 4 dni - 7,5 pkt do 5 dni - 0 pkt

Przystępujący zaoferował najkrótsze i najwyżej punktowane czasy usunięcia awarii i usterek.

Pismem z 19 stycznia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał CPD System Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie:

1) oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w treści Formularza Ofertowego odnoszącego się do kryterium pozacenowego, tj. czasów usunięcia Awarii i Usterek.

Uzasadnienie:

Zamawiający zgodnie z pkt I ppkt 2 „Specyfikacja Komory IT w Obiekcie" Załącznika nr 1A do Umowy wymagał aby „Komora IT posiada certyfikację wydaną przez ECB na zgodność z normą bezpieczeństwa 1047-2:2009. Działania Wykonawcy w ramach wykonywanych usługi serwisu pogwarancyjnego i wsparcia nie mogą powodować utraty wspomnianej powyżej certyfikacji (…)". Jednocześnie zgodnie z § 7 ust. 3 Umowy wymagał by, „Dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy części zamienne będą oryginalne, fabrycznie nowe,

wolne od wad fizycznych i prawnych, spełniać wymagania urządzeń, dla których są przeznaczone i rekomendowane przez ich producenta".

Zamawiający w dniu 10.01.2023 r. otrzymał informację, z której wynika, iż Wykonawca CPD System Sp. z o.o. nie jest w

stanie realizować usługi stanowiącej przedmiot zamówienia wbrew złożonym oświadczeniom złożonym w tym zakresie w Formularzu oferty.

Z informacji otrzymanej przez Zamawiającego wynika, że Wykonawca CPD System Sp. z o.o. nie jest autoryzowanym partnerem producenta komory IT posiadanej przez Zamawiającego tj. firmy Rittal. Ponadto zaznaczono, że „CPD System oferując najniższe z możliwych do zadeklarowania czasy usunięcia Awarii oraz Usterki zobowiązał się do wykonania serwisu w terminach, których nie gwarantuje producent tego rozwiązania - Rittal. Należyta realizacja przedmiotu zamówienia wymaga oparcia się o ofertę i współpracę z producentem – Zamawiający wymaga oryginalne, nowe i rekomendowane przez producenta części zamienne. Co więcej, Zamawiający zastrzegł, że serwis nie może prowadzić do utraty certyfikacji posiadanego przez Zamawiającego rozwiązania. Realizacja zamówienia wymaga więc dostępu do stocku części zamiennych. Realizacja serwisu, mimo iż jest to serwis pogwarancyjny, musi być zatem realizowana we współpracy z producentem/ autoryzowanym przedstawicielem producenta. Wykonawca na etapie wykonania zamówienia będzie bowiem uzależniony m.in. od dostępu części i sposobu pracy (czasów realizacji) stocku producenta. (…). Informujemy, że Rittal zadeklarował możliwość realizacji usług w czasach określonych przez Zamawiającego jako maksymalne:

- czas usunięcia Awarii systemu Komory IT – do 8 godzin
- czas usunięcia Usterki systemu Komory IT – do 10 dni
- czas usunięcia Awarii pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy – do 8 godzin
- czas usunięcia Usterki pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy – do 5 dni”.

Natomiast Wykonawca CPD System Sp. z o.o. w złożonej Ofercie zadeklarował czasy:

Czas usunięcia Awarii systemu Komory IT w terminie do 6 godzin.

Czas usunięcia Usterki systemu Komory IT w terminie do 6 dni.

Czas usunięcia Awarii pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie Wykonawcy w terminie do 6 godzin.

Czas usunięcia Usterki pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie Wykonawcy w terminie do 3 dni.

Dodatkowo z pozyskanych przez Zamawiającego informacji wynika, iż realizacja czynności serwisowych niektórych elementów infrastruktury, która ma być objęta umową wsparcia wymaga dostępu do kodów autoryzacyjnych: „(…) producent nie udostępnia kodów autoryzacyjnych dowolnemu podmiotowi - udostępnienie tych informacje ma istotne znaczenie dla bezpieczeństwa użytkowników końcowych.” oraz „(…) takie kody może posiadać tylko autoryzowany partner serwisowy”.

W związku z opisanymi powyżej wszystkimi wątkami Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnień w jaki sposób zamierza zapewnić Zamawiającemu realizację przedmiotu umowy:

a) w zadeklarowanych czasach w ofercie, nie powodując przy tym utraty certyfikacji wydanej przez ECB na zgodność z normą bezpieczeństwa 1047-2:2009,

b) bez dostępu do kodów autoryzacyjnych nie będąc partnerem serwisowym producenta (Rittall).

2) oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w treści Formularza Ofertowego odnoszącego się do kwestii powierzenia podwykonawcom realizację części zamówienia

Zgodnie z art. 462 ustawy Pzp Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający żądał podania informacji o zakresie zamówienia, jaki wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz o nazwach, jeśli są znane. Wykonawca powinien na etapie ubiegania się o zamówienie znać zakres, jaki zamierza powierzyć podwykonawcom.

Wykonawca CPD System Sp. z o.o. w Formularzu ofertowym oświadczył jedynie w sposób ogólny, że powierzy realizację części zamówienia podwykonawcy (nieznanemu na dzień składania ofert) w zakresie „część prac serwisowych.”

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnień poprzez wskazanie jaki konkretnie zakres prac serwisowych zamierza powierzyć podwykonawcy, a jaki zakres będzie wykonywał osobiście.

Przedmiotowe wyjaśnienia należy przesłać na adres: w nieprzekraczalnym terminie do dnia 26.01.2023 r. godz. 16:00

W odpowiedzi na ww. wezwanie, za pismem z 25 stycznia 2023 r. wykonawca CPD System Sp. z o.o. podał:

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 19.01.2023 wskazujemy, że oświadczenia podawane jako podstawa żądania wyjaśnień w zakresie, w jakim dotyczą one

złożonej przez nas oferty są nieprawdziwe i niezgodne z treścią złożonej przez nas oferty. Zwracamy przy tym uwagę, iż w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia nie zawarto wymogu usuwania Awarii, Usterki przez firmę Rittal, co byłoby oczywistym ograniczeniem wolnej konkurencji w postępowaniu.

Firma CPD System zamierza zapewnić Zamawiającemu ww. realizację przedmiotu umowy powierzając serwis produktów firmy Rittal podwykonawcy, którego wybierzemy spośród firm, z którymi obecnie negocjujemy tj. partnerami serwisowymi firmy Rittal i firmą Rittal, ale nie Rittal Sp. z o.o. z Polski (jak się Państwo domyślacie nie chcemy ujawnić, z którym przedstawicielem firmy Rittal w Europie oraz z którym partnerem serwisowym w Polsce i podać ich nazwy, szczególnie, że jeszcze ostatecznie nie wybraliśmy, aby nie narazić ich na działania odwetowe, o które podejrzewamy firmę AODC Sp. z o.o. i Rittal Sp. z o.o.) oraz firmami które mają w swojej ofercie dla nas ofertę swojego podwykonawcy będącego partnerem firmy Rittal.

Czasy wpisane w ofercie CPD System, a także wszystkie uwarunkowania w tym m.in. dostęp do systemów posiadających kody zostały potwierdzone przez naszych potencjalnych podwykonawców, z którymi obecnie negocjujemy. Wszyscy nasi podwykonawcy, z którymi negocjujemy zaoferowali realizację przedmiotu umowy w zadeklarowanych czasach w ofercie, nie powodując przy tym utraty certyfikacji wydanej przez ECB na zgodność z normą bezpieczeństwa 1047-2:2009 i że posiadają dostęp do kodów autoryzacyjnych producenta (Rittal).

Ponadto informujemy, że firma CPD System posiada koncesję nr L-0285/13 wydaną przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych (w załączeniu), która upoważnia m.in. do serwisowania obiektów, budynków, pomieszczeń, systemów bezpieczeństwa oraz pojedynczych elementów systemów bezpieczeństwa, które są wykonane zgodnie z normami bezpieczeństwa, w tym normą 1047-2:2009. Firmie, która posiada koncesję producenci nie mogą odmówić przekazania kodów do jakiegokolwiek systemu bezpieczeństwa. Firma CPD System posiada kody bezpieczeństwa do systemów, które serwisuje.

Firma CPD System zatrudnia przeszkolonych pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, m.in.: 1) A. K. Nr wpisu na liście PZT-4106, 2) J. P. Nr wpisu na liście PZT-12441,

Zwracamy uwagę, że Państwa komora jest wykonana zgodnie z normą bezpieczeństwa, a firma Rittal nie posiada koncesji, która upoważniałaby ją do opieki serwisowej systemów bezpieczeństwa lub elementów systemu bezpieczeństwa. Pismo firmy AODC Sp. z o.o. jest tak sformułowane, jakby serwisowanie obejmujące pomieszczenie wykonane zgodnie z

normą bezpieczeństwa było gwarancją, którą może wykonać tylko producent. Wprowadza to w błąd, gdyż gwarancja producenta to inny element niż serwisowanie na zgodność z normą.

Obowiązkiem firmy dostarczającej systemy, które posiadają kody jest przekazanie Zamawiającemu:

a) kodów startowych użytkowników w formie jawnej (np. mailem),

b) kodów serwisowych oraz innych kodów, które wpływają na gwarancję w postaci np. CD, pendrive'a w zalakowanej kopercie tak, aby możliwe było sprawdzenie czy kody zostały pobrane.

Jeżeli Zamawiający nie posiada tych kodów to prosimy o wyegzekwowanie tego, gdyż jest to Państwa prawo.

CPD System zamierza powierzyć podwykonawcom prace serwisowe z zakresu SWZ pkt 3.1. ppkt 1) lit. a), b) i c), a zakres, który CPD System zamierza wykonać osobiście to:

1. serwis instalacji elektrycznych w zakresie wskazanym w SWZ pkt 3.1 ppkt 1 lit. d) i e),

2. zarządzanie serwisem,

3. kontaktowanie się serwisu z Zamawiającym (wszelka korespondencja, zgłoszenia, pierwsza linia wsparcia serwisowego),

4. pozostałe prace wynikające z umowy.

Ostateczna liczba podwykonawców i podział zakresów zależeć będzie od końcowego wyniku prowadzonych obecnie negocjacji.

Do pisma została dołączona koncesja MSW z 31 października 2013 r. na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem postawione w nim zarzuty, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233- w treści: „uznk"), czynem nieuczciwej

konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący zarzut ten wywodzi z zaoferowania przez Przystępującego czasów usuwania awarii czy usterek w minimalnym, najwyżej punktowanym wymiarze czasu przy jednoczesnym zaoferowaniu wyższej ceny niż cena oferty Przystępującego, który przewidział dłuższe czasy punktowane w kryteriach oceny ofert. Jednocześnie Odwołujący twierdzi, że czasy zaoferowane przez Przystępującego są nierealne, bowiem producent Rittal i jego oficjalni partnerzy nie zapewniają części w takim czasie, a tylko oni mają wpływ na dostawę nowych, oryginalnych części potrzebnych do napraw. Jak stwierdził Odwołujący na rozprawie ww. podmioty nie są w stanie zapewnić dostępu do magazynu w czasach zaoferowanych przez Przystępującego, ponieważ aktualnie jest problem z częściami. Objęta przedmiotem zamówienia infrastruktura jest ok. 10-letnia, więc części jest mało, dlatego czasami należy je wykonać na zamówienie. Jeśli chodzi o kody autoryzacyjne to zdaniem Odwołującego producent nie musi ich udostępniać.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, w tym na rozprawie, wynika, że zdefiniował w SWZ terminy z uwzględnieniem doświadczeń wynikających z wcześniej zawartej umowy. Jak wyjaśnił, zarówno Odwołujący jak i Przystępujący wskazali, że zamówienie będzie wykonywane przy udziale podwykonawcy. Przystępujący w swojej ofercie zadeklarował zrealizowanie zamówienia na określonych warunkach, a następnie potwierdził to w złożonych wyjaśnieniach z 25 stycznia 2023 r., w których odniósł się do wszystkich kwestii poruszonych w wezwaniu z 19 stycznia 2023 r. Potwierdził również, że będzie realizował zamówienie przy pomocy podwykonawców, którzy są podmiotami posiadającymi dostęp do kodów źródłowych. Zgodnie z SWZ Zamawiający dokonywał badania i oceny ofert w tym zakresie na podstawie oświadczenia wykonawcy, które zostało potwierdzone w złożonych przez niego wyjaśnieniach.

Z kolei Przystępujący dla wykazania niezasadności zarzutu dotyczącego zaoferowanych przez niego czasów usunięcia awarii i usterek, podał na rozprawie w szczególności, że ma doświadczenie w usuwaniu awarii czy usterek infrastruktury produkcji Rittal, na dowód czego przedstawił dowody w postaci ww. referencji, w tym wystawionych przez UKE, na rzecz którego usługi były świadczone przez niego przy udziale Rittal, podkreślając, że współpracował z Rittal jedynie w zakresie serwisowania, a nie napraw, ponieważ Rittal, jako duża firma jest mało mobilna. Nadto wskazał, że nie czekając na awarię ma na stanie części zakupione na potrzeby usług dla PGNIG, które dotyczą Komory, dodając, że także obecnie taka komora jest objęta przez niego serwisem na rzecz PGNIG. Niezależnie od tego planuje zakup dodatkowych części od partnerów z Unii Europejskiej, z którymi współpracuje. Jeśli chodzi natomiast o utrzymanie certyfikacji, wskazał, że jest ona

wydawana przez niezależne laboratorium ECB. Ma doświadczenie z infrastrukturą objętą tą certyfikacją, na co wskazują złożone referencje Komendanta Głównego Straży Granicznej. W kwestii kodów źródłowych Odwołujący podał m.in., że dobrym zwyczajem jest, co wynika ze szkoleń dotyczących bezpieczeństwa, odbytych przez niego przed otrzymaniem koncesji, że wykonawca serwerowni przekazuje zamawiającemu kody źródłowe do urządzeń, bo to on jest właścicielem tej serwerowni i znajdujących się w niej urządzeń. Jednostki Skarbu Państwa nie mogą być pozbawione kodów źródłowych, bowiem wiąże się to z ryzykiem szkody, zwłaszcza w dobie cyberataków. Wyjaśnił, że po wygraniu przetargu przystąpiłby do zweryfikowania, które kody źródłowe zostały przekazane Zamawiającemu. W razie stwierdzenia braku takiego przekazania pomógłby Zamawiającemu wystąpić o ich przekazanie przez wykonawcę serwerowni lub przez producenta Rittal.

W sprawie nie jest sporne, że z uwagi na to, że objęta przedmiotem zamówienia infrastruktura jest produkcji Rittal, każdy wykonawca musi założyć, że będzie współpracował z producentem lub jego autoryzowanym partnerem. Nie jest też sporne, że Przystępujący, inaczej niż Odwołujący, nie jest autoryzowanym partnerem ww. producenta. Nie ma także sporu co do tego, że Zamawiający nie ograniczył kręgu potencjalnych wykonawców do tych, którzy są oficjalnymi partnerami producenta.

W zakresie pierwszego zarzutu spór dotyczy tego, czy zaoferowane przez Przystępującego, najwyżej punktowane w kryteriach oceny ofert, czasy usunięcia awarii i usterek, są realne.

W pierwszej kolejności w ocenie Izby należy zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym, że argumentacja Odwołującego służąca wykazaniu braku realności zadeklarowanych przez Przystępującego czasów usunięcia awarii i usterek w rzeczywistości kwestionuje postanowienia SWZ, co jest działaniem spóźnionym. Jeśli zdaniem Odwołującego minimalne czasy usunięcia awarii czy usterek określone w SWZ są niemożliwe do osiągnięcia, na co jego zdaniem wskazują przedłożone w sprawie dowody, w tym w postaci ww. oświadczeń producenta, to powinien w tym zakresie skorzystać ze środków ochrony prawnej wobec postanowień SWZ. Po upływie terminu składania ofert SWZ jest wiążąca zarówno dla wykonawców jak i dla Zamawiającego i nie jest możliwe wprowadzanie do niej zmian.

Niezależnie od powyższego, stwierdzenie wymaga, że jak wynika z powyżej przedstawionego pkt 10.3 SWZ dla czasu usunięcia awarii systemu Komory IT oraz pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy, Zamawiający - jak stwierdził -w oparciu o swoje doświadczenie wynikające z wcześniej zawartej umowy w tym zakresie, przewidział trzy możliwości, tj. do 6 godzin, przypisując w takim wypadku największą liczbę

punktów tj. odpowiednio 5 i 15 pkt, do 7 godzin - z liczbę punktów odpowiednio 2,5 i 7,5 oraz do 8 godzin - w obydwu przypadkach, tj. zarówno w zakresie Komory IT jak i pozostałych systemów, bez punktu. Z kolei dla czasu usunięcia usterki Komory IT SWZ przewiduje pięć możliwości, tj. do 6, 7, 8, 9, 10 dni z punktacją odpowiednio: 5, 3,5, 2, 0,5, 0 pkt, natomiast dla czasu usunięcia usterki pozostałych systemów, których dotyczy wsparcie wykonawcy -trzy możliwości, tj.

3, 4, 5 dni z punktacją odpowiednio: 15, 7, 5, 0 pkt.

Z treści złożonych w postępowaniu ofert wynika, że Przystępujący zaoferował czasy odpowiednio: 6 godzin, 6 dni, 6 godzin, 3 dni, za zatem najwyżej punktowane w kryterium oceny ofert, natomiast Odwołujący zaoferował czasy odpowiednio: 8 godzin, 10 dni, 8 godzin, 5 dni, a zatem czasy, dla których SWZ nie przewidywała punktów.

W ocenie Izby z samego faktu, że Przystępujący w swojej ofercie zaoferował krótsze czasy niż Odwołujący, tj. najkrótsze czasy, które były najwyżej punktowane w kryteriach oceny ofert, przy jednoczesnym zaoferowaniu wyższej ceny oferty, niż cena oferty Odwołującego nie można skutecznie wywodzić, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zwraca uwagę, że różnica zaoferowanych przez wykonawców czasów usunięcia awarii wynosi zaledwie 2 godziny. W związku z tym trudno uznać za przekonującą argumentację Odwołującego dotyczącą kwestii dostępności części i konieczności ich wyprodukowania, z której miałoby wynikać, że w czasie zaoferowanym przez Przystępującego nie jest to możliwe, ale, jak należy sądzić, w czasie zaoferowanym przez Odwołującego już byłoby to możliwe. Tak samo należy ocenić tę argumentację w odniesieniu do różnicy co do czasu usunięcia usterek i to niezależnie od tego czy dotyczy systemu Komory IT, gdzie różnica ta wynosi 4 dni, czy usunięcia usterek pozostałych systemów, gdzie wynosi ona 2 dni. Odwołujący nie wykazał jakich części miałby dotyczyć ewentualny problem z ich dostawą, jak też jak długo trwa proces ich produkcji. Nie wykazał także, że nie jest możliwe, aby Odwołujący nie mógł być w posiadaniu odpowiednich części. Jak zauważył Przystępujący, Odwołujący pomija okoliczność, że z uwagi na wcześniej czy aktualnie realizowane zamówienia odnoszące się do analogicznej infrastruktury, Przystępujący może mieć na stanie odpowiedni zapas części, bądź może je zakupić od podmiotów mających siedzibę na terenie Unii Europejskiej, będących autoryzowanymi partnerami producenta Rittal. Odwołujący nie wykazał, że taka możliwość z określonych względów nie istnieje.

Ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na Odwołującym, który z podnoszonych okoliczności faktycznych wywodził skutki prawne. W ocenie Izby Odwołujący nie udźwignął tego ciężaru. Złożone przez niego dowody w postaci np. oświadczeń autoryzowanych dystrybutorów producenta Rittal, w tym jego podwykonawcy, nie mogą być uznane za

wystarczające dla potwierdzenia zasadności zarzutu odwołania, co do nierealnego charakteru deklaracji Przystępującego w tym zakresie, co najwyżej mogą być wskazaniem na przyjęty przez niego sposób organizacji prac związanych z zamówieniem i uzasadnieniem dla sposobu zbudowania oferty przez Odwołującego.

W szczególności zauważenia wymaga, że zawarte w oświadczeniach VestigoData sp. z o.o., F.H.U. Klimwer i Rittal Polska sp. z o.o. z 9 stycznia 2023 r. ogólnikowe stwierdzenia wskazujące na to, że niektóre części eksploatacyjne i zamienne do serwisowania elementów wchodzących w zakres zamówienia są dostępne tylko w oficjalnym kanale dystrybucji Rittal i należy uwzględnić czas ich uzyskania z magazynu producenta, który został wydłużony w związku z niestabilną sytuacja na rynku, nie są wystarczając do stwierdzenia, że czas zaoferowany przez Przystępującego, przy jego systemie organizacji pracy, jest zbyt krótki na usunięcie awarii, tym bardziej, że jak wyżej wskazano różnica pomiędzy ofertą Odwołującego i Przystępującego w tym zakresie wynosi 2 godziny.

Także złożonego przez Odwołującego oświadczenia dotyczącego programu partnerskiego Rittal Serwice nie można uznać za wystarczający do potwierdzenia zarzutu odwołania co do braku realności czasów zaoferowanych przez Przystępującego. W świetle braku sporu co do tego, że Przystępujący zrealizował usługi na rzecz UKE przy udziale Rittal, co oznacza, że taka współpraca jest możliwa, należy uznać, że okoliczność, iż Przystępujący nie jest aktualnie partnerem producenta nie tylko nie wyklucza możliwości realizacji przez niego zamówienia, ale też nie oznacza nierealności zaoferowanych czasów usunięcia awarii czy usterek.

Zwraca uwagę, że Odwołujący w odwołaniu powołał się m.in. na wyrok, Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-06-28, KIO 1123/17, gdzie, jak podał wskazano: „W ocenie Izby, również w świetle jej dotychczasowego orzecznictwa, które trafnie przywołano w odwołaniu, ustalenie odrębnie ocenianych w SIWZ cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek kosztów, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców.”, a następnie stwierdził, że działanie CPD System narusza dobre obyczaje, bowiem polega na oferowaniu czasów usuwania awarii i usterek, które są niemożliwe do dotrzymania w celu otrzymania najwyższej punktacji, zaś AODC zaoferował czasy realne, ale w związku z deklaracją CPD System nie był w stanie uzyskać zamówienia, i to mimo, iż cena oferty

Odwołującego jest korzystniejsza, pokazuje, że Odwołujący buduje swoje stanowisko w oparciu o orzeczenie Izby wydane w całkowicie odmiennych okolicznościach sprawy. W analizowanej sprawie nie występuje przypadek manipulowania ceną oferty. Odwołujący koncentruje swoją argumentację wokół najniższych przewidzianych w SWZ czasów, a zatem uznanych przez Zamawiającego za realne, które zadeklarował Przystępujący. Odwołujący nie podniósł np. że zaoferowana przez Przystępującego cena jest np. sztucznie zawyżona. Nie wykazał, że różnica w czasie usunięcia awarii wynosząca 2 godziny może nieść daleko idące konsekwencje przy ocenie możliwości wykonania takiej usługi. Odwołujący jedynie ogólnikowo porusza kwestie dostaw części, nie wykazując jak ona się przedstawia w zależności od czasu usunięcia awarii i dlaczego różnica 2 godzin ma kluczowe znaczenie.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Sama okoliczność, że Odwołujący zaoferował dłuższe czasy i niższą cenę jeszcze nie

oznacza, że oferta Przystępującego, który uczynił odwrotnie, została złożona z naruszeniem prawa czy dobrych obyczajów. Nie jest sporne, że zachowanie Przystępującego nie wyczerpuje przesłanek określonych w art. 5 – 17 uznk. Nie zostało wykazane, aby było ono sprzeczne z prawem, jak też, aby było sprzeczne z dobrymi obyczajami, a także aby było szkodliwe, tzn. zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców, w szczególności, aby prowadziło do uzyskania przewagi nad konkurentami. To, że wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia rywalizują ceną, jak też - w tym przypadku - czasem wykonania usług, jest naturalnym przejawem konkurencji w postępowaniu.

Ad zarzut dotyczący złożenia oferty niespełniającej warunków zamówienia

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W myśl przepisu art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć m.in. warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że do wymogów postawionych przez zamawiającego należy porównywać treść złożonych przez wykonawców ofert. Chodzi przy tym o merytoryczne wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania oraz o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Z tych względów dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest

niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega. Dla odrzucenia oferty na podstawie ww. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie niezgodności treści oferty z określonymi w SWZ, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Zachowuje aktualność zasada, że specyfikacja warunków zamówienia, zawierająca m.in. opis przedmiotu zamówienia oraz opis spełnienia postawionych przez Zamawiającego wymogów nie może być zmieniana po terminie składania ofert.

W analizowanej sprawie rozstrzygnięcia w tym zakresie wymaga, czy Zamawiający zasadnie uznał, iż oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia, czy jednak podlega odrzuceniu jako niespełniająca warunków zamówienia z powodów podanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim realizacja serwisu pogwarancyjnego może powodować uratę certyfikacji Komory IT, co miałoby wynikać z tego, że po pierwsze, wykonawca ten nie posiada kodów autoryzacyjnych producenta do realizacji czynności serwisowych, a po drugie, w zadeklarowanych w ofercie czasach nie będzie w stanie realizować zamówienia w oparciu o oryginalne, fabrycznie nowe, rekomendowane przez producenta, dopuszczone do sprzedaży na terenie Polski części zamienne.

Jak wynika z wyjaśnień z 25 stycznia 2023 r. Przystępujący zamierza realizować zamówienie przez podwykonawców i prowadzi w tym zakresie negocjacje z podmiotami posiadającymi dostęp do kodów autoryzacyjnych producenta: będących partnerami serwisowymi Rittal i Rittal ale nie Rittal sp. z o.o. z siedzibą w Polsce oraz podmiotami, które mają w swojej ofercie dla niego ofertę swojego podwykonawcy będącego partnerem Rittal, którzy potwierdzili czasy zaoferowane w ofercie zostały oraz zaoferowali realizację przedmiotu umowy w tych czasach, nie powodując utraty certyfikacji wydanej przez ECB na zgodność z normą bezpieczeństwa 1047-2:2099.

W sprawie nie jest sporne, że Zamawiający w tym zakresie nie przewidywał przedmiotowych środków dowodowych, że z SWZ wynika, że będzie się opierał na oświadczeniach wykonawców. Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, że oświadczenia złożone przez Przystępującego w ofercie i potwierdzone w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach są sprzeczne z rzeczywistością, że wprowadzają Zamawiającego w błąd. Skupił natomiast uwagę na tym, że Przystępujący nie podał nazw potencjalnych podwykonawców. Tymczasem jak słusznie zauważył Zamawiający, podanie nazw podwykonawców na etapie składania ofert ma jedynie charakter informacyjny, następuje, gdy już są znani. W sytuacji zatem, gdy Przystępujący jeszcze nie zdecydował, który

podmiot będzie jego podwykonawcą, nie miał obowiązku wskazywania nazw wszystkich ewentualnych podmiotów branych pod uwagę.

Złożone przez Odwołującego oświadczenie Rittal z 9 stycznia 2023 r., w którym zostało m.in. stwierdzone, że CPD System sp. z o.o. nie posiada przeszkolenia w zakresie monitoringu szaf oraz UPS RiZone i elementów CMC-TC oraz certyfikacji Rittala-a, co wskazuje, że nie może samodzielnie świadczyć bezpiecznego serwisu oprogramowania z uwagi na brak posiadania kodów autoryzacyjnych, które nie są udostępniane dowolnemu podmiotowi, wobec twierdzeń Przystępującego, że przy realizacji zamówienia będzie korzystał z podwykonawców, posiadających dostęp do kodów źródłowych, nie stanowi wystarczającego dowodu na potwierdzenie zasadności zarzutu odwołania.

Jak wyżej wskazano nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby zaoferowane przez Przystępującego czasy usunięcia awarii czy usterek, przewidziane w SWZ jako jedne z możliwych do zaoferowania, były czasami nierealnymi.

W związku z tym również w zakresie drugiego zarzutu odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 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: ……..……..