

Sygn. akt: KIO/KD 27/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 6 października 2022 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 6 października 2022 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad dotyczących wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi serwisu gwarancyjnego dla sprzętu

informatycznego”, wskazującej na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp2004 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji – art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Agnieszka Trojanowska

Wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych częściowo zasługują na uwzględnienie

UZASADNIENIE

Przeprowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola doraźna dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi serwisu gwarancyjnego dla sprzętu informatycznego”. Postępowanie zostało przeprowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004”) w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp2004. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęto w dniu 14 lutego 2019 roku. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. (dalej: „Fujitsu”), a następnie zawarł z tym wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 29 marca 2019 r.

W prowadzonym postępowaniu kontrolnym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „PUZP” lub „Kontrolujący”), działając na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: „ustawa Pzp”), przeprowadził kontrolę doraźną, w wyniku której na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp2004:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości, jawności oraz pisemności postępowania;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), a w konsekwencji – art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej została przekazana Zamawiającemu w dniu 22 lipca 2022 roku.

Na podstawie dokumentów otrzymanych przez Zamawiającego (przesyłanych dwukrotnie) Kontrolujący ustalił, że wartość zamówienia wynosiła 469 370,90 zł netto, co stanowiło równowartość 108 859,82 euro. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 2 stycznia 2019 r. na podstawie zapytania wysłanego za pośrednictwem poczty elektronicznej do 9 firm zajmujących się serwisem gwarancyjnym sprzętu wykorzystywanego w GDDKiA. Na

zapytanie uwzględniające pełen zakres sprzętu wymienionego w załączniku nr 1 odpowiedziało jedynie trzy firmy i na tej podstawie została określona szacunkowa wartość zamówienia.

Zgodnie z pkt 6 ppkt 1 protokołu postępowania ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 lutego 2019 r. pod numerem 513134-N-2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zmienione w drodze ogłoszenia o zmianie ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 lutego 2019 r. pod numerem 540036215-N-2019 – zmiana dotyczyła przedłużenia terminu składania ofert z dnia 27 lutego 2019 r. na dzień 1 marca 2019 r.

Zgodnie z pkt 7 protokołu postępowania, SIWZ została udostępniona na stronie internetowej od dnia 14 lutego 2019 r. Treść specyfikacji została zmieniona w dniu 19 lutego 2019 r. oraz w dniu 25 lutego 2019 r.

Warunki udziału w postępowaniu zostały określone w pkt 7.2 SIWZ w następujący sposób:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej,

o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Nie dotyczy.

- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Nie dotyczy.

- 3) zdolności technicznej lub zawodowej:

- a) Wykonawcy:

Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania zamówienia to taki, który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował lub realizuje co najmniej jedną usługę polegającą na świadczeniu usług serwisu gwarancyjnego dla sprzętu informatycznego (serwery, biblioteki taśmowe, przełączniki sieciowe, urządzenia typu UPS) o wartości co najmniej 250.000,00 PLN brutto. W przypadku zamówień w trakcie realizacji Zamawiający wymaga, aby okres już zrealizowanej usługi wynosił co najmniej 6 miesięcy.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy wykazują łącznie. Zamawiający nie precyzuje szczególnego sposobu spełniania warunku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

- b) Osób:

Nie dotyczy”.

W pkt 9.7 SIWZ Zamawiający przewidział, że:

Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

- 1) W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu:

- a) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,

wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane,

a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

- 2) W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału

w postępowaniu:

- a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24

ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

- b) oświadczenia Wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu

lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających

dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;

c) oświadczenia Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne”.

Kryteria oceny ofert zostały określone w pkt 19 SIWZ. Były to cena (60%) oraz czas realizacji zgłoszenia serwisowego (40%).

Zgodnie z pkt 11 protokołu postępowania, otwarcie ofert nastąpiło w dniu 1 marca 2019 r. o godz. 11:15 w siedzibie Zamawiającego.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 290 476,80 zł.

Zgodnie z pkt 12 protokołu postępowania, do upływu terminu składania ofert została złożona jedna oferta: Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa (dalej także: „Fujitsu”) z ceną 555 595,92 zł.

Zgodnie z pkt 13 protokołu postępowania oraz jak wynika z treści pisma Zamawiającego do wykonawcy Fujitsu z dnia 1 marca 2019 r., Zamawiający zastosował art. 26 ust. 1 ustawy Pzp2004, wzywając wykonawcę Fujitsu do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp2004. Pismem z dnia 5 marca 2019 r. wykonawca przedłożył określone dokumenty.

Zgodnie z pkt 14 protokołu postępowania, Zamawiający nie zastosował art. 26 ust. 3 lub 3a ustawy Pzp2004.

Zgodnie z pkt 15 protokołu postępowania, żaden wykonawca nie został wykluczony z postępowania. Zgodnie z pkt 16 protokołu postępowania, Zamawiający nie stosował art. 87 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp2004. Zgodnie z pkt 17 protokołu postępowania, żadna oferta nie została odrzucona.

Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Fujitsu jako najkorzystniejszą w dniu 6 marca 2019 r.

Z protokołu postępowania wynika, że w trakcie postępowania nie poinformowano Zamawiającego o czynności bezprawnie podjętej lub zaniechanej, jak również nie wniesiono odwołania.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta z wykonawcą Fujitsu w dniu 29 marca 2019 r. Jak określono w § 6 ust. 1 umowy, całkowite wynagrodzenie ryczałtowe za realizację przedmiotu umowy strony ustaliły na kwotę netto 451 704,00 zł, wraz z podatkiem VAT łącznie wynagrodzenie brutto wyniosło 555 595,92 zł.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 kwietnia 2019 r., pod numerem 510064155-N-2019.

Kontrola przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia została przeprowadzona na wniosek (WK/20/22/DKZP), na który składają się: pismo Wnioskodawcy –

Prokuratury Okręgowej w Warszawie – Pradze w Warszawie z dnia 11 stycznia 2022 r. oraz pismo Wnioskodawcy z dnia 8 lutego 2022 r.

W toku kontroli doraźnej do Urzędu wpłynęło pismo Prokuratury Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie 2 Wydział ds. Przestępczości Gospodarczej (dalej: „Prokuratura”), z dnia 8 lutego 2022 r. (wpływ do Urzędu w dniu 14 lutego 2022 r.), w którym przekazano ustalenia śledztwa prowadzonego przez ww. Prokuraturę w sprawie PO II Ds. 138.2019 o następującej treści:

W toku trwającego postępowania przetargowego funkcjonariusze Delegatury Centralnego Biura Antykorupcyjnego w Warszawie prowadzili czynności operacyjne polegające na uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych prowadzonych przez [w treści jako: „X”] – kierownika sprzedaży Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.

Ustalono, iż X nawiązał znajomość z pracownikami GDDKiA odpowiedzialnymi za zamówienia publiczne w zakresie IT – [w treści jako: „Y”] oraz [w treści jako: „Z”]. Y był zatrudniony na stanowisku głównego specjalisty Wydziału Informatyki Departamentu Zarządzania Kryzysowego i Bezpieczeństwa GDDKiA. Do jego obowiązków należało m.in. konfigurowanie i instalowanie urządzeń sieciowych lokalnej sieci LAN i rozległej sieci WAN, jak również zlecanie i nadzorowanie poprawności wykonywania prac przez firm zewnętrzne w przypadku usuwania awarii sieci, a także branie udziału w procedurach, które są związane z zakupami sprzętu informatycznego w celu realizowania projektów prowadzonych przez Wydział Informatyki.

Bezpośrednim przełożonym Y był Z – naczelnik Wydziału Informatyki Departamentu Zarządzania Kryzysowego i Bezpieczeństwa GDDKiA. Do jego obowiązków należało m.in. kierowanie pracą wydziału oraz nadzór merytoryczny nad podległymi pracownikami, jak również udział w opracowywaniu technicznej części dokumentacji przetargowej, której przedmiotem jest zakup sprzętu, wyposażenia, oprogramowania lub usług informatycznych w celu zachowania zgodności z infrastrukturą teleinformatyczną.

X od lat zajmował się sprzedażą rozwiązań firmy Fujitsu Technology Solutions dla kluczowych partnerów. Współpracą z

GDDKiA zajmował się od około 4-5 lat. W ramach współpracy z tą instytucją regularnie kontaktował się z Y oraz Z.

W trakcie trwania kontroli operacyjnej zarejestrowano 4 jego rozmowy z Z i 10 z Y. Pierwsza rozmowa ww. z Z miała miejsce dnia 14 grudnia 2018 r. i dotyczyła wymagań i warunków planowanego przez GDDKiA postępowania przetargowego na serwis sprzętu komputerowego. Podczas kolejnej rozmowy dnia 20 grudnia 2018 r. mężczyźni ustalali

szczegóły przyszłego przetargu w zakresie zasilaczy UPS. W rozmowie Z wyrażał zgodę na zaproponowaną przez rozmówcę zmianę opisu zamówienia.

W toku rozmowy między podejrzanym X a Y, 20 stycznia 2019 r. podjęto temat planowanego przetargu na serwis sprzętu informatycznego. Na wstępie Y skarżył się rozmówcy, iż kierownictwo GDDKiA wstrzymuje zaplanowane przetargi. W trakcie rozmowy ujawnione zostały ponadto szczegóły planowanego przetargu oraz termin jego ogłoszenia. Temat ten poruszany był ponadto w toku kolejnych rozmów w dniu 22 stycznia i 4 lutego 2019 r.

W dniu następnym po ogłoszeniu postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego o numerze DPZ.DPZ-4.2413.2.2019 o udzielenie zamówienia publicznego „Świadczenie usług serwisu gwarancyjnego dla sprzętu informatycznego”, tj. 15 lutego 2019 r. X nawiązał kontakt z Y i przekazał mu swoje uwagi do SIWZ ww. postępowania. Rozmowa dotyczyła zawartego w § 3 ust. 1 II tomu SIWZ postanowienia. X zasugerował, iż powinno ono ulec modyfikacji poprzez poszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia oświadczenia o objęciu sprzętu informatycznego gwarancją. Y zasugerował rozmówcy zadanie pytania zamawiającemu o tę kwestię oraz wskazał termin, kiedy ma zostać złożone i jego treść.

W dniu otwarcia ofert X przyjechał do siedziby GDDKiA i rozmawiał z Y oraz spotkał się z nim osobiście.

Jednocześnie w toku kontroli ustalono, iż przekazany drogą elektroniczną Zamawiającemu w dniu 18 lutego 2019 r. pismem, wykonawca Fujitsu zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ o następującym brzmieniu:

Dotyczy SIWZ, TOM II (IPU) par. 3 Ust. 1

Urządzenia określone w Załączniku nr 1 do Umowy producentów Cisco, Brocade oraz Schneider zostały dostarczone jako OEM brandowane odpowiednio przez producentów Dell (urządzenia Cisco), Netapp (urządzenia Brocade) oraz Fujitsu (urządzenia Schneider) zatem zakup serwisu gwarancyjnego może się odbyć przez ww. firmy (nawet producenci urządzeń nie rozpoznają urządzeń w swoich systemach po numerach seryjnych). Czy zatem Zamawiający uzna za spełnienie warunku określonego w par. 3 Ust. 1 SIWZ, TOM II (IPU) poprzez dostarczenie oświadczenia Dell dla urządzeń Cisco, NetApp dla urządzeń Brocade oraz oświadczenia Fujitsu dla urządzeń Schneider?

Pismem z dnia 19 lutego 2019 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na powyższe pytanie:

Zamawiający dokonał zmian w tym zakresie (zmiana nr 1).

[...]

Działając w oparciu o art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający informuje, że zmianie uległy następujące zapisy SIWZ:

Zmiana nr 1:

W Tomie II SIWZ (IPU) §3 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

Istniejący zapis: „Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć do siedziby Zamawiającego przed podpisaniem umowy oświadczenia wystawionego przez autoryzowany serwis producenta sprzętu potwierdzającego objęcie gwarancją producenta lub autoryzowanego serwisu na cały okres umowy urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do Umowy”

Zastępuje się następującym: „Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć do siedziby Zamawiającego przed podpisaniem umowy oświadczenia wystawionego przez producenta sprzętu bądź autoryzowany serwis producenta sprzętu potwierdzającego objęcie gwarancją producenta lub autoryzowanego serwisu na cały okres umowy urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do Umowy z tym, że dopuszcza się również złożenie oświadczeń producentów:

- 1) Dell dla urządzeń Cisco;
- 2) NetApp dla przełączników Brocade;
- 3) Fujitsu dla urządzeń Schneider”.

Jak ponadto ustalono na podstawie treści protokołu postępowania, Z pełnił w toku postępowania funkcję członka komisji przetargowej. Y został wymieniony w protokole postępowania jako osoba przygotowująca opis przedmiotu zamówienia, opis warunków udziału w postępowaniu, opis kryteriów oceny ofert.

Pismem z dnia 8 marca 2022 r. Zamawiający został poinformowany o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w sprawie kontroli PUZP, ponadto zwrócono się do Zamawiającego o ustosunkowanie się do zarzutów Wnioskodawcy, jak również o:

1. przekazanie kopii protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami, w tym w szczególności kopii SIWZ wraz z opisem przedmiotu zamówienia i wszystkimi załącznikami, kopii umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz ze wszystkimi załącznikami oraz aneksami, kopii oświadczeń, o których mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp2004, kopii korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a przedstawicielami wykonawcy Fujitsu w zakresie dotyczącym przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, kopii oświadczeń, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego przekazanych przez wykonawcę Fujitsu;
2. wyjaśnienie charakteru i zakresu udziału pracowników wykonawcy Fujitsu w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia;
3. wyjaśnienie, z jakiego powodu Zamawiający nie uzyskał od wykonawcy Fujitsu oświadczeń, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego przed podpisaniem umowy oraz jakie działania Zamawiający podjął celem uzyskania przedmiotowych oświadczeń przed podpisaniem umowy;
4. określenie charakteru prawnego oświadczeń, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego (także wzoru umowy) w kontekście rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w postępowaniu

o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp2004 oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia

(t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), w szczególności, czy Zamawiający uznawał je

za oświadczenia w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004;

5. wyjaśnienie, czy i w jaki sposób Zamawiający weryfikował prawdziwość informacji zawartych w oświadczeniach, o których mowa w §3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego przekazanych przez wykonawcę Fujitsu;
6. przekazanie informacji, czy w związku z przedmiotowym zamówieniem złożone zostały jakiekolwiek odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli tak – proszę o informację dotyczącą sygnatury sprawy oraz wyniku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą;
7. przekazanie informacji, czy przedmiotowe zamówienie było współfinansowane ze środków UE;
8. przekazanie informacji, czy przedmiotowe zamówienie było przedmiotem kontroli przez organ kontroli inny aniżeli Prezes Urzędu, a jeśli tak – proszę o przekazanie kopii dokumentów zawierających wyniki tej kontroli.

Pismem z dnia 22 marca 2022 r. Zamawiający przekazał żądane dokumenty jak również następujące wyjaśnienia:

[...] w odpowiedzi na pismo z 8 marca 2022 roku dotyczące wszczęcia czynności wyjaśniających będących pierwszym etapem kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług serwisu gwarancyjnego dla sprzętu informatycznego (nr: DPZ.DPZ 4.2413.2.2019) informuję, że w przedmiotowej sprawie toczy się postępowanie karne sygn. PO II Ds. 138.2019 prowadzone przez Prokuraturę Okręgową Warszawa-Praga w Warszawie, w którym Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad uzyskała status pokrzywdzonego. W wyniku przedmiotowego postępowania zostaną

rozstrzygnięte również kwestie, o których mowa w piśmie UZP. Niezależnie od powyższego przekazuję poniższe wyjaśnienia i dokumenty.

Ad 1

Zamawiający przekazał kopię protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami, w tym w szczególności kopię SIWZ wraz z opisem przedmiotu zamówienia i wszystkimi załącznikami, kopię umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz ze wszystkim załącznikami oraz aneksami, kopię oświadczeń, o których mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp 2004, kopię korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a przedstawicielami wykonawcy Fujitsu, kopię oświadczeń, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego przekazanych przez wykonawcę Fujitsu.

Zamawiający jednocześnie poinformował, że oryginały oświadczeń od Wykonawcy Fujitsu, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy, zostały przekazane w dniu 18 stycznia 2022 roku do Centralnego Biura Antykorupcyjnego.

Ad 2

Zamawiający podał, że żaden z pracowników Fujitsu nie uczestniczył w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, zatem nie ma możliwości wskazania charakteru i zakresu udziału pracowników Fujitsu w pracach nad opz. Firma Fujitsu nie miała wpływu na przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia.

Ad 3

Wyjaśniając z jakiego powodu Zamawiający nie uzyskał od wykonawcy Fujitsu oświadczeń, o których mowa w § 3 ust. 1

umowy w sprawie zamówienia publicznego przed podpisaniem umowy oraz jakie działania Zamawiający podjął celem uzyskania przedmiotowych oświadczeń przed podpisaniem umowy Zamawiający oświadczył, że przekazanie wymaganych oświadczeń powinno nastąpić przed podpisaniem umowy z Wykonawcą, co nie zostało dopełnione z powodu przeoczenia Zamawiającego. Jednakże w toku weryfikowania umowy na prośbę Zamawiającego stosowne oświadczenia zostały przekazane przez Wykonawcę w późniejszym terminie.

Ad 4

Zamawiający wyjaśnił, że oświadczenia, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy nie miały charakteru oświadczeń z zakresu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, ani innego szczególnego statusu wynikającego z przepisów Pzp. Nie były zatem dokumentami niezbędnymi do oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców. Wymóg złożenia oświadczenia był wymogiem wynikającym z umowy pomiędzy przyszłymi stronami umowy.

Ad 5

Zamawiający zaznaczył, że nie miał wątpliwości co do prawdziwości informacji zawartych w oświadczeniach i przyjął je zgodnie z zasadą domniemania prawdziwości danych. Zamawiający zwrócił uwagę, że większość oświadczeń, które zostały przekazane do Zamawiającego są oświadczeniami producentów urządzeń objętych usługą serwisu gwarancyjnego.

Ad 6 W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług serwisu gwarancyjnego dla sprzętu informatycznego nie było odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej.

Ad 7. Przedmiotowe zamówienie publiczne nie było współfinansowane ze środków UE.

Ad 8 Zamawiający oświadczył, że zamówienie publiczne będące przedmiotem niniejszej kontroli nie było przedmiotem kontroli i audytów wewnętrznych GDDKiA oraz kontroli i audytów zewnętrznych prowadzonych w GDDKiA.

Kontrolujący pismem z dnia 9 czerwca 2022 r. zwrócił się do Prokuratury Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie 2 Wydział ds. Przestępczości Gospodarczej z prośbą o przekazanie kopii oświadczeń, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego przekazanych przez wykonawcę Fujitsu. Pismem z dnia 14 czerwca 2022 r. Prokuratura Okręgowa Warszawa-Praga w Warszawie 2 Wydział ds. Przestępczości Gospodarczej przekazała kopie wnioskowanych dokumentów w sprawie.

Pismem z dnia 22 lipca 2022 r. poinformowano Zamawiającego o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dalszym prowadzeniu kontroli doraźnej.

W wyniku kontroli PUZP stwierdził naruszenia wskazane na wstępie niniejszej uchwały Izby.

Ad. naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp2004

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy Pzp2004, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Stosownie do treści art. 9 ust. 1 ustawy Pzp2004, postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.

Kontrola kierowała się ustaleniami stanu faktycznego sprawy, w tym dokonany przez Prokuraturę, które PUZP przyjął za własne, uznając, iż Zamawiający przekazał przedstawicielowi wykonawcy Fujitsu co najmniej:

- informację dotyczącą daty planowanego wszczęcia postępowania o udzielenie

zamówienia – przed wszczęciem postępowania,

- informację dotyczącą możliwości złożenia zapytania o wyjaśnienie treści SIWZ

wraz ze wskazaniem terminu na dokonanie tej czynności oraz treści zapytania – w toku postępowania.

Przekazanie powyższych informacji w ocenie PUZP uprzywilejowywało wykonawcę Fujitsu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dzięki wiedzy o terminie wszczęcia postępowania w rzeczywistości dysponował on dłuższym okresem na przygotowanie oferty. A także uzyskanie wiedzy dotyczącej treści zapytania o wyjaśnienie treści SIWZ mogło mieć zasadniczy wpływ na decyzję wykonawcy o złożeniu zapytania a w konsekwencji – na formalnie dokonaną czynność Zamawiającego w postaci zmiany treści SIWZ zgodnie z zapytaniem wykonawcy Fujitsu. Jak wynika z ustaleń Prokuratury, zasadniczą część ustaleń dotyczących treści SIWZ w zakresie rozszerzenia katalogu dopuszczalnych oświadczeń producentów została w rzeczywistości dokonana drogą bezpośredniej komunikacji pomiędzy pracownikiem Zamawiającego a przedstawicielem wykonawcy Fujitsu, który sugerował pracownikowi Zamawiającego modyfikację SIWZ określonej treści.

Przepisy ustawy Pzp2004 przewidują w art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 generalną zasadę przejrzystości oraz jawności postępowania, które wyrażają się także w szczegółowym uregulowaniu zasad komunikacji pomiędzy Zamawiającym oraz wykonawcami w odniesieniu do treści SIWZ w taki sposób, aby zapobiec utrudnianiu uczciwej konkurencji i nierównemu traktowaniu wykonawców, m.in. w ramach instytucji dialogu technicznego (art. 31a ustawy Pzp2004) czy

wyjaśnień treści SIWZ (art. 38 ustawy Pzp2004). Niedopuszczalne jest podejmowanie przez Zamawiającego czynności zmierzających faktycznie do obejścia powyższych regulacji celem uprzywilejowania konkretnego wykonawcy, w szczególności złożenie przez wykonawcę formalnego zapytania stosownie do regulacji art. 38 ust. 1 ustawy Pzp2004 miało jedynie charakter pozorny, gdyż rzeczywiste ustalenia zostały dokonane w toku rozmowy pomiędzy przedstawicielem Zamawiającego i wykonawcy Fujitsu. Analogicznie działanie Zamawiającego, który prowadził komunikację z wykonawcą dotyczącą zmian w treści SIWZ drogą ustną, należy uznać za naruszające dyspozycję art. 9 ust. 1 ustawy Pzp2004. Pomimo zawartego w skierowanym do Zamawiającego piśmie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 marca 2022 r. wezwania do przekazania kopii korespondencji prowadzonej pomiędzy

Zamawiającym a wykonawcą Fujitsu w zakresie dotyczącym postępowania, w dokumentacji przekazanej w toku kontroli nie stwierdzono dokumentów potwierdzających treść rozmów prowadzonych pomiędzy pracownikiem Zamawiającego a przedstawicielem wykonawcy Fujitsu, co biorąc pod uwagę treść ustaleń Prokuratury, pozwala na stwierdzenie, iż Zamawiający nie udokumentował przebiegu tychże rozmów.

Zdaniem PUZP przez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości, jawności oraz pisemności postępowania, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem poprzez przekazywanie określonych informacji wykonawcy Fujitsu oraz prowadzone pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Fujitsu ustne uzgodnienia w toku postępowania, jak również będącą konsekwencją uzgodnień zmianę treści SIWZ Zamawiający uprzywilejował pozycję tego wykonawcy.

Ad naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 i w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004

W treści § 3 ust. 1 Tomu II Istotne postanowienia umowy, stanowiącego element SIWZ, Zamawiający zawarł następujące postanowienie: Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć do siedziby Zamawiającego przed podpisaniem umowy oświadczenia wystawione przez autoryzowany serwis producenta sprzętu potwierdzającego objęcie gwarancją producenta lub autoryzowanego serwisu na cały okres umowy urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do Umowy.

W toku kontroli proszono Zamawiającego o ustosunkowanie się do kwestii braku wymaganych oświadczeń przed podpisaniem umowy, w jaki sposób Zamawiający weryfikował prawdziwość złożonych oświadczeń oraz jaki charakter w odniesieniu do rozporządzenia o dokumentach miały wymagane oświadczenia.

Zamawiający w zakresie kwestii wskazanej w pkt 1 przekazał, że: Przekazanie wymaganych oświadczeń zgodnie § 3 ust. 1 umowy powinno nastąpić przed podpisaniem umowy z Wykonawcą, co nie zostało dopełnione z powodu przeoczenia Zamawiającego. Jednakże w toku weryfikowania umowy na prośbę Zamawiającego stosowne oświadczenia zostały przekazane przez Wykonawcę w późniejszym terminie.

W zakresie kwestii wskazanej w pkt 2 Zamawiający przekazał co następuje: Oświadczenia, o których mowa w § 3 ust. 1 umowy nie miały charakteru oświadczeń z zakresu

art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ani innego szczególnego statusu wynikającego z przepisów Pzp. Nie były zatem dokumentami niezbędnymi do oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców. Wymóg złożenia oświadczenia był wymogiem wynikającym z umowy pomiędzy przyszłymi stronami umowy.

W zakresie kwestii wskazanej w pkt 3 Zamawiający przekazał co następuje: Zamawiający nie miał wątpliwości co do prawdziwości informacji zawartych w oświadczeniach i przyjął je zgodnie z zasadą domniemania prawdziwości danych. Zamawiający zwraca uwagę, że większość oświadczeń, które zostały przekazane do Zamawiającego są oświadczeniami producentów urządzeń objętych usługą serwisu gwarancyjnego.

W toku kontroli Kontrolujący uzyskał kopie pism przekazanych Zamawiającemu przez wykonawcę Fujitsu pismem z dnia 8 lipca 2020 r., uznanych przez Zamawiającego za

oświadczenia, o których mowa w § 3 ust. 1 Tomu II Istotne postanowienia umowy stanowiącego element SIWZ oraz w § 3 ust. 1 umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pisma te obejmowały:

- „Oświadczenie” podmiotu Comp S.A. z dnia 1 lipca 2020 r. wraz z „Pełnomocnictwem” z dnia 2 lipca 2020 r.,
- „Oświadczenie” wykonawcy Fujitsu z dnia 25 czerwca 2020 r.,
- pismo podmiotu NetApp Inc. z dnia 6 lipca 2020 r.,
- „Certyfikat asysty technicznej Oracle” (nr 1) podmiotu Oracle Polska sp. z o.o. z dnia 3 lipca 2020 r.,
- „Certyfikat asysty technicznej Oracle” (nr 2) podmiotu Oracle Polska sp. z o.o. z dnia 3 lipca 2020 r.

PUZP w związku z powyższym zauważył, że stosownie do treści art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Stosownie zaś do treści art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.

PUZP podkreślił, iż kwalifikacja oświadczeń lub dokumentów składanych w postępowaniu uzależniona jest przede wszystkim od roli powyższych oświadczeń lub dokumentów w toku postępowania, co do zasady niezależnie od formalnej nazwy nadanej oświadczeniu lub dokumentowi przez wykonawcę czy zamawiającego. Zakres oświadczeń lub dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców został zdefiniowany na kanwie przepisów ustawy Pzp2004, tym samym zamawiający nie może żądać od wykonawców oświadczeń ani dokumentów wykraczających poza katalog wynikający z treści ustawy Pzp2004, uszczegółowiony treścią aktów wykonawczych do ustawy.

Jednocześnie Zamawiający żądał przedstawienia przez wykonawców oświadczeń, o których mowa w § 3 ust. 1 Tomu II Istotne postanowienia umowy, przed podpisaniem umowy, zaś jak przyjmuje się w orzecznictwie funkcjonującym w odniesieniu do definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp2004, przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. III CZP 103/10).

Tom II Istotne postanowienia umowy stanowił integralną część SIWZ, co wynika z listy zawartej na str. 2 SIWZ, jak również z faktu, iż opis przedmiotu zamówienia (Tom III) stanowił załącznik nr 2 do Tomu II, ponadto pkt 5.3 SIWZ wprost wskazuje, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Tomie II-III SIWZ. Tym samym uznać należy, iż oświadczenia, o których mowa w § 3 ust. 1 Tomu II Istotne postanowienia umowy były w rzeczywistości oświadczeniami mającymi potwierdzać spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, tj. oświadczeniami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004. W sytuacji, w której zamawiający żąda przedłożenia określonych oświadczeń lub dokumentów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, rzeczywistym źródłem obowiązku ich przedłożenia jest treść dokumentów zamówienia, a nie postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która w tym momencie nie została jeszcze zawarta. Oznacza to, iż ocena zgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie spełniania przez oferowane

usługi wymagań określonych przez Zamawiającego winna zostać dokonana poprzez weryfikację przedmiotowych oświadczeń.

Jednocześnie Prezes Urzędu przyjął za własne ustalenia faktyczne Prokuratury zawarte w piśmie z dnia 8 lutego 2022 r., w związku ze śledztwem prowadzonym w sprawie o sygn. PO II Ds. 138.19, z których wynika, iż Comp S.A. nie miał uprawnień do wykonywania autoryzowanego serwisu sprzętu Cisco, natomiast Fujitsu nie miał pracowników, posiadających stosowne uprawnienia, do wykonywania autoryzowanego serwisu sprzętu firmy Schneider i nie wykupiło takiego serwisu od tej firmy. Ponadto zdaniem Kontrolującego pismo podmiotu NetApp Inc. z dnia 6 lipca 2020 r. nie ma charakteru oświadczenia z uwagi na brak podpisu osoby umocowanej do działania w imieniu tego podmiotu.

W ocenie PUZP Zamawiający nie może powoływać się na fakt formalnego dopuszczenia złożenia oświadczeń producentów: Dell dla urządzeń Cisco i Fujitsu dla urządzeń Schneider, w sytuacji, jeśli podmioty te nie posiadają właściwych uprawnień, a w konsekwencji, nie są w stanie występować jako producent lub autoryzowany serwis producenta w odniesieniu do określonych typów urządzeń. Takie postanowienia SIWZ miałyby w istocie charakter pozorny, bez wątpienia również przesądzałyby o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron dopuszczenie możliwości wystawienia oświadczenia w odniesieniu do danego typu sprzętu przez jeden określony podmiot, niezależnie od tego, czy posiada on autoryzację, byłoby to bowiem w sposób oczywisty sprzeczne z celem żądania tego rodzaju oświadczenia i uprzywilejowywałoby konkretnych wykonawców.

Nie budzi wątpliwości PUZP, iż rekonstrukcja treści wymagania, którego spełnienia przez oferowaną usługę żądał Zamawiający w toku postępowania, potwierdzanego treścią oświadczenia zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, wskazuje na konieczność wykonywania serwisu gwarancyjnego przez producenta sprzętu lub przez autoryzowany serwis producenta sprzętu.

Niezależnie od powyższego dla urządzeń Cisco Zamawiający dopuścił złożenie wyłącznie oświadczenia producenta Dell, a nie oświadczenia jakiegokolwiek innego podmiotu, w szczególności Comp S.A. Zauważyć należy, iż w treści „Oświadczenia” z dnia 1 lipca 2020 r. Comp S.A. wskazał wyłącznie, iż jest autoryzowanym partnerem firmy Dell, a nie Cisco, zatem w tym względzie brak jest podstaw do uznania wiarygodności oświadczeń tego podmiotu względem objęcia wsparciem autoryzowanego serwisu urządzeń Cisco. Zamawiający nie może w każdym przypadku powoływać się na zasadę domniemania prawdziwości danych, sprowadzałoby to bowiem proces badania oferty do „mechanicznej” akceptacji dowolnych twierdzeń wykonawców, podczas gdy rolą zamawiającego jest podjęcie działań co najmniej

w sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty składane w postępowaniu budzą wątpliwości, co wynika wprost z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004, znajdującego zastosowanie także względem oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004. Skutkiem tego, także wobec ustalenia przez Prokuraturę braku uprawnień do wykonywania autoryzowanego serwisu sprzętu Cisco, oświadczenie Comp S.A. z dnia 1 lipca 2020 r., w żadnym wypadku nie może zostać uznane za spełniające wymóg określony w §3 ust. 1 Tomu II stanowiącego integralną część SIWZ.

W odniesieniu zaś do oświadczenia wykonawcy Fujitsu z dnia 25 czerwca 2020 r. w jego treści wykonawca Fujitsu wskazał, że jako producent/dostawca wyszczególnionego w poniższej tabeli sprzętu udzielił gwarancji [...]. Z treści oświadczenia nie wynika, iż podmiot ten posiada uprawnienia autoryzowanego serwisu producenta sprzętu dla urządzeń Schneider, nie budzi natomiast wątpliwości fakt, iż nie jest jego producentem, co analogicznie jak w odniesieniu do podmiotu Comp S.A. powinno co najmniej skutkować wątpliwościami po stronie Zamawiającego, a w konsekwencji wyłączyć zastosowanie domniemania prawdziwości w sposób automatyczny. Brak uprawnień do wykonywania autoryzowanego serwisu sprzętu firmy Schneider potwierdziły także ustalenia Prokuratury.

Brak jest także jakichkolwiek podstaw do uznania, iż w przypadku prawidłowego wezwania wykonawcy Fujitsu do złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp2004, ewentualnie wskutek wezwania do złożenia, uzupełnienia, poprawienia złożonych oświadczeń lub udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004 w toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający uzyskałby oświadczenia potwierdzające spełnianie przez oferowane usługi wymagań przez niego określonych, w szczególności możliwość zaistnienia takiej sytuacji nie została co najmniej uprawdopodobniona w toku kontroli doraźnej.

Z uwagi na niespełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, zasadne jest uznanie, iż treść oferty wykonawcy Fujitsu nie odpowiadała treści SIWZ, co stanowiło podstawę do jej odrzucenia. Jednocześnie, z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy Fujitsu była jedyną ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jej odrzucenie winno skutkować unieważnieniem postępowania, czego Zamawiający zaniechał.

Reasumując, PUZP stwierdził, że doszło do wskazanych naruszeń i miały one wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia i zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta podlegała odrzuceniu.

Zamawiający w ustawowym terminie wniósł pisemne zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Zamawiający w przypadku pierwszego ze stwierdzonych naruszeń wskazał, że uzasadniając wynik kontroli, szeroko odwołano się do ustaleń śledztwa prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową Warszawa-Praga w Warszawie 2. Wydział ds. Przestępczości Gospodarczej (dalej: „Prokuratura”), które Prezes Urzędu przyjął za własne. Na bazie tych danych wskazano działania Zamawiającego, którym przypisano skutek naruszenia zasad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uprzywilejowanie wykonawcy Fujitsu.

Według Zamawiającego, okoliczności powyższe nie spowodowały uprzywilejowania Wykonawcy Fujitsu w kontrolowanym postępowaniu ze względu na obiektywne okoliczności.

Kontrolujący przedstawia pierwsze z działań jako jedyne możliwe źródło pozyskania informacji o planowanym wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. Pomija jednak fakt, że informacja taka jest możliwa do uzyskania także na wiele innych, dopuszczonych prawem sposobów. Wśród nich wymienić można chociażby:

- publikowanie planów postępowań o udzielenie zamówienia,
- rozeznanie rynku w celu oszacowania wartości zamówienia,
- pozyskanie informacji publicznej o czasie trwania (w tym zakończeniu) poprzedniej umowy na usługi o charakterze powtarzającym się lub ciągłym.

W przedmiotowym stanie faktycznym ze względu na zlecenie standardowej usługi nie prowadzono co prawda dialogu technicznego, ale były publikowane plany postępowań o udzielenie zamówienia. Postępowanie było ujęte w poz. 20. Planu postępowań o udzielenie zamówienia na rok 2018, zamieszczonym na BIP GDDKiA w dniu 1 marca 2018 r. jako planowaną datę wszczęcia postępowania wskazano XI.2018. 22.06.2018 r. Zamawiający

zamieścił na BIP korektę planu, w której wskazał, że przetarg ten planuje ogłosić w IV kwartale 2018 r. Już te przejrzyste i zgodne z wymogami prawa informacje powodowały, że rynek, którego uczestnikiem jest też Fujitsu, wyczekiwał na przedmiotowe postępowanie i spodziewał się jego wszczęcia.

Dodatkowo, w końcu 2018 r. Zamawiający przystąpił do przygotowywania postępowania i w związku z tym podjął czynności związane z szacowaniem wartości zamówienia. W tym celu przeprowadził rozeznanie rynku. W ramach tego rozeznania już 3 grudnia 2018 r. wysłał mailowe zapytanie aż do 9 podmiotów zajmujących się serwisem sprzętu posiadanego przez GDDKiA, wśród których było też Fujitsu. Na zapytanie Zamawiającego niektóre podmioty odpowiedziały dokonując wyceny usług tylko w zakresie części urządzeń. Wycenę usług serwisu w zakresie wszystkich wyspecyfikowanych przez Zamawiającego urządzeń przesłały 3 podmioty, w tym Fujitsu, i ich informacje stały się podstawą ustalenia wartości zamówienia.

Ostatecznie proces szacowania wartości zamówienia zakończono w dniu 2 stycznia 2019 r., co wynika z pkt. 9. Wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego dla kontrolowanego postępowania. Tym samym wykonawcy zapytani w ramach rozeznania rynku o informację cenową pośrednio pozyskali informację o maksymalnym terminie

wszczęcia postępowania w przedmiocie, którego dotyczy zapytanie. Mając na uwadze informacje o kontakcie przedstawicieli Zamawiającego z Wykonawcą Fujitsu opisane przez Prokuraturę i przytoczone w bardzo szerokim zakresie w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, stwierdzić należy, że odbywały się one równolegle do procedury szacowania wartości zamówienia. Wykonawca Fujitsu miał więc możliwość pozyskać informację o planowanym terminie wszczęcia kontrolowanego postępowania, z dwóch alternatywnych i zgodnych z prawem źródeł. Ten fakt całkowicie osłabia wydzwięk domniemanego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp 2004. Przekazanie informacji o planowanej dacie wszczęcia postępowania w dniu 20 stycznia 2019 r., na które wskazuje Prokuratura, a za nią Informacja o wyniku kontroli doraźnej, wpisywało się w wiedzę, która była już dostępna Wykonawcy Fujitsu na podstawie opublikowanych planów postępowań na 2018 r. i procesu ustalania wartości zamówienia przeprowadzanego w grudniu 2018 r.

Dlatego fakt ten jest całkowicie irrelevantny dla uprzywilejowania Wykonawcy Fujitsu. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedstawiono stan faktyczny w niepełnym zakresie, ograniczając się jedynie do ustaleń Prokuratury. W toku kontroli nie podjęto wyjaśnień treści Wniosku o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego w zakresie informacji o procesie ustalania wartości zamówienia (pkt 9 Wniosku), aby ustalić, czy Wykonawca Fujitsu nie był jego uczestnikiem. Nie wyjaśniono także, czy informacja o planowanym wszczęciu przedmiotowego postępowania była publikowana przez Zamawiającego. Takie wyjaśnienia pozwoliłyby na właściwą ocenę wagi informacji przekazanej telefonicznie.

Ponadto, w informacji o wyniku kontroli nie sformułowano oceny jak przedmiotowe przekazanie informacji zaburzyło wartość podstawowego mechanizmu mającego gwarantować równe traktowanie wykonawców i przejrzystość w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jakim jest ogłoszenie o zamówieniu publicznym publikowane w odpowiednim publikatorze. Jako że informacje te nie mogły wywołać skutku w postaci uprzywilejowania Wykonawcy Fujitsu i nie zniweczyły wartości jakie wiąże się z upublicznieniem we właściwym publikatorze ogłoszenia o zamówieniu, nie powinny stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp 2004.

Odnosząc się do drugiego działania Zamawiającego, które w Informacji o wyniku kontroli doraźnej uznano za przyczynę naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1

oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r., także Zamawiający podkreślił, że zostało ocenione w bardzo wąskiej perspektywie i w oderwaniu od uwarunkowań rynkowych związanych z przedmiotem zamówienia. Kontrolujący ocenił, że oficjalne zadanie pytania do treści SIWZ w toku postępowania, co zostało zalecone w rozmowie telefonicznej przez przedstawiciela Zamawiającego, miało jedynie pozorny charakter, gdyż treść modyfikacji SIWZ została ustalona już podczas rozmowy telefonicznej. Co istotne, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej założono, że działania Zamawiającego odbyły się celem uprzywilejowania konkretnego wykonawcy. Taka ocena stanu faktycznego opiera się na zupełnym niezrozumieniu stanu faktycznego i istoty problemu zgłoszonego przez Wykonawcę Fujitsu po wszczęciu postępowania.

Wykonawca Fujitsu jako uczestnik rynku dostrzegł w opublikowanej SIWZ wadę, którą należało rozwiązać, aby możliwe było wypełnienie przez jakiegokolwiek wykonawcę wymagań Zamawiającego w zakresie zapewnienia gwarancji producenta lub autoryzowanego serwisu producenta na cały okres umowy dla wszystkich urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do Umowy. W odniesieniu do pewnej części urządzeń objętych przedmiotem zamówienia jako producenta wpisano podmioty, które są jedynie wytwórcą urządzenia (Cisco, Brocade, Schneider), jednakże na rynku za ich producenta uznaje się podmiot, pod którego marką (brand) sprzedawane jest to urządzenie (Dell, NetApp, Fujitsu). Ci producenci urządzeń de facto kupują technologię od jej twórcy. Twórcy nie katalogują wytworzonych w tym trybie urządzeń. Zamawiający w załączniku nr 1 do umowy wpisał jako producenta części posiadanych urządzeń podmioty: Cisco, Brocade i Schneider zamiast podmiotów: Dell, NetApp, Fujitsu. W odniesieniu do tych urządzeń ze względu na obiektywne uwarunkowania rynku (brak katalogowania ich numerów seryjnych przez wytwórców Cisco, Brocade i Schneider) nie byłoby możliwe pozyskanie oświadczenia wskazanego w załączniku nr 1 producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela o objęciu tych urządzeń gwarancją. Tę wadę SIWZ należało sprostować i wskazać podmioty będące właściwymi producentami, aby dać możliwość pozyskania – zgodnie z obiektywnymi uwarunkowaniami rynku – oświadczenia od właściwych podmiotów. Podmiotów, które są uznawane na rynku za producenta danego urządzenia, podmiotów, które oznaczyły swoją marką te urządzenia, sprzedały/dostarczyły je Zamawiającemu i rozpoznają ich numery seryjne, bo mają je skatalogowane. Tymi podmiotami – producentami w tym konkretnym stanie faktycznym były firmy Dell, NetApp i Fujitsu. Oczywiście dopuszczalne było także objęcie tych produktów gwarancją autoryzowanych przedstawicieli firm Dell, NetApp i Fujitsu. Gdyby Zamawiający miał świadomość błędnego oznaczenia producenta niektórych z posiadanych urządzeń, sam z własnej inicjatywy powinien zmienić postanowienia SIWZ. Rozmowy telefoniczne nie miały więc na celu uprzywilejowania jakiegokolwiek podmiotu

w postępowaniu, a właściwe określenie wymagań Zamawiającego względem posiadanych już przez niego urządzeń. Poprawne zrozumienie tych okoliczności warunkuje właściwą ocenę wpływu działań przedstawiciela Zamawiającego na postępowanie i w konsekwencji należyłą ocenę kontrolowanego postępowania.

Analiza Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazuje, że skupiono się na odnotowanych przez Prokuraturę informacjach o rozmowach telefonicznych. Wydaje się, że sam fakt prowadzenia takich rozmów, które co do zasady nie powinny mieć miejsca w postępowaniach o udzielenie zamówienia, jak i brak ich odnotowania w dokumentacji postępowania, przesądził o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy Pzp 2004. Ewentualne stwierdzenie naruszenia wskazanych przepisów prawa powinno natomiast być zwięźczeniem pełnej analizy stanu faktycznego oraz wykazaniem negatywnego wpływu działań Zamawiającego na konkurencyjność postępowania, czy uprzywilejowanie konkretnego wykonawcy.

Nie powinno zostać negatywnie ocenione działanie przedstawiciela Zamawiającego, który zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp 2004 informuje wykonawcę o możliwości zadania pytania do SIWZ w tym zakresie. Zamawiający

zauważył, że przekazanie Wykonawcy informacji o możliwości wnioskowania o wyjaśnienie treści SIWZ oraz terminie w jakim należy tego dokonać odbyło się przede wszystkim poprzez wskazanie w SIWZ, że zastosowanie w tym zakresie mają przepisy ustawy Pzp. Ustne, następcze potwierdzenie tej informacji nie sposób – w ocenie Zamawiającego – uznać za naruszenie zasad udzielania zamówień ustanowionych w przepisach ustawy Pzp 2004. Przyjmując bowiem takie założenie należałoby uznać, że ustne przekazanie informacji, polegające na powtórzeniu wymagań określonych w SIWZ (np. w zakresie kwoty wadium), stanowi naruszenie ustawy Pzp 2004. Poza tym takie działanie przedstawiciela Zamawiającego miało na celu przekierowanie pytania na ścieżkę pisemną, zgodnie z zasadą ustawy Pzp 2004. Bez względu bowiem na treść przekazów telefonicznych, wiążąca była pisemna wersja zarówno pytania jak i odpowiedzi/zmiany. Wykonawca Fujitsu, nie mógł z pewnością polegać na informacji uzyskanej uprzednio telefonicznie. Dopiero odpowiedź/zmiana przekazana równo wszystkim wykonawcom w postępowaniu mogła być uznana za wiążącą przez Wykonawcę Fujitsu. Nie sposób dopatrzeć się w tym działaniu uprzywilejowania Wykonawcy Fujitsu, zważywszy, że ustalenia dotyczyły poprawności oddania w SIWZ istniejącego już stanu faktycznego, a nie kreowania na przyszłość uprawnień jakichkolwiek podmiotów.

O braku zrozumienia istoty stanu faktycznego świadczy również dokonana analiza oświadczeń złożonych przez Wykonawcę Fujitsu w toku realizacji mowy. W informacji

uzależniono możliwość występowania podmiotu Dell czy Fujitsu jako producenta urządzeń od posiadania właściwych uprawnień od wytwórcy urządzenia (Cisco i Schneider). Według opisanych powyżej uwarunkowań rynku, producentem jest Dell i Fujitsu i dla takiego stwierdzenia nie potrzeba uprawnień/autoryzacji od twórcy rozwiązania, o jakich napisano w informacji o wyniku kontroli.

Kompleksowa analiza sprawy wskazuje zdaniem Zamawiającego, że cała sporna kwestia w postępowaniu dotyczy po prostu poprawności sformułowania wymogu, który ma właściwie oddać stan istniejący już u Zamawiającego w kontekście funkcjonujących praktyk rynkowych. Formułując te postanowienia Zamawiający nie dążył do intencjonalnego kształtowania grona wykonawców w postępowaniu. Nie wpływa na to fakt, że sformułowanie zmiany SIWZ konsultował z Wykonawcą Fujitsu. Ostatecznie wprowadzona zmiana okazała się nie być wystarczająco czytelnie i jasno sformułowana. Jej brzmienie spowodowało bowiem zastrzeżenia względem otrzymanych w toku realizacji umowy oświadczeń Fujitsu czy Comp S.A. Jednak czytając ją z odpowiednią znajomością uwarunkowań rynkowych, jej cel jest zrozumiały i nie budzi wątpliwości, że nie narusza ona zasad postępowania.

Jakkolwiek wskazane w ustaleniach Prokuratury działania, które były udziałem pracowników Zamawiającego, nie licują z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co pozostaje przedmiotem odrębnego badania przez Prokuraturę, to w ocenie Zamawiającego jednak nie sposób automatycznie przypisać im skutku w postaci ograniczenia konkurencji i faktycznego uprzywilejowania Wykonawcy Fujitsu w kontrolowanym postępowaniu. Naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało wskazane w wyniku błędnego ustalenia stanu faktycznego i jako takie należy je uznać za nieuprawnione.

Co do naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 2004 w kontekście wykładni przepisu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp 2004 definiującego postępowanie o udzielenie zamówienia Zamawiający uważa, że kwalifikacji spornego oświadczenia dokonano tylko ze względu na jego rolę, zaś jego niezłożenie automatycznie zakwalifikowano jako niepotwierdzenie w ofercie wymogów przedmiotowych SIWZ, skutkujące koniecznością odrzucenia tej oferty – jedynej oferty, a w konsekwencji przymusem unieważnienia całego postępowania.

Taką wykładnię przepisów należy uznać za niepełną i nieuwzględniającą dalszych norm zawartych w ustawie Pzp2004, systematyki przepisów jak i orzecznictwa w szczególności orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”).

Ogólną normę zawartą w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, która nakazuje Zamawiającemu wskazać wymagania co do oświadczeń i dokumentów w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu,

doprecyzowują dalsze przepisy ustawy Pzp, w tym m.in. art. 36 ust. 1 ustawy Pzp 2004. Artykuł ten wskazuje bardzo szczegółowo, jakie obszary musi regulować SIWZ. Art. 36 ust. 1 ustawy Pzp 2004 w szczególności w:

- pkt. 6. wymaga podania wykazu oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia,
- pkt. 10. nakazuje opisanie sposobu przygotowania ofert,
- pkt. 14. wymaga sformułowania wymagań dotyczących formalności jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ważnym elementem SIWZ jest opis sposobu przygotowywania ofert. Zamawiający powinien przede wszystkim wskazać, zawarcia jakich informacji wymaga w ofercie i w jaki sposób należy ją przygotować. Informacje te można podzielić na trzy podstawowe grupy: informacje dotyczące wymagań formalnych (o oświadczeniach składanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków), informacje o zawartości merytorycznej ofert, w tym dotyczące ceny, oraz informacje techniczne. Wykonawca powinien być zatem poinformowany poprzez postanowienia SIWZ, które z wymaganych dokumentów są żądane przez zamawiającego jako przedmiotowe środki dowodowe (wcześniej dokumenty przedmiotowe), mające na celu potwierdzenie zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego.

SIWZ w kontrolowanym postępowaniu była skonstruowana ściśle wg treści art. 36 ust. 1 ustawy Pzp2004. Gdyby więc sporne oświadczenie dot. objęcia gwarancją producenta lub autoryzowanego serwisu na cały okres umowy wszystkich

urządzeń objętych umową było dokumentem przedmiotowym zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 – jak przyjęto w Informacji o wyniku kontroli doraźnej – musiałyby zostać wskazane w SIWZ w punkcie dot. sposobu przygotowania ofert (pkt 14). Dokument o takim charakterze powinien być przecież żądany od wszystkich wykonawców, a nie tylko jednego i to po zamknięciu oferty. Tylko przy takim ukształtowaniu postanowień SIWZ w pkt. 14, oświadczenie to mogłoby służyć ocenie oferty pod kątem spełniania wymogów SIWZ i mogłoby skutkować ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 2004.

W pkt. 14.5. SIWZ Zamawiający wymienił dokumenty, których złożenia wymagał wraz z ofertą. Nie ma jednak wśród nich spornego oświadczenia. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie sformułowano naruszenia art. 36 ust. 1 ustawy Pzp2004. Oznacza to więc, że Zamawiający poprawnie ukształtował postanowienia SIWZ. Taka treść SIWZ uniemożliwia jednak zakwalifikowanie spornego oświadczenia jako oświadczenia

przedmiotowego służącego ocenie oferty i skutkującego odrzuceniem oferty, co uczyniono w toku kontroli doraźnej.

Nie bez znaczenia jest też fakt, że Zamawiający w SIWZ wymagał złożenia oświadczenia dot. gwarancji przed podpisaniem umowy. Czas postępowania o udzielenie zamówienia, do którego ogólnie odwołano się w uzasadnieniu wyniku kontroli, nie jest bowiem jednorodny. Można wydzielić w nim etapy:

- od ogłoszenia postępowania do otwarcia ofert,
- od otwarcia ofert do wyboru najkorzystniejszej oferty,
- od wyboru najkorzystniejszej oferty do zawarcia umowy.

Czynności wykonywane na różnych etapach postępowania różnią się skutkami. O ile ocena dokumentów czy oświadczeń przedmiotowych żądanych wraz z ofertą przekłada się na ocenę oferty i może skutkować odrzuceniem oferty, o tyle ocena dokumentów lub oświadczeń żądanych przed podpisaniem umowy wpisuje się raczej w etap formalności związanych z podpisaniem umowy. Ocena takich dokumentów/oświadczeń nie może już skutkować odrzuceniem oferty, bo na tym etapie ocena ofert jest już zakończona a wybór prawomocny. Co do zasady, wszelkie uchybienia w dokumentach lub oświadczeniach przedkładanych na tym etapie postępowania skutkują stwierdzeniem uchylenia się wykonawcy od podpisania umowy, a nie wzruszeniem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zarówno analiza postanowień SIWZ, w szczególności w zakresie opisu sposobu przygotowania ofert, jak i wymóg złożenia spornego oświadczenia przed podpisaniem umowy podważają tezę zawartą w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, jakoby to oświadczenie było dokumentem przedmiotowym służącym ocenie ofert i skutkującym ich odrzuceniem. Intencją Zamawiającego było, aby złożenie oświadczenia było obowiązkiem tylko wykonawcy, który ma realizować zamówienie a także, aby czynność ta miała miejsce w bezpośrednim sąsiedztwie czasowym z realizacją umowy. Na tę intencję wyraźnie wskazuje umiejscowienie informacji o wymogu złożenia spornego oświadczenia – w postanowieniach przyszłej umowy (par. 3 ust. 1 Tom II SIWZ – Istotne Postanowienia Umowy). Adresując obowiązek złożenia oświadczenia tylko do wykonawcy, który uzyskał zamówienie, Zamawiający nie uczynił z tego oświadczenia narzędzia służącego ocenie ofert, na co Zamawiający wskazywał w swoich wyjaśnieniach udzielanych w toku kontroli. Wobec powyższego nie sposób wywodzić tezy przeciwniej, że oświadczenie ma status dokumentu przedmiotowego służącego ocenie ofert złożonych w postępowaniu.

Dobitnym zwieńczeniem argumentacji Zamawiającego jest jeszcze jeden element. Z analizy postanowień SIWZ w kontrolowanym postępowaniu wynika jednoznacznie, że wymóg

złożenia spornego oświadczenia dot. objęcia gwarancją producenta lub autoryzowanego serwisu na cały okres umowy wszystkich urządzeń objętych umową, nie został wyraźnie zakwalifikowany w SIWZ jako dokument przedmiotowy służący ocenie ofert i skutkujący odrzuceniem oferty. Uwzględniając orzeczenie TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex stwierdzić należy, że oświadczenie o tak nieprecyzyjnie określonym i spornym statusie nie może stać się podstawą negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, w tym wypadku odrzucenia oferty. W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 51). Na orzeczenie TSUE powołał się w ostatnim czasie (wyrok z dnia 1 sierpnia 2022) także Sąd Okręgowy w Warszawie (dalej: „SO”) w sprawie o sygnaturze akt: XXIII Zs 81/22, XXIII Zs 84/22. SO odwołując do przedmiotowego orzeczenia argumentował niemożność odrzucenia oferty w sytuacji, gdy przyczyna odrzucenia nie wynika wprost z SIWZ: Jak podkreślił Trybunał, warunki, których niespełnienie ma skutkować, np. odrzuceniem oferty, powinny wynikać jasno z przepisów prawa lub treści specyfikacji warunków zamówienia SWZ, nie mogą być natomiast wypadkową wykładni tych przepisów dokonywanej przez sądy. Zgodnie zaś z postanowieniami dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych zamawiający powinien zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działać w sposób przejrzysty i proporcjonalny (postanowienie TSUE z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/15).

Zamawiający uważa, że całkowicie nieuprawniony jest zarzut, iż naruszył On art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004. Nie może też być mowy o naruszeniu przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004. Skoro oferta Wykonawcy Fujitsu nie mogła zostać odrzucona, to w konsekwencji nie została wypełniona hipoteza art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, zgodnie z którą Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zwracał się z prośbą o uwzględnienie zastrzeżeń.

PUZP odnosząc się do zastrzeżeń, stwierdził, że

Ad 1)

Źródło, na które wskazał Zamawiający, tj. plan postępowań o udzielenie zamówienia, zakreśla ten termin w sposób ogólnikowy – Zamawiający wskazał, iż w planie postępowań przewidział wszczęcie postępowania w IV kwartale 2018 r., przy czym jak wynika z ustaleń stanu faktycznego dokonanych w toku kontroli, w rzeczywistości postępowanie zostało wszczęte w lutym 2019 r. Analogicznie fakt, iż wykonawcy mogą na podstawie informacji przekazywanych przez Zamawiającego w ramach określonych instytucji i procedur ustawy Pzp2004 (np. w związku z ustalaniem wartości zamówienia) ustalić przybliżony okres, w którym postępowanie może zostać wszczęte, nie może zostać uznane za okoliczność sanującą fakt przekazania informacji o terminie wszczęcia postępowania danemu wykonawcy drogą ustną, poza procedurami przewidzianymi w ustawie Pzp2004.

Wiedza o terminie wszczęcia postępowania ma istotne znaczenie z uwagi na długość okresu, w którym wykonawca może faktycznie przygotowywać ofertę, jak również – na wewnętrzną organizację pracy wykonawcy. Sam fakt zamieszczenia w planie postępowań informacji o planowanym wszczęciu postępowania czy prowadzenia procesu ustalania wartości zamówienia nie obliguje zamawiającego do wszczęcia tego postępowania, w szczególności w określonym terminie, tym samym zasadne jest uznanie, iż wykonawcy w wymiarze praktycznym nie traktują tej informacji jako podstawy do rozdysponowania własnych zasobów i ponoszenia kosztów na sporządzenie oferty. Jednocześnie w innej perspektywie należy oceniać przekazywanie przez Zamawiającego określonej informacji wykonawcy informacji dotyczących terminu wszczęcia postępowania drogą ustną, poza procedurami regulowanymi treścią ustawy Pzp2004, biorąc pod uwagę istnienie określonej relacji pomiędzy przedstawicielami Zamawiającego oraz wykonawcy, gdyż informacja taka charakteryzuje się bez wątpienia wysokim stopniem wiarygodności i w wymiarze praktycznym może stanowić podstawę dla danego wykonawcy do rozpoczęcia procesu przygotowywania oferty, co z kolei może skutkować uprzywilejowaniem danego wykonawcy.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego względem kwestii przekazania wykonawcy Fujitsu informacji dotyczącej możliwości złożenia zapytania o wyjaśnienie treści SIWZ wraz ze wskazaniem terminu na dokonanie tej czynności oraz treści zapytania, biorąc pod uwagę informacje przekazane w toku kontroli doraźnej przez Prokuraturę Okręgową Warszawa-Praga w Warszawie 2 Wydział ds. Przestępczości Gospodarczej (dalej: „Prokuratura”), PUZP podtrzymał wyrażone twierdzenia o pozorności złożenia przez wykonawcę Fujitsu formalnego zapytania. Z kontekstu sprawy w sposób wyraźny wynika faktyczny wpływ na treść

opisu przedmiotu zamówienia ze strony przedstawiciela wykonawcy Fujitsu dokonywany poza przewidzianymi przez ustawę Pzp2004 instytucjami, drogą kontaktów telefonicznych z osobą odpowiedzialną za przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia.

PUZP zaznaczył także, iż w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli Zamawiający nie kwestionuje istnienia kontaktów telefonicznych oraz przekazywania informacji przez pracowników Zamawiającego przedstawicielowi wykonawcy Fujitsu drogą ustną.

Zasada jawności wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp2004 oraz zasada pisemności wyrażona w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp2004 stanowią formalną gwarancję zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości, tym samym naruszenie tych zasad związane jest z jednoczesnym naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Uprzywilejowanie konkretnego wykonawcy, biorąc pod uwagę wieloaspektowy charakter zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również specyfikę rynku zamówień publicznych, może wynikać także z istnienia szczególnej relacji pomiędzy przedstawicielami wykonawcy a pracownikami zamawiającego – zaznaczyć należy, iż uzasadnione podejrzenie, że pomiędzy pracownikami zamawiającego lub innymi osobami zatrudnionymi przez zamawiającego, które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na wynik postępowania, a wykonawcami zachodzi m.in. relacja, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004, tj. pozostawanie z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób, stanowi przesłankę zastosowania dyspozycji art. 17 ust. 2a ustawy Pzp2004, przy czym uznać należy, iż dotyczy także osób, które przygotowują opis przedmiotu zamówienia. Fakt istnienia tego rodzaju relacji, na co wskazują ustalenia Prokuratury, w powiązaniu z kontaktami pomiędzy przedstawicielami zamawiającego i wykonawcy naruszającymi w aspekcie formalnym zasadę jawności i pisemności postępowania potwierdza zaistnienie w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli doraźnej naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Ad 2)

W ocenie organu kontroli Zamawiający nie ma możliwości żądania w toku postępowania o udzielenie zamówienia oświadczeń lub dokumentów innych aniżeli określone w katalogach zawartych we właściwych aktach prawnych, w tym rozporządzeniu o dokumentach. Zanegowanie kwalifikacji kwestionowanych oświadczeń jako należących do kategorii określonej w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004, skutkowałoby koniecznością uznania je za oświadczenia wykraczające poza katalog oświadczeń lub dokumentów, jakich Zamawiający może żądać od wykonawców w toku postępowania, a jednocześnie czyniłoby ich żądanie bezprzedmiotowym

i zbędnym do przeprowadzenia postępowania biorąc pod uwagę fakt, iż zarówno na podstawie ustawy Pzp2004, jak i treści dokumentów zamówienia nie sposób byłoby określić w sposób jednoznaczny konsekwencji ich niezłożenia. W tym względzie, opierając się na charakterze danych oświadczeń, zasadna jest ich kwalifikacja jako oświadczenia, o których

mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004. Nie zmienia tego fakt braku wyraźnego wskazania przez Zamawiającego w treści SIWZ, że przedmiotowe oświadczenia zaliczają się do danej kategorii w kontekście art. 36 ust. 1 ustawy Pzp2004, jak również niezastosowanie właściwej procedury pozyskania przedmiotowych oświadczeń, w tym przeniesienie jej de facto na etap po wyborze najkorzystniejszej oferty, gdyż powyższe może być traktowane co najwyżej jako niezgodność z przepisami ustawy Pzp2004 w zakresie czynności Zamawiającego, a nie jako dowód prawidłowości odmiennej kwalifikacji prawnej przedmiotowych oświadczeń. Irrelevantny jest w tym względzie fakt niewykazania w Informacji o wyniku kontroli doraźnej odrębnych naruszeń w tym zakresie, gdyż miałyby one charakter wtórny względem zasadniczego, mającego wpływ na wynik postępowania naruszenia przepisów ustawy Pzp2004, wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że przedmiotowe środki dowodowe definiuje się poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść. Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądza o jego charakterze (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2021 r., sygn. KIO 1928/21). Nie budzi wątpliwości, że funkcją oświadczeń, do których odnosi się § 3 ust. 1 Tomu II Istotne postanowienia umowy, była w rzeczywistości wola weryfikacji spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, co odpowiada funkcji oświadczeń (lub dokumentów), o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004. Działanie Zamawiającego polegające na żądaniu oświadczeń odpowiadających rolę i zakresem oświadczeniom, których dotyczy art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty celem zmiany skutku prawnego niezłożenia takiego oświadczenia mogłoby być traktowane jako próba obejścia prawa, z uwagi na fakt, iż Zamawiający zmierza w ten sposób do pogorszenia sytuacji wykonawców, którym nie przysługiwałyby m.in. korzyści, jakie ustawa Pzp2004 wiąże z faktem obowiązkowego zastosowania instytucji, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004, przykładowo w zakresie obowiązkowego wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów (w tym oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004).

W odniesieniu do zawartej na str. 5 zastrzeżeń od wyniku kontroli argumentacji odnoszącej się do kwestii niewykazania przez oświadczenia złożone przez wykonawcę Fujitsu

w związku z realizacją wymogu, o którym mowa w § 3 ust. 1 Tomu II Istotne postanowienia umowy stanowiącego element SIWZ, po zmianie SIWZ według treści określonej w skierowanym do uczestników postępowania o udzielenie zamówienia piśmie Zamawiającego z dnia 19 lutego 2019 r., iż oferowane przez wykonawcę Fujitsu usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego należy wskazać, iż obowiązkiem Zamawiającego jest określenie wszelkich wymogów przewidzianych w ramach SIWZ w sposób staranny i jednoznaczny. Zamawiający nie może powoływać się na ogólnie określoną praktykę rynkową dla uzasadnienia interpretacji postanowień SIWZ w sposób zasadniczo odbiegający od literalnego brzmienia zastosowanych sformułowań. Zamawiający sprecyzował, jakie podmioty rozumie jako „producentów” sprzętu w treści „załącznika nr 1 do umowy” (załączonego do Tomu II Istotne postanowienia umowy stanowiącego element SIWZ) pn. „Wykaz sprzętu objętego umową”, który to wykaz wyróżnia producentów „Cisco”, „Schneider” i „Brocade”. Zamawiający sam przyznał w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli, że ostatecznie wprowadzona zmiana okazała się nie być wystarczająco czytelnie i jasno sformułowana. Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do kwestii braku charakteru oświadczenia dla pisma podmiotu NetApp z dnia 6 lipca 2020 r., co w kontekście wymogu określonego w § 3 ust. 1 Tomu II Istotne postanowienia umowy stanowiącego element SIWZ w związku z treścią opisu przedmiotu zamówienia, uznać należy za przyznanie przez Zamawiającego niewykazania spełniania przez oferowane przez wykonawcę Fujitsu usługi wymagań określonych przez Zamawiającego co najmniej w tym zakresie.

Reasumując, Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanych naruszeń przekazano je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż częściowo zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje w pierwszej kolejności w ramach uwag natury ogólnej odnoszących się do poczynionych przez organ dokonujący kontroli ustaleń stanu faktycznego, że ustalenia kontroli są w ocenie składu orzekającego Izby niekompletne. W dużej mierze bazują one nie tyle na ustaleniach samego organu przeprowadzającego kontrolę, ale na ocenie Prokuratury wyrażonej w ramach dokonanych ustaleń przez Prokuraturę Okręgową w Warszawie. Organ kontrolny wprost wskazuje w Informacji o wyniku kontroli, że ustalenia Prokuratury przyjmuje ze własne.

Choć w rzeczywistości w ocenie Izby, po zapoznaniu się ze stanowiskiem pisemnym przesłanym przez Prokuraturę i aktami postępowania kontrolnego, nie można tu mówić o ustaleniach stanu faktycznego ale o opisie przebiegu ciągu zdarzeń, który zdaniem Prokuratury miał miejsce.

W ocenie Izby stan faktyczny rozumiany jako ustalenie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien być ustalony na podstawie materiałów i dokumentów przekazanych przez Zamawiającego, czyli dokumentach źródłowych samego postępowania lub też innych dokumentów mających istotne znaczenie dla kontroli i ustalenia naruszeń przepisów ustawy Pzp2004 ale Kontrolujący winien mieć możliwość samodzielnego zapoznania się z tymi dokumentami. Tymczasem w dużej mierze, a w przypadku naruszenia nr 1 w całości, z akt postępowania kontrolnego wynika, że kierowano się nawet nie ustaleniami przesłanymi przez Prokuraturę ale zwięzłym sprawozdaniem przebiegu zdarzeń mających miejsce w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i poza nim, którego to autorem jest Prokuratura. O ile samo poleganie na ustaleniach innego organu nie może być traktowane jako błąd formalny, o tyle

w przedmiotowym przypadku PUZP nie bazował de facto na materiale dowodowym zgromadzonym przez inny organ, ale kierował się oceną sytuacji wyrażoną przez inny organ bez znajomości materiału będącego podstawą do wyrażenia określonej oceny sytuacji. W piśmie z dnia 8 lutego 2022 roku, przesłanym przez Prokuraturę nie mamy bowiem do czynienia z wiernym odzwierciedleniem przebiegu stanu postępowania oraz okoliczności poprzedzających ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stenogramem z kontaktów między X,Y i Z ale z opisem i oceną zaistniałej sytuacji, którą w stanowisku pisemnym wyraża Prokuratura. Akta sprawy z postępowania kontrolnego nie zawierają materiału bazowego, podstawowego, czyli przebiegu czynności operacyjnych polegających na uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych prowadzonych, które prowadzili funkcjonariusze Delegatury Centralnego Biura Antykorupcyjnego w Warszawie. Nie jest wiadomym jak przebiegały rozmowy i kontakty między X,Y,Z, jaki miały charakter (służbowy, czy osobisty), w jakich okolicznościach je prowadzono (w godzinach urzędowania, poza tymi godzinami), jakie padły propozycje (jeżeli padły), czy choćby jakiego języka podmioty używały (bardziej formalny cechujący kontakty służbowe, czy nieformalny).

Pismo przesłane przez Wnioskodawcę (Prokuraturę) wyraża stanowisko ocenne tego organu, w jaki sposób odczytuje on wydźwięk rozmów prowadzonych między przedstawicielami Zamawiającego a przedstawicielami Wykonawcy i ich wpływ na prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i jego wynik. Organ kontrolny uprawniony byłby do przyjęcia za własne ustaleń innego organu, gdyby znał materiał wyjściowy, na którym

pracowano i na podstawie którego postawiono określone tezy. Przykładem takiej sytuacji jest wielokrotne przyjmowanie przez Izbę za własne ustaleń faktycznych przedstawionych w odwołaniu, jeżeli odpowiadają one rzeczywistości przebiegowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który miał miejsce przed złożeniem środka ochrony prawnej. W przedmiotowej kontroli, bez znajomości rzeczywistego przebiegu rozmów i okoliczności, w których miały one miejsce przyjęto za własne stanowisko wyrażone przez Prokuraturę. Nie można więc mówić o przyjęciu ustaleń ale o przyjęciu oceny dokonanej przez inny organ. To zaś podaje w wątpliwość skuteczność i słuszność stwierdzonych naruszeń. W takiej sytuacji utrudnione jest zadanie Izby, która musi wyrazić opinię, czy na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego możliwe było stwierdzenie naruszeń przepisów ustawy Pzp2004, które wskazano w Protokole z kontroli i Informacji o wyniku kontroli. Na podstawie tylko przekazanych akt kontroli nie jest to w pełni możliwe. Innym zaś materiałem Izba nie dysponuje i nie jest władna do uzupełnienia tego materiału w ramach postępowania dowodowego prowadzonego z urzędu. Izba, co do zasady, nie kontestuje ustaleń i oceny tych ustaleń poczynionych przez Prokuraturę ale bez możliwości zapoznania się z materiałami, na podstawie których dokonano ustaleń, nie jest możliwe stwierdzenie, czy kontrola właściwie dokonała ich przypisania do norm prawnych ustawy Pzp2004 i celnie podniosła naruszenia przepisów ustawy.

Izba pragnie podkreślić, że dowody, na których opiera stwierdzenie naruszeń organ przeprowadzający kontrolę, powinny być bezpośrednie, a nie pośrednie. Warto podkreślić, że dopiero wynik sprawy karnej wiąże inne organy i to tylko co do faktu popełnienia przestępstwa, a tutaj mamy do czynienia jedynie z postępowaniem przygotowawczym, którego wynik w momencie wydawania niniejszej uchwały nie jest znany. Nie jest wiadomym, czy skończy się ono wniesieniem aktu oskarżenia i jeśli tak, to przeciwko komu.

Dostrzeżenia również wymaga, iż Zamawiającemu ani jego pracownikom nie postawiono zarzutów naruszenia art. 17 ustawy Pzp2004 (nie wynika to z akt kontroli i akt prokuratorskim), co w ocenie Izby broniłoby się w przypadku niedozwolonych kontaktów przedstawicieli zamawiającego z przedstawicielami wykonawców, ponieważ składając oświadczenia w postępowaniu można postawić tezę przynajmniej o zatajeniu pewnych okoliczności, jeśli nie o poświadczeniu nieprawdy przez określone osoby, gdyby swoich kontaktów nie ujawniły. W toku kontroli nie stwierdzono również naruszeń związanych z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu zakłócenia konkurencji z uwagi na wcześniejszy udział danego wykonawcy w postępowanie. Warto także podkreślić, że choć Prokuratura we wniosku o przeprowadzenie kontroli podkreślała, że w trakcie rozmów doszło do ustalenia szczegółów przyszłego przetargu w zakresie zasilaczy UPS i ustalenia szczegółów planowanego przetargu,

Kontrolujący nie przedstawił Zamawiającemu naruszeń związanych z naruszeniem art. 29 ustawy Pzp2004 (naruszenia dotyczące niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, preferowanie wykonawców lub określonych wyrobów, itp.).

Co do zasady Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli, a także podkreślone przez samego Zamawiającego, że pewne zachowania pracowników nie licują z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Bez wątpienia można stwierdzić, że kontakty pracowników z wykonawcami powinny ograniczać się do sytuacji stricte służbowych, koncentrować się na udzielaniu informacji albo wynikających z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego albo z przepisów ustawy Pzp. Przypomnieć warto, że w przypadku kontaktów o charakterze pozazawodowym lub powiązań opisanych w ustawie Pzp kierownik zamawiającego i członkowie komisji przetargowych, a także inne osoby wykonujące określone czynności w postępowaniu dysponują instytucją wyłączenia z dokonywania tych czynności, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów. Jak rozumieć należy to pojęcie określają wprost przepisy ustawy Pzp. Odwołań do takich okoliczności w przebiegu kontroli nie stwierdzono.

Przechodząc do oceny pierwszego ze stwierdzonych w toku kontroli naruszeń, czyli naruszenia art. 7, 8 i 9 ustawy Pzp, Izba podziela argumentację Zamawiającego wyrażoną w zastrzeżeniach od wyniku kontroli.

Kontrola skupiła się na samym fakcie prowadzenia rozmów między pracownikiem Zamawiającego a przedstawicielem Wykonawcy, które miały miejsce przed ogłoszeniem postępowania, ale ich wynik miał wpływ na przebieg samego postępowania. Celnie natomiast zauważył Zamawiający w zastrzeżeniach, że po pierwsze Zamawiający udostępnił plan zamówień publicznych planowanych w danej jednostce. Jest to dokument, już tylko na podstawie którego Wykonawcy

mogli powziąć wiedzę jakie postępowania i kiedy są u Zamawiającego planowane. Nawet jeżeli postępowanie nie zostało ogłoszone w terminie pierwotnie planowanym, to nie ma jeszcze nic zdrożnego w rozmowach telefonicznych, gdzie wykonawcy „dopytują” kiedy postępowanie zostanie ogłoszone, zwłaszcza w sytuacji, gdy minął termin ujawniony w planie zamówień publicznych. Najistotniejszy jest kontekst wynikający z prowadzonych rozmów i stopień szczegółowości przekazanych informacji, których to Izba na podstawie akt kontrolnych nie może ustalić. Na podstawie akt kontroli nie można ustalić także, czy tylko jeden z Wykonawców dopytywał o termin ogłoszenia zamówienia, czy może tych

rozmów było więcej. Jeżeli tak, to jak duży był krąg Wykonawców zainteresowanych postępowaniem lub też czy przekazywane im informacje były mniej szczegółowe niż w przypadku Fujitsu. Jeżeli kontrola chciała bazować na ustaleniach innego organu, to wątek ten winna była wnikliwie prześledzić. Możliwe było wystąpienie do Zamawiającego o materiały poprzedzające ogłoszenie postępowania, przesłuchanie świadków. Kontrolujący nie poczynił ustaleń dotyczących zdarzeń poprzedzających publikację ogłoszenia o zamówieniu, ale poprzestał na ustaleniach innego organu, którymi nie jest związany. W ocenie składu orzekającego Izby Kontrolujący nie wykazał związku i wpływu między przekazaniem informacji o planowanej dacie ogłoszenia danego postępowania a ujawnieniem terminu samego ogłoszenia do wiadomości publicznej. Jeżeli zdaniem kontroli te elementy miały związek przyczynowo - skutkowy, to należało wykazać, że dzięki uzyskanym informacjom jeden z podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia znalazł się na uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców i powodem tego była wcześniejsza wiedza o opisie przedmiotu zamówienia lub ustalenie treści tego opisu. Takich zarzutów w kontroli nie postawiono. Sama wcześniejsza znajomość daty ogłoszenia postępowania, zwłaszcza, że jak wynika ze stanowiska Prokuratury rozmowę i ogłoszenie dzieli tylko 10 dni, nie jest wystarczająca do uzyskania przewagi nad pozostałymi uczestnikami rynku zainteresowanymi tym postępowaniem.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający przeprowadził rozeznanie cenowe rynku celem ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Co istotne, zapytanie zostało wysłane również do wykonawcy Fujitsu i podmiot ten na wniosek Zamawiającego odpowiedział. Już choćby biorąc pod uwagę przepisy dotyczące terminów szacowania wartości zamówienia, Wykonawcy mogli przypuszczać, że postępowanie zostanie ogłoszone w przeciągu 3 najbliższych miesięcy, skoro Zamawiający podjął czynności szacowania pod koniec 2018 roku. Kontrola PUZP w żaden sposób nie odniosła się do tej części argumentacji Zamawiającego. Izbie wydaje się natomiast, że nie budzi nadmiernych emocji fakt, że podmiot uczestniczący w rozpytaniu cenowym następnie dopytuje się kiedy nastąpi ogłoszenie postępowania. Z informacji przekazanych przez Prokuraturę wynika, że rozmowy miały miejsce między grudniem 2018 roku a lutym 2019 roku, przy czym Kontrolujący wskazał, że ostatnia z rozmów miała miejsce w dniu 4 lutego 2019 roku. Widać więc, że rozmowy między pracownikami Zamawiającego a przedstawicielami Wykonawców toczyły się równolegle do czynności Zamawiającego poprzedzających ogłoszenie postępowania. Skoro wykonawca uczestniczył w rozpytaniu cenowym, to być może miał już wiedzę o postępowaniu przed rozmowami. Samo bowiem zapytanie określało (być może nie szczegółowo, ale jednak) opis przedmiotu

zamówienia, skoro Zamawiający prosił o wycenę określonego zakresu usług i tylko 3 podmioty (w tym Fujitsu) odpowiadały za zapytanie w pełnym zakresie. Z akt postępowania o udzielenie zamówienia i ustaleń Prokuratury wynika dodatkowo, że wycena proponowana przez poszczególnych wykonawców była zbliżona kwotowo (ADT – 573 520,34 zł; EXON – 558 150,63 zł; Fujitsu – 600 307,65 zł).

W odpowiedzi na zastrzeżenia stwierdzono, że „(...) biorąc pod uwagę istnienie określonej relacji pomiędzy przedstawicielami Zamawiającego oraz wykonawcy, gdyż informacja taka charakteryzuje się bez wątpienia wysokim stopniem wiarygodności i w wymiarze praktycznym może stanowić podstawę dla danego wykonawcy do rozpoczęcia procesu przygotowywania oferty, co z kolei może skutkować uprzywilejowaniem danego wykonawcy.” Niestety Izba nie może ocenić, czy istniejąca relacja miała szczególny charakter, ponieważ w kontroli tego nie wykazano. Trudno jednocześnie oczekiwać, by informacje przekazywane przez pracowników Zamawiającego były w jakimkolwiek stopniu niewiarygodne, przeczyłoby to interesom samego Zamawiającego wyrażającym się w zatrudnieniu profesjonalistów mających wiedzę i doświadczenie w przygotowywaniu i prowadzeniu tak skomplikowanych procedur, jakimi są zamówienia publiczne. Z drugiej strony kontrola w żaden sposób nie wykazała, że dany Wykonawca znalazł się w uprzywilejowanej pozycji i mógł tę przewagę wykorzystać względem innych wykonawców.

Nie jest więc możliwe wyrażenie jednoznacznej opinii, czy w toku prowadzonych rozmów naruszone zostały zasady prowadzenia postępowania, czyli zasada jawności i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do możliwości wystąpienia przez Wykonawcę o wyjaśnienia treści SIWZ, terminu złożenia zapytania i spodziewanej odpowiedzi, to w przypadku przekazania ustnej informacji o przysługujących stronie prawach do złożenia wniosku o wyjaśnienia i maksymalnego terminu na takie wystąpienie, to zdaniem składu orzekającego Zamawiający nie dał jednemu tylko przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami. Wszyscy wykonawcy z mocy ustawy mają prawo występować o wyjaśnienia i termin, do którego zamawiający będzie zobowiązany odpowiedzieć jest też terminem ustawowym, jednakowym dla wszystkich. Jeżeli prowadzone rozmowy nie przekroczyły zakresem informacji, których udzielić można na podstawie przepisów ustawy, to nie doszło do udzielenia informacji naruszających konkurencyjność postępowania. Izba dostrzega problem, że kluczowe zdaje się ustalenie dokładnej treści tych wyjaśnień, bowiem ze stanowiska Prokuratury wynika jedynie, że podano treść pytania i termin, kiedy ma zostać złożone. Nie wynika natomiast z przekazanych danych,

że ustalono treść odpowiedzi i nie można ustalić, czy to była tożsama treść, która następnie została ujawniona jako odpowiedź na pytanie. Dodatkowo podnieść należy, że rozmowa telefoniczna między pracownikiem Zamawiającego a przedstawicielem Wykonawcy miała miejsce w dniu 15 lutego (dzień po ogłoszeniu postępowania), a Zamawiający ujawnił do wiadomości publicznej pisemne wyjaśnienia treści SIWZ w dniu 19 lutego 2019 roku. Widać więc, że zdarzenia te dzielił krótki okres czasu, trudno zatem upatrywać w takim przypadku wpływu na konkurencyjność, czy

raczej zaburzenie konkurencyjności postępowania.

Na podstawie posiadanego doświadczenia życiowego Izby możliwe jest przyjęcie za prawdziwego twierdzenia, że kwestia udzielania telefonicznych pouczeń jest często praktykowana u zamawiających. Niejednokrotnie zdarzają się sytuacje, gdzie różni wykonawcy dzwonią i dopytują o różne elementy postępowania, a także zwracają uwagę na pewne kwestie i problemy, które dostrzegli w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. Celnie podkreślił w zastrzeżeniach Zamawiający, że nie zasługuje na zarzut zachowanie polegające na ustnym pouczeniu o prawie do żądania wyjaśnień i terminie, w którym należy taki wniosek zgłosić. Brak jest natomiast ustaleń Kontrolującego, że wykonawca sam postawił w zapytaniu określoną tezę i uzyskał zapewnienie, że właśnie takiej odpowiedzi udzieli Zamawiający, czyli że Wykonawca znał odpowiedź Zamawiającego na wniosek o wyjaśnienia jeszcze przed złożeniem wniosku.

Zdaniem Izby nie pochylono się w toku kontroli także nad tym, że owe wyjaśnienia treści SIWZ nie dotyczyły dokumentów składanych wraz z ofertą, ani nawet na wezwanie Zamawiającego, więc czy to, że określony podmiot wiedział kilka dni wcześniej, że przed zawarciem umowy będzie musiał je złożyć rzeczywiście dawało mu jakąkolwiek przewagę konkurencyjną. Wyjaśnienia nie dotyczyły dokumentów, które należało złożyć z ofertą, co oznacza, że inni wykonawcy nie mieli krótszego czasu na uzyskanie tych dokumentów, co ewentualnie można byłoby uznać za przewagę konkurencyjną, którą uzyskało Fujitsu.

Ponownego podkreślenia wymaga, że kontrola akcentuje specjalne relacje jakie łączyły osoby kontaktujące się i w tym upatruje się preferowania jednego Wykonawcy (tak w kontekście podania terminu ogłoszenia postępowania, jak i udzielenia odpowiedzi/wyjaśnień). Bez wiedzy w tym zakresie – tzn. czy pracownik Zamawiającego przekroczył ramy zwykłego telefonicznego pouczenia podczas rozmowy lub rozmów, a de facto ustalił z Wykonawcą zakres i treść późniejszej zmiany postanowień SIWZ i wzoru umowy – Izba nie jest w stanie nie uznać zasadności zastrzeżeń Zamawiającego w tym zakresie.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego kontrola nie wykazała, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli, w tym naruszenia zasady pisemności postępowania.

Przechodząc do oceny drugiego ze stwierdzonych naruszeń, mianowicie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp2004 i w konsekwencji zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2004, Izba w części podzieliła argumentację Zamawiającego i uznała zastrzeżenia w części za zasadne.

Izba nie podziela argumentacji kontroli co do charakteru oświadczeń, które należało złożyć przed podpisaniem umowy. Z jednej bowiem strony Kontrolujący twierdzi, że „zamawiający nie może żądać od wykonawców oświadczeń ani dokumentów wykraczających poza katalog wynikający z treści ustawy Pzp2004, uszczegółowiony treścią aktów wykonawczych do ustawy”, co oznaczałoby, że Zamawiający nie mógł w ogóle żądać takiego rodzaju dokumentów, ponieważ nie ujęte zostały w rozporządzeniu o dokumentach. Z drugiej strony stwierdzono, że powinny one być jednak złożone z ofertą, ponieważ odnoszą się do przedmiotu zamówienia (obecnie jako przedmiotowe środki dowodowe) i potwierdzają 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. Z tego zaś dalej wywodziło się, że brak tych dokumentów w ofercie stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Jeżeli przyjąć za słuszną tezę pierwszą, to nie można wówczas mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ wymagane dokumenty należałoby uznać za niedopuszczalne z mocy ustawy Pzp2004. Takiego naruszenia jednak nie stwierdzono.

Jeśli zaś przyjąć optykę tezy drugiej, to celnie podkreślił w zastrzeżeniach Zamawiający, że dokumenty te powinny być wymienione w SIWZ jako żądane przez Zamawiającego jako przedmiotowe środki dowodowe, co nie miało miejsca. Jednocześnie w kontroli nie stwierdzono naruszenia odnoszącego się do nieprawidłowego ukształtowania treści SIWZ, niezgodnie z art. 36 ustawy Pzp2004. Zatem stanowisko kontroli jawi się jako niejednoznaczne, skłaniające się do przyjęcia za właściwą tezę drugiej, bowiem dokumenty wymienione są w Tomie II - Istotne postanowienia umowy, który stanowił integralną część SIWZ.

Gdyby uznać, że mamy do czynienia z dokumentami związanymi z przedmiotem zamówienia, to skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Kontrolującego, że takie dokumenty należy każdorazowo traktować jako przedmiotowy środek dowodowy.

Ustawodawstwu Pzp2004 znane są dokumenty składane wraz z umową o zamówienie, które niewątpliwie kształtują sposób wykonania zamówienia, a nie są wymagane przy ofercie i nie podlegają ocenie co do zgodności treści oferty z SIWZ. Przykładem takich dokumentów mogą być: umowa podmiotów działających wspólnie, umowy ubezpieczenia OC, certyfikaty, wyniki badań dla danych partii produktów, zwłaszcza, gdy pierwsza partia jest próbna i wcześniej badań nie można prowadzić, ponieważ dana rzecz nie istniała, badania laboratoryjne zgodności z normami dostarczonych partii produktów, np. piasku. Niejednokrotnie zdarza się także, że podobne dokumenty wymagane są do złożenia już w toku wykonywania umowy, przykładowo podczas realizacji kontraktów w górnictwie, gdzie różnego rodzaju atesty, certyfikaty, rysunki techniczne, dokumentację powykonawczą Zamawiający musi przedłożyć przed Wyższym Urzędem Górnictwa celem dopuszczenia urządzeń do pracy. To Zamawiający określając cel, któremu ma służyć dany dokument określa w SIWZ, kiedy należy go złożyć, wraz z ofertą, przed podpisaniem umowy, czy w jej trakcie. Każdorazowo jednak taki

dokument można uznać za związany z przedmiotem zamówienia, charakteryzujący pożądane cechy dla tego przedmiotu.

Izba podziela argumentację kontroli, że obowiązkiem Zamawiającego było żądanie złożenia dokumentów od wybranego wykonawcy i ich weryfikacja przed podpisaniem umowy. Niezaprzeczalnie w ustalonym stanie faktycznym mamy do czynienia z niedopełnieniem obowiązków przez Zamawiającego, który po roku obowiązywania umowy zażądał dopiero złożenia dokumentów. Dodatkowo Zamawiający poza lakonicznym oświadczeniem, że było to niedopatrzenie ze strony pracowników, nie przedstawił wiarygodnego wytłumaczenia, dlaczego owych obowiązków nie dopełniono. Taką postawę Zamawiającego należy uznać za naruszającą przepisy ustawy Pzp2004 w zakresie dokonania wyboru wykonawcy zgodnie z przywołaną regulacją ustawową i powierzenia mu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dostarczenie pobocznie tylko wymaga, że kontrola nie uzyskała od Zamawiającego wyjaśnień dlaczego doszło do zaniechania uzyskania wymaganych dokumentów przed podpisaniem umowy.

Przechodząc do analizy treści otrzymanych dokumentów, to Izba nie do końca podziela stanowisko wyrażone w Protokole kontroli i Informacji o wyniku kontroli.

W Tomie II w par. 3 ust. 1 Zamawiający umieścił zapis: „Wykonawca zobowiązuje się, dostarczyć do siedziby Zamawiającego przed podpisaniem umowy oświadczenia wystawionego przez producenta sprzętu bądź autoryzowany serwis producenta sprzętu potwierdzający objęcie gwarancją producenta lub autoryzowanego serwisu na cały okres umowy urządzeń

wymienionych w załączniku nr 1 do Umowy, z tym że dopuszcza się również złożenie oświadczeń producentów:

- 1) Dell dla urządzeń Cisco;
- 2) NetApp dla przełączników Brocade;
- 3) Fujitsu dla urządzeń Schneider”.

Zamawiający otrzymał następujące dokumenty:

- 1) „Oświadczenie” podmiotu Comp S.A. z dnia 1 lipca 2020 r. wraz z „Pełnomocnictwem” z dnia 2 lipca 2020 r.,
- 2) „Oświadczenie” wykonawcy Fujitsu z dnia 25 czerwca 2020 r.,
- 3) Potwierdzenie wsparcia NetApp Inc. z dnia 6 lipca 2020 r.,
- 4) Skan „Certyfikatu asysty technicznej Oracle” (nr 1) podmiotu Oracle Polska sp. z o.o. z dnia 3 lipca 2020 r.,
- 5) Skan „Certyfikatu asysty technicznej Oracle” (nr 2) podmiotu Oracle Polska sp. z o.o. z dnia 3 lipca 2020 r.

Kontrolujący zarzuca Zamawiającemu, że nie zbadał on wiarygodności i poprawności złożonych dokumentów. U Zamawiającego przyjęto, że wszystkie dokumenty są prawidłowe.

O ile Izba zgodzić może się z twierdzeniem natury ogólnej, że do obowiązków Zamawiającego należała weryfikacja złożonych oświadczeń pod względem ich poprawności merytorycznej, a weryfikacja nie powinna być „mechaniczna”, o tyle Izba nie podziela twierdzenia, że Zamawiający powinien dokonywać tak szeroko zakrojonego sprawdzenia wszystkich okoliczności wynikających z tych dokumentów, jak miało to miejsce w przypadku prowadzonego śledztwa. Owszem, można wyobrazić sobie sytuację, gdzie treść przedstawionego oświadczenia nie jest jasna, wymaga uzyskania dodatkowych wyjaśnień ale zdaniem Izby Zamawiający w pierwszej kolejności miał prawo działać zgodnie z zasadą domniemania prawdziwości danych. Gdyby oświadczenia te w świadomości Zamawiającego wymagały pogłębionej analizy, tak ich treści, jak i forma, to można założyć, że dodatkowe postępowanie weryfikacyjne powinno mieć miejsce. Jednakże kontrola takich niejasności nie wskazała. Kontrolujący bazował na informacjach przekazanych przez Prokuraturę. Izba może sobie wyobrazić sytuację, w której kontrola dotyczyłaby tożsamesgo postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez udziału organów trzecich. Czy wtedy bez informacji uzyskanych od tych organów, tylko na podstawie oświadczeń otrzymanych w dokumentacji od Zamawiającego Kontrolujący byłby w stanie ustalić, że braku jest przykładowo uprawnień do wykonywania autoryzowanego serwisu sprzętu Cisco, przez firmę Comp S.A.? Odpowiedź na to pytanie jawi

się Izbie jako negatywna. Tak samo Zamawiający bazując na otrzymanych dokumentach, mógł dokonać analizy ich treści, biorąc pod uwagę, że złożyły je podmioty profesjonalnie zajmujące się czynnościami wpisującymi się w przedmiot zamówienia. Nie należało w ocenie Izby z góry zakładać, że oświadczenia nie potwierdzają stanu rzeczywistego. Działanie w ramach zasady domniemania prawdziwości danych nie oznacza, że Zamawiający ma każdorazowo bezrefleksyjnie zaakceptować otrzymane dokumenty. Zasada ta oznacza, że jeżeli powstaną po stronie Zamawiającego uzasadnione wątpliwości, które możliwe są do stwierdzenia przez przeciętnego uczestnika rynku zamówień publicznych, to wątpliwości te należy wyjaśnić.

Badając złożone dokumenty, w przypadku oświadczeni Comp S. A. i pełnomocnictwa do tego oświadczenia Izba bez informacji ze źródeł zewnętrznych nie byłaby w stanie stwierdzić, że podmiot ten nie jest autoryzowanym partnerem firmy Cisco. O ile rzeczywiście można zastanawiać się, czy zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający dopuścił w ogóle możliwość złożenia oświadczenia dla urządzeń Cisco przez inny podmiot niż firma Dell, o tyle sama treść oświadczenia i pełnomocnictwo Comp S.A. nie budziło zastrzeżeń Izby. Z drugiej strony kontrola nie wyjaśniła, czy możliwe było

korzystanie z podwykonawstwa w zakresie wykonywania usług serwisowych i Comp S.A. jest właśnie podwykonawcą firmy Dell. Wówczas taką konstrukcję należałoby uznać za właściwą.

W przypadku oświadczeń złożonych przez firmę Fujitsu, to rzeczywiście, jak słusznie zauważono w Protokole z kontroli, podmiot złożył oświadczenie jako producent/dostawca wyszczególnionego sprzętu. Niezaprzeczalnie firma Fujitsu nie jest producentem urządzeń Schneider, więc takiego oświadczenia złożyć nie mogła. W tej części zapewne oświadczenie zostało złożone jako dostawcy sprzętu ale Zamawiający w zapisach umownych wymagał oświadczenia od producenta sprzętu bądź autoryzowanego serwisu producenta sprzętu. W tym przypadku Izba podziela ustalenia kontroli, że Zamawiający winien był zbadać i wyjaśnić sytuację oraz treść otrzymanego oświadczenia, czego nie uczyniono, a co stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp2004, jednakże nie w zakresie wskazanym w kontroli. Natomiast z pewnością tylko na podstawie treści otrzymanych oświadczeń nie było możliwe ustalenie, czy podmiot je składający w ogóle dysponuje pracownikami posiadającymi uprawnienia do wykonywania usług serwisowych. Pod rozważę należy również poddać okoliczność, czy Zamawiający był uprawniony aż tak daleko badać prawdziwość oświadczeń, skoro w postępowaniu nie ustalono warunków udziału dla wykonawcy odnoszących się do dysponowania określonym potencjałem osobowym.

Odnosnie do wydruku NetApp, Izba podziela ustalenia i stanowisko kontroli, że elementu tego nie można w ogóle uznać za dokument. Jest to wydruk z bliżej niewskazanej strony internetowej, złożony w języku angielskim, bez tłumaczenia, a przede wszystkim nie jest podpisany.

Końcowo, tylko na marginesie, Izba odniesie się jeszcze do jednej kwestii, która nie została w kontroli poruszona w zakresie związanym z charakterem wymaganych oświadczeń. Gdyby przyjąć, że w postępowaniu nie mamy do czynienia z dokumentami przedmiotowymi jak zakładał Kontrolujący, to w ocenie Izby należało odpowiedzieć na pytanie, czy i jak skutek wywierałaby weryfikacja oświadczeń na wynik postępowania, jeżeli by do niej doszło przed podpisaniem umowy. Czy Zamawiający dokonując weryfikacji negatywnej dokumentów mógłby odmówić podpisania umowy i byłaby to odmowa z przyczyn leżących po stronie wykonawcy? Jeśli uznać, że tak, to można założyć, że mielibyśmy do czynienia z wpływem na wynik postępowania, ponieważ konsekwencją takiego ustalenia byłoby uznanie, że postępowanie należało unieważnić. Jeżeli jednak uznać, że oświadczenia dotyczyły jedynie części przedmiotu umowy, to tylko w tej części można byłoby mówić o ewentualnym znaczeniu oświadczeń dla bytu zobowiązań umownych, co mogłoby oznaczać tylko potencjalne częściowe nienależyte wykonanie zamówienia, jeśli rzeczywiście okazałoby się, że Fujitsu nie świadczy usług gwarancyjnych dla Schneider, wydruk NetApp nie miał charakteru dokumentu a Comp nie miał uprawnień do wykonywania usług serwisowych. Kontrola rozważyła tylko jeden wariant – uznanie wymaganych dokumentów za przedmiotowe środki dowodowe. W ocenie Izby można było również rozważyć, co stałoby się z umową w przypadku możliwości potraktowania wymaganych oświadczeń jako części zobowiązania umownego. Nie jest to jednak zarzut formalny kontroli, ponieważ w jej toku jasno sprecyzowano kierunek organu odnośnie do wymaganych dokumentów.

Konkludując, złożone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli w części zasługiwały na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 617 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

Członkowie: