Sygn. akt: KIO 4043/24

WYROK
z dnia 25 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Justyna Tomkowska
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 listopada 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 października 2024 roku** przez wykonawcę **Data Experts Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
w Warszawie (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Państwową Inspekcję Pracy - Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie**
przy udziale **Przystępującego – Decsoft Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,**zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie ponowienie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
2.kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - **Skarb Państwa – Państwową Inspekcję Pracy - Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie** w następujący sposób**:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od Zamawiającego – **Skarbu Państwa – Państwowej Inspekcji Pracy - Głównego Inspektoratu Pracy z siedzibą w Warszawie** na rzecz Odwołującego –
Data Experts Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawiekwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:
……

KIO 4043/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowa Inspekcja Pracy - Główny Inspektorat Pracy z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa PZP") pn. „Dostawa serwerów wraz z systemem operacyjnym dla jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy". Numer ogłoszenia w Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: 128/2024 394808-2024.
Dnia 31 października 2024 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Data Experts Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:
1.bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż wykonawca ten złożył wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia producenta New H3C Technologies („H3C"), o certyfikacji oferowanych serwerów normą ekologiczną H3C, spełniający wymogi równoważności wskazane w SWZ, a w konsekwencji oferta ta spełnia warunki zamówienia i jako taka nie podlega odrzuceniu,

a w konsekwencji zaniechania czynności:
2.dokonaniu wadliwego wyboru oferty DECSOFT jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Data Experts w świetle postawionych kryteriów oceny ofert winna być uznana za najkorzystniejszą ofertę z ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. pkt 5.1.3. SWZ poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż:

•Odwołujący w formularzu ofertowym (3.1.1 i 3.2.1. pkt 14) potwierdził, iż oferowane serwery spełniają warunki zamówienia, posiadają certyfikację normą ekologiczną H3C

i zawierają wymagane w SWZ informacje dotyczącą ponownego użycia i recyklingu, nie zawierają farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie da się poddać recyklingowi lub ponownie użyć, na potwierdzenie czego złożył równoważny przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia producenta H3C;

•przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia producenta o certyfikacji oferowanych serwerów normą ekologiczną H3C, spełnia warunki określone w SWZ dla normy równoważnej do certyfikatu EPEAT (pkt 5.1.3. SWZ), a tym samym Odwołujący wykazał, że sprzęt ten odpowiada wszystkim wymogom i cechom sformułowanym w postępowaniu;

•certyfikat EPEAT nie jest wydawany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą,

o której mowa w art. 105 ust. 2 Pzp i jako taki nie potwierdza posiadania przez produkt jakiegokolwiek certyfikatu jakości, o jakim mowa w art. 105 ust 1 Pzp, stąd też nie ma podstaw do żądania od Odwołującego jako równoważnego do certyfikatu EPEAT dokumentu wydanego przez podmiot akredytowany w rozumieniu art. 105 ust. 2 Pzp.

2.art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty DECSOFT jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Data Experts jest zgodna z warunkami zamówienia, a wykonawca ten złożył wraz z ofertą wymagane przedmiotowe środki dowodowe, stąd też zgodnie z kryteriami oceny, to oferta Data Experts winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Data Experts, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Co do posiadania interesu we wniesieniu odwołania, Data Experts podał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę spełniającą warunki zamówienia i zgodnie z kryterium oceny jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą, z ofert niepodlegających odrzuceniu. Sprzeczne z ustawą Pzp działania i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, mimo iż potwierdził on iż oferowany przez niego sprzęt spełnia wymagania i cechy określone przez PIP, na potwierdzenie czego złożył szereg przedmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenie producenta o certyfikacji oferowanych serwerów normą ekologiczną H3C, które spełnia warunki określone w SWZ dla normy równoważnej do certyfikatu EPEAT. Gdyby Zamawiający przeprowadził prawidłowo postępowanie, oferta Data Experts zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą,

a Odwołujący pozyskałby zamówienie. Data Experts może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści – zysku wkalkulowanego w cenę oferty, jaki osiągnąłby w przypadku pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej 21 października 2024 r., odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, Odwołujący uiścił wpis od odwołania

w wysokości wymaganej na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przedmiotem postępowania jest dostawa 3 sztuk serwerów (typ 1) oraz 18 serwerów (typ 2). Zamawiający w celu potwierdzenia zgodności oferowanego sprzętu z określonymi wymaganiami, cechami żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 5 SWZ. W pkt 5.1.3 SWZ wymagał złożenia certyfikatu EPEAT na określonym poziomie lub wydruku ze strony www.epeat.net lub równoważnego określając kryteria równoważności: w takim przypadku serwer musi zawierać informacje dotyczące ponownego użycia i recyklingu, nie może zawierać farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie da się poddać recyklingowi lub ponownie użyć. W pkt 5.2 SWZ Zamawiający przewidział złożenie lub uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych określonych w pkt 5.1.1 – 5.1.3 po złożeniu oferty w wyznaczonym terminie.

Wykonawca Data Experts złożył ofertę, w ramach formularza ofertowego (pkt 3.1.1 raz 3.2.1. w tabeli 14, formularza cenowego wraz z parametrami technicznymi

i funkcjonalnościami oferowanych serwerów), wykonawca oświadczył, że: *„potwierdzone posiadanie przez oferowany produkt certyfikowanej normy równoważnej, tym samym serwer: zawiera informacje dotyczące ponownego użycia i recyklingu, nie zawiera farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie da się poddać recyklingowi i ponownie użyć”*

Dodatkowo wykonawca złożył oświadczenie producenta H3C, o treści: *serwery są starannie i rygorystycznie projektowane, produkowane i testowane; są certyfikowane przez naszą wewnętrzną normę ekologiczną H3C, zapewniając zrównoważoną produkcję elektroniki, a mianowicie serwery: zawierają informacje o ponownym użyciu i recyklingu oraz nie zawierają farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie można poddać recyklingowi ani ponownie*

wykorzystać /użyć)".

Zamawiający dokonał wyboru oferty DECSOFT, odrzucając 4 pozostałe oferty. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było zakwestionowanie przez PIP skuteczności złożenia równoważnego przedmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia producenta o certyfikacji oferowanych serwerów normą ekologiczną H3C (pkt 5.1.3. SWZ),

a w konsekwencji uznanie, iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podkreślił, że oświadczenie producenta nie jest dokumentem równoważnym, bowiem nie zostało wydane przez podmiot trzeci – akredytowaną jednostkę certyfikująca w rozumieniu art. 105 ust 2 Pzp, jak również nie została wypełniona dyspozycja art. 105 ust 4 Pzp.

Istota sporu sprowadza się do oceny czy złożony prze Data Experts przedmiotowy środek dowodowy w postaci oświadczenia producenta H3C o certyfikacji oferowanych serwerów normą ekologiczną H3C, spełnia wymogi równoważności wskazane w SWZ

i potwierdzając wymagania i cechy określone w postępowaniu, a w konsekwencji oferta ta jest zgodna z warunki zamówienia i jako taka nie podlega odrzuceniu.

Oświadczenie producenta H3C o certyfikacji oferowanych serwerów normą ekologiczną H3C, spełnia postawione w SWZ wymogi równoważności certyfikatu EPEAT. Po pierwsze – Zamawiający określił warunki równoważności dla certyfikatu EPEAT wskazując, że*„w takim wypadku serwer musi: zawierać informacje dotyczące ponownego użycia i recyklingu, nie może zawierać farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie da się poddać recyklingowi lub ponownie użyć"*(pkt 5.1.3). SWZ nie precyzuje, od jakich podmiotów ma pochodzić dokument równoważny do certyfikatu EPEAT. Nie zostały również określone dodatkowe parametry czy kryteria równoważności.

Kryteria równoważności muszą być jasne i jednoznaczne. Zamawiający powinien jednoznacznie określić, co stanowi kryterium równoważności, a postanowienia w tym zakresie są wiążące zarówno dla wykonawców, jak i samego zamawiającego. Wątpliwości w tym zakresie należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Oświadczenia producenta H3C o certyfikacji oferowanych serwerów normą ekologiczną H3C, spełniają tak postawione w SWZ wymogi równoważności dla certyfikatu EPEAT, potwierdzając wymagania i cechy określone przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wykonawca w formularzu ofertowym jasno zaznaczył, że *„posiadanie przez oferowany produkt certyfikowanej normy równoważnej, tym samym serwer: zawiera informacje dotyczące ponownego użycia i recyklingu, nie zawiera farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie da się poddać recyklingowi i ponownie użyć"*, składając stosowne oświadczenie producenta sprzętu, którego treść, odpowiada wymogom równoważności zdefiniowanym przez Zamawiającego w SWZ, tj. potwierdza, że*serwery są starannie i rygorystycznie projektowane, produkowane i testowane; są certyfikowane przez naszą wewnętrzną normę ekologiczną H3C, zapewniając zrównoważoną produkcję elektroniki, a mianowicie serwery: zawierają informacje o ponownym użyciu i recyklingu oraz nie zawierają farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie można poddać recyklingowi ani ponownie wykorzystać /użyć)".* Nie ma również żadnych przeszkód, aby to na mocy oświadczenia producenta sprzętu, Wykonawca potwierdził wymagania i cechy określone przez Zamawiającego w postępowaniu.

Certyfikat EPEAT nie jest certyfikatem w rozumieniu art. 105 ust 1 Pzp nie został on bowiem wydany przez akredytowaną jednostką. Dyspozycja art. 105 ust. 1 i 2 Pzp wskazuje, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie certyfikatów wydanych przez akredytowane jednostki certyfikujące, w rozumieniu ust. 2. Ustawa określa katalog podmiotów, jakie uznaje za jednostki oceniające zgodność tj. wyłącznie jednostki wykonujące działania

z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowane zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego I Rady (WE) nr 765/2009 z 9.07.2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszącego się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93.

Amerykańska organizacja non-profit Green Electronic Council („GEC") nie jest jednostką o jakiej mowa w tym przepisie. GEC ocenia produkty według ustanowionego przez siebie standardu określanego EPEAT (environmental evaluation tool for electronic products), czyli amerykańskiego programu wspierania zakupu technologii informatycznych przyjaznych środowisku, który dotyczy głownie firm zarejestrowanych na tym obszarze. W efekcie GEC nie jest akredytowaną jednostką w rozumieniu art. 105 ust. 2 Pzp, zaś „pseudocertyfikat" jakościowy EPEAT nie potwierdza posiadania przez produkt certyfikatu jakości, o którym mowa w art. 105 ust 1 Pzp.

Skoro certyfikat EPEAT nie jest certyfikatem w rozumieniu art. 105 ust. 1, Pzp nie ma żadnych podstaw, aby żądać od Odwołującego certyfikatów równoważnych wydanych przez jednostki akredytowane o których mowa w art. 105 ust 1 i 2 Pzp. W efekcie oświadczenie producenta H3C o certyfikacji oferowanych serwerów normą ekologiczną H3C, spełnia postawione w SWZ wymogi równoważności dla certyfikatu EPEAT i stanowi równoważny przedmiotowy środek dowodowy.

W następstwie powyższych naruszeń Pzp, Zamawiający dokonał wadliwego wyboru oferty DECSOFT jako

najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Data Experts jest zgodna
z warunkami zamówienia, a wykonawca ten złożył wymagane przedmiotowe środki dowodowe, stąd też zgodnie z kryteriami oceny, to oferta Data Experts winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania jako zasadnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę
w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy i odrzucenie oferty Odwołującego godzi w jego interesy ekonomiczne i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Decsoft Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów zauważono, że Zamawiający wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia posiadał: *„Certyfikat EPEAT na zaoferowanym poziomie (minimum poziom BRONZE) lub wydruk ze strony internetowej https://www.epeat.net potwierdzający posiadanie przez oferowane serwery (typ 1 i typ 2) certyfikacji na zaoferowanym poziomie EPEAT – lub równoważny, w takim przypadku serwer musi: zawierać informacje dotyczące ponownego użycia i recyklingu, nie może zawierać farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie da się poddać recyklingowi lub ponownie użyć."*

Oświadczenie producenta nie stanowi dokumentu równoważnego, gdyż nie jest wystawione przez niezależny podmiot trzeci. Oczywistym jest, że producent zaoferowanego przez Data Experts sprzętu posiada interes w uzyskaniu przez Odwołującego zamówienia, gdyż osiągnie korzyści finansowe ze sprzedaży swojego produktu a co za tym idzie, chociażby z tego powodu, jego oświadczenie nie może być równoważne z dokumentem wystawionym przez niezależny podmiot trzeci. Dodatkowo sam zakres i treść przedstawionego przedmiotowego środka dowodowego (oświadczenia producenta) nie czyni zadość ustawowemu wymaganiu wykazania i potwierdzenia, na etapie składania ofert, że zaoferowany sprzęt w stopniu równoważnym spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący ewentualne zastrzeżenia w zakresie wymogów Zamawiającego co do certyfikatu powinien zgłaszać na etapie środków ochrony prawnej (względnie pytań) co do treści SWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o uznanie go za bezzasadne.

Izba ustaliła, że w rozdziale 5 SWZ - Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych – Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia zgodności oferowanego serwerów (typ 1 i typ 2) z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami, cechami Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych – pkt 5.1.3. Certyfikat EPEAT na zaoferowanym poziomie (minimum poziom BRONZE) lub wydruk ze strony internetowej https://www.epeat.net potwierdzający posiadanie przez oferowane serwery (typ 1 i typ 2) certyfikacji na zaoferowanym poziomie EPEAT – lub równoważny, w takim przypadku serwer musi: zawierać informacje dotyczące ponownego użycia i recyklingu, nie może zawierać farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie da się poddać recyklingowi lub ponownie użyć.

W pkt 5.2. Zamawiający określił, że przewiduje złożenie lub uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych określonych w pkt 5.1.1- 5.1.3 po złożeniu oferty
w wyznaczonym terminie.

W ofercie Odwołujący złożył oświadczenie w języku angielskim wraz z tłumaczeniem
o treści *„My, New H3C Technologies Co., Ltd., będąc producentem sprzętu oferowanego przez Data Experts Sp. z o.o. w wyżej wymienionym przetargu, niniejszym oświadczamy*
i potwierdzamy, że oferowane konfiguracje CTO (Skonfigurowane Pod Zamówienie) sprzętu (a mianowicie 3 szt. serwerów H3C UniServer R4900 G6 server, 18 szt. serwerów H3C UniServer R4900 G6 Ultra) w pełni spełniają wszystkie wymagania techniczne określone
w dokumentacji przetargowej, w szczególności:

- serwery są starannie i rygorystycznie projektowane, produkowane i testowane; są certyfikowane przez naszą wewnętrzną normę ekologiczną H3C, zapewniającą zrównoważoną produkcję elektroniki, a mianowicie serwery: zawierają informacje o ponownym użyciu i recyklingu oraz nie zawierają farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których

nie można poddać recyklingowi ani ponownie wykorzystać/użyć (…)". Oświadczenie podpisał Dyrektor generalny producenta serwerów.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i pkt. 5 ustawy Pzp, podając, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zamawiający odrzuca ofertę jest jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający oświadczył, że Wykonawca, składając swoje oświadczenie w ofercie oraz oświadczenie producenta, nie potwierdził wymagania określonego przez Zamawiającego w pkt. 3.1.1 oraz w pkt. 3.2.1 w tabeli w poz. 14 Formularza cenowego wraz parametrami technicznymi i funkcjonalnościami oferowanych serwerów oraz nie przedłożył dokumentu przedmiotowego na jego potwierdzenie.

Oświadczenie producenta nie można uznać za dokument równoważny. Zgodnie z Komentarzem Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza:*„Oznacza to, że wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych specyfiką zaistniałych okoliczności zamawiający może uznać oświadczenie wykonawcy (producenta) jako równoważne certyfikatowi lub sprawozdaniu z badań jednostek oceniających zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 Pzp. O niedopuszczalności wskazywania oświadczeń w miejsce wymaganych zaświadczeń wydawanych przez podmioty akredytowane (w konkretnym stanie faktycznym, ale w sposób pozwalający na wyciągnięcie ogólnych wniosków) wypowiedział się sąd okręgowy. Stwierdził on, że równoważność przedmiotowych środków dowodowych nie powinna być rozpatrywana w kontekście funkcjonalnym (poprzez ten sam cel, któremu służy zarówno zaświadczenie, jak i oświadczenie), ale legalnym (zaświadczenie „certyfikat zgodności" wydawany jest przez podmiot trzeci — akredytowaną jednostkę certyfikującą, natomiast dokument w postaci (tutaj) krajowej deklaracji zgodności to dokument wystawiany przez producenta, poświadczający na jego odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną). Sąd uznał ponadto za własne stanowisko KIO stwierdzające, że odmienność podmiotu wydającego powyższe dwa dokumenty stanowi przeszkodę do uznania je za dokumenty równoważne. Dokument bowiem równoważny to dokument mający równą wartość, równe znaczenie. Nie sposób przyjąć, iż deklaracja zgodności jest dokumentem równoważnym do certyfikatu zgodności, w sytuacji gdy dokument ten [deklaracja zgodności] wystawiony jest przez producenta, nie zaś przez niezależną jednostkę zewnętrzną, z czym mamy do czynienia w przypadku krajowego certyfikatu zgodności. Przyjęcie równoważności pomiędzy krajowym certyfikatem zgodności oraz krajową deklaracją zgodności niweczyłoby dążenie zamawiającego do obiektywnego potwierdzenia jakości oferowanych produktów. Nie można bowiem przypisać równej wartości, znaczenia dokumentom pochodzącym od dwóch tak odmiennych podmiotów. Przyjęcie odmiennej interpretacji stanowiłoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu przetargowym." .*

(…) Wykonawca poprzez załączenie oświadczenia producenta nie przedstawił dokumentu równoważnego oraz nie potwierdził wymagania określonego przez Zamawiającego. Ww. oświadczenie jest jedynie ogólnym stwierdzeniem, nie stanowi również szczegółowej dokumentacji technicznej producenta, która w jakikolwiek sposób udowadniałaby spełnianie wymagań normy EPEAT na wymaganym poziomie. Wykonawca jedynie powołał się na certyfikację normy równoważnej określoną przez samego producenta serwerów. Nie udowodnił, że norma równoważna określona przez producenta w jakimkolwiek zakresie spełnia wymogi certyfikatu EPEAT.

Jednocześnie Wykonawca w ofercie nie wypełnił dyspozycji art. 105 ust. 4 ustawy Pzp, tj. nie udowodnił, że nie miał ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani nie miał możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, a brak ten nie może być przypisany Wykonawcy, a tym samym wystąpiły obiektywne okoliczności. Zgodnie z Komentarzem Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza: *„Złożenie wraz z ofertą właściwego dokumentu równoważnego nie jest wystarczające, jeśli wykonawca w ofercie (lub odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień) nie wykaże, że przyczyną braku złożenia certyfikatu lub sprawozdania z badań był brak dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań lub brak możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, przy czym brak ten nie mógł być przypisany temu wykonawcy. Możliwość złożenia przez wykonawcę równoważnych przedmiotowych środków dowodowych jest uzależniona od wystąpienia obiektywnych okoliczności.".*

Powyższe stanowisko potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 września 2021 r. sygn. KIO 1973/21.

Jednocześnie zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający może wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego jedynie w przypadku gdy Wykonawca go nie złożył lub jest on niekompletny. Tym samym przepisy prawa wykluczają możliwość wezwania Wykonawców do uzupełniania dokumentów przedmiotowych w przypadku, gdy zawierają błędy lub nie potwierdzają wymagań określonych przez Zamawiającego. W wyroku Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2023 r. sygn. KIO 695/23 wskazano: *„O ile bowiem art. 107 ust. 2 p.z.p. jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, to ustawodawca nie dopuścił szerokiego uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p. zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które są niekompletne lub zawierają błędy).*

Tryb uregulowany art. 107 ust. 2 p.z.p., przeciwnie do art. 128 ust. 1 p.z.p., dotyczy ograniczonego zakresu i nie dopuszcza się uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako wady merytoryczne. Co do zasady „Przepis ten nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego."

W tym stanie Odwołujący złożył odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Jako regułę generalną ujętą w ustawie Pzp ustawodawca ustalił, że przedmiotowe środki dowodowe mogą przyjąć postać etykiet (art. 104 ustawy Pzp), certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę (art. 105 ustawy Pzp) oraz innych dokumentów (art. 106 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 106 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Nie było sporne między Stronami, że żądany przez Zamawiającego Certyfikat EPEAT na zaoferowanym poziomie (minimum poziom BRONZE) lub wydruk ze strony internetowej zakwalifikować należy jako inny dokument mieszczący się w katalogu przedmiotowych środków dowodowych.

Istota sporu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy wymagany dokument w postaci certyfikatu mogło zastąpić oświadczenie producenta oferowanego sprzętu o spełnianiu wymogów dotyczących możliwości recyklingu oferowanego sprzętu.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę zapisy SWZ, odpowiedź na to pytanie może być twierdząca. Wziąć pod uwagę należało, że katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym.

Izba nie neguje, że co do zasady to dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich spełniają wymogi dokumentów o charakterze podstawowym. Jak jednak wynika z Komentarza do PZP pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza *„Przedmiotowe środki dowodowe definiuje się poprzez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu oraz poprzez ich treść. Forma, jak i tytuł (nazwa) dokumentu nie przesądzają o jego charakterze. Przepisy nie określają, w jaki sposób przedmiotowe środki dowodowe mają być sporządzone (z zastrzeżeniem wymogów przewidzianych przez przepisy rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej) i jaki ma być termin ich „ważności". Nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta. Wspólną cechą wszystkich przedmiotowych środków dowodowych jest, aby potwierdzały, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniały wymogi zamawiającego".*

Jak wynika z ustawy Pzp zamawiający może żądać tylko niezbędnych do przeprowadzenia postępowania przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający musi także określić konkretne wymagania w opisie przedmiotu zamówienia, które ten dokument ma potwierdzać. Z przywołanego komentarza wynika, że *„„Niezbędność" w odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych należy rozumieć funkcjonalnie. Niezbędny przedmiotowy środek dowodowy to taki, który ma gwarantować zamawiającemu już na etapie badania i oceny ofert, że oferowane przez wykonawcę rozwiązania nie są obarczone ryzykiem otrzymania przedmiotu zamówienia niespełniającego (co do istoty) oczekiwań zamawiającego."*

Co do równoważności podkreślono, że *„zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę. Oznacza to także uprawnienie dla wykonawcy przedłożenia innych środków dowodowych niż wskazane przez zamawiającego, pod warunkiem że potwierdzają one, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Zważywszy, że zakres przedmiotowych środków dowodowych nie jest określony (brak jest zamkniętego katalogu takich środków), liczba potencjalnych środków*

równoważnych jest nieograniczona. Ocena równoważności przedłożonego środka dowodowego będzie każdorazowo dokonywana przez zamawiającego w konkretnym stanie faktycznym".

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający opisał równoważne przedmiotowe środki dowodowe w następujący sposób*: „lub równoważny, w takim przypadku serwer musi: zawierać informacje dotyczące ponownego użycia*

i recyklingu, nie może zawierać farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie da się poddać recyklingowi lub ponownie użyć". Zamawiający nie odnosił się do żadnych innych cech równoważnych dla dokumentu przedmiotowego potwierdzającego określone cechy dla zamawianego przedmiotu. Nie wskazał również w SWZ, że dokument równoważny ma potwierdzać wszystkie cechy przedmiotu badane podczas certyfikacji. Dopiero

w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przywołując poszczególne wymagania dla poziomu BRONZE próbował w sposób niedozwolony rozszerzyć wymagania dla przedmiotu zamówienia już po terminie składania ofert. Przypomnieć należy, iż zakres wymagań

i oczekiwań Wykonawców i Zamawiającego determinują zapisy SWZ ujawnione i ustalone przed terminem składania ofert. Na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie może dowolnie żądać spełnienia wymogów, których nie opisał na wstępie w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd też stanowisko wyrażone

w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający wymagał spełnienia wszystkich elementów,

po wykazaniu których otrzymuje się certyfikat EPEAT Izba uznała za nieuprawnione. Podejścia Izby nie zmieniają okoliczności, że dostęp do certyfikacji ma charakter nieograniczony,

a organizacja się dostępna dla każdego wykonawcy chcącego przejść proces certyfikacji. Ponadto, jak celnie zauważono w odwołaniu, po terminie składania ofert wszelkie nieścisłości zapisów SWZ tłumaczyć należy na korzyść wykonawców.

Skoro więc Zamawiający nie wyznaczył innych niż opisane warunków negatywnych dla dokumentu równoważnego dla wymaganego certyfikatu (czyli nie wskazał, że nie może to być oświadczenie producenta), to zdaniem składu orzekającego Izby dokument złożony przez Odwołującego był wystarczający, by funkcjonalnie wykazać, że oferowany przedmiot spełnia wymogi opisane w SWZ. Zamawiający bowiem wskazał wprost, że dokument

(o bliżej nieokreślonej formie) ma potwierdzać, że *„produkt może być ponownie użyty i polega recyklingowi, nie zawiera farb i powłok na dużych plastikowych częściach, których nie można ponownie wykorzystać".* Producent złożonym oświadczenie wszystkie te elementy potwierdził. Niewątpliwie uzyskanie certyfikatu EPEAT na poziomie BRONZE, jak wykazywał Przystępujący składając dokumenty odnoszące się do procesu certyfikacji, jest procesem bardziej rozbudowanym i skomplikowanym, sprawdzane są także inne elementy produktu. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zawęził równoważność do poziomu wskazanego w punkcie 5.1. 3 SWZ.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że przedmiotowej sprawie mógł mieć zastosowanie art. 105 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem regulacja ta dotyczy dokumentów przedmiotowych w postaci certyfikatów wydanych przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę oraz certyfikatów wydanych przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Nie odnosi się więc ona do innych przedmiotowych środków dowodowych, których zgodnie z dyspozycją art. 106 ustawy Pzp może żądać Zamawiający.

W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Następnie Izba nakazała powtórzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zdaniem Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszania zasad prowadzenia postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

……