Sygn. akt: KIO 3854/23

WYROK

Warszawa, dnia 9 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Jutrzenki 116 (02-230 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 132-136 (02-305 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy EuroCert spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 474 (02-884 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2 . Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 3854/23

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

Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Dostawa, montaż i uruchomienie czterech modułów kryptograficznych HSM (Hardware Security Module), wraz z gwarancją i wsparciem technicznym* o numerze referencyjnym: COI-ZAK.262.37.2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 156-498677.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 22 grudnia 2023 r. wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie(zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie w którym zarzucił zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę EuroCert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „Eurocert”), mimo iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie posiadania przez wykonawcę wymaganego poziomu partnerstwa producenta zgodnie z pkt VIII.3 OPZ;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurocert mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu ze względu na to, że celowo, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do posiadanego poziomu partnerstwa, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a ponadto prowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- ponowienia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty złożonej przez Eurocert.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Podkreślił, że oferta Eurocert oraz jego

oferta są jedynymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy prowadzące do wyboru oferty Eurocert, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Eurocert, spowodowało brak możliwości uzyskania przez odwołującego zamówienia, a tym samym naraziło go na poniesienie szkody. Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania polegający na zachowaniu możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że z dokumentacji postępowania wynika, że wbrew wymaganiom zamawiającego, wykonawca Eurocert nie posiada wymaganego poziomu statusu partnerskiego producenta urządzeń. Deklaracja Eurocert o spełnianiu wymagania pkt VIII.3 OPZ zawarta w Formularzu oferty oraz w piśmie z dnia 15 listopada 2023 r. jest wprost niezgodna z pismem przedstawionym przez tego wykonawcę, z którego wynika, że aktualny status partnerski Eurocert to zaledwie Silver,
a więc niewątpliwie niższy niż wymagany. Również z informacji uzyskanych przez odwołującego bezpośrednio od przedstawiciela producenta Thales wynikało, że aktualnie oraz w dniu 18 września 2023 r. Eurocert posiadał status partnerski na poziomie Silver. Przesądza to o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia obligując zamawiającego do jej odrzucenia zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zdaniem odwołującego samo zapewnienie Eurocert, że w momencie dostawy przedstawi wymagane poświadczenia dotyczące statusu partnerskiego nie jest równoznaczne ze spełnieniem wymagania posiadania odpowiedniego statusu na dzień składania oferty, tak jak wskazują na to wymagania SWZ. Uznanie oferty za zgodną z warunkami zamówienia ze względu na to, że wykonawca „zapewnia, że będzie przyszłości posiadać odpowiedni status partnerski" (tak jak wynikałoby to z wyjaśnień złożonych przez Eurocert) stanowi w istocie zmianę wymagań zamawiającego, która na obecnym etapie nie jest już możliwa. Odwołujący zauważył, że uzyskanie wyższego poziomu partnerstwa u producenta Thales nie stanowi czystej formalności, ale uzależnione jest od spełnienia szeregu z góry określonych wymagań (wymagania te są znane i wspólne dla wszystkich partnerów), w tym m.in. określonej wielkości sprzedaży (badanej w skali roku), a także odbycia wymaganych szkoleń przez wyznaczony minimalny personel wykonawcy o danej specjalizacji, wymagań marketingowych. W związku z tym, czas trwania procesu podniesienia partnerstwa może trwać do 1 roku kalendarzowego. Jeśli Eurocert uważał wymaganie zamawiającego za niezasadne lub nadmierne miał możliwość kwestionowania go w drodze środków ochrony prawnej lub wnoszenia o jego zmianę w toku postępowania, jednakże nie podejmując takich kroków, zobowiązany był do stosowania się do takich wymagań, jakie zostały ustalone
w warunkach zamówienia i obowiązujące dla wszystkich wykonawców. Uznanie oferty Eurocert za zgodną z warunkami zamówienia jest niedopuszczalne z tego względu, jak również ze względu na naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż zmiana warunków zamówienia poprzez umożliwienie posiadania statusu partnerskiego dopiero na etapie realizacji dostaw, a nie w dniu składania ofert czy zawierania umowy, mogła mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem
w postępowaniu.
Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał że Eurocert próbował wykazywać zgodność oferty z wymaganiami poprzez powoływanie się na okoliczność, iż jest w trakcie „podnoszenia statusu partnerskiego z poziomu Silver na Gold", tymczasem, poziom partnerski „Gold" nie jest również tym poziomem, który był przez zamawiającego wymagany. Poziom „Gold" jest bowiem drugim w kolejności najwyższym poziomem partnerstwa tylko
w hierarchii obowiązującej w kanale partnerskim na terenie Polski. Tymczasem, ani wymaganie VIII.3 ani treść umowy w zakresie kanału dystrybucji producenta (§4 ust. 1 pkt 4 PPU), nie zawierały ograniczenia wyłącznie do rynku krajowego, zaś postępowanie prowadzone jest w reżimie powyżej progów unijnych. W hierarchii poziomów partnerstwa stosowanej przez producenta Thales, bez ograniczenia tylko do kanału dystrybucji na terenie Polski, występuje 5 poziomów partnerstwa: Global, Platinum, Gold, Silver i Enrolled.
A zatem, wymagania zamawiającego opisane w warunkach zamówienia spełniać będą tylko poziomy najwyższy i drugi w kolejności, tj. Global oraz Platinum.
Ponadto w ocenie odwołującego niezależnie od zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, wobec Eurocert wystąpiła odrębna przesłanka wykluczenia polegająca na wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Z powyżej opisanego stanu faktycznego wynika, że złożone przez Eurocert w Formularzu oferty oświadczenie, że posiada status partnerski na wymaganym poziomie było niezgodne z rzeczywistością. Skoro bowiem w dniu 19 października 2023 r. Eurocert był dopiero w trakcie procesu podnoszenia statusu partnerskiego z poziomu Silver na Gold, w żaden sposób nie mógł on w dniu złożenia oferty w dacie 18 września 2023 r. posiadać statusu wyższego niż „Silver". Poza tym, odwołujący wyjaśnił, że dysponuje odrębnym jednoznacznym potwierdzeniem, że w dniu 18 września 2023 r. Eurocert posiadał partnerstwo na poziomie „Silver". W ocenie odwołującego nie sposób przy tym mówić o omyłkowym wprowadzeniu zamawiającego w błąd, w sytuacji
w której, Eurocert wyraźnie zaznaczył opcję „posiadam" przy deklaracji, że „posiadamy oraz będziemy posiadać przez cały okres obowiązywania Umowy" wymagany poziom partnerstwa. Żądanie potwierdzenia posiadania odpowiedniego

statusu partnerskiego na dzień składania ofert było jednoznaczne i nie ma przy tym znaczenia fakt, że dopiero w toku realizacji zamówienia przedstawiane będą dokumenty potwierdzające tę okoliczność. Żądanie wykazania spełnienia wymagania za pomocą odpowiedniego poświadczenia
w przyszłości nie zmienia faktu, że Eurocert niezgodnie z prawdą potwierdził jego spełnianie już w dacie składania oferty. Rozróżnić należy bowiem samo wymaganie posiadania odpowiedniego poziomu partnerstwa, którego spełnienia zamawiający oczekiwał już na dzień składania ofert (na co wskazują jednoznacznie wymaganie w pkt VIII.3 OPZ i treść oświadczenia w pkt 6 Formularza oferty) od wymagania przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadany status partnerstwa. Zamawiający na etapie składania ofert określił po prostu sposób weryfikacji tej okoliczności jedynie poprzez złożenie oświadczenia przez wykonawców w formularzu ofertowym. Zatem dodatkowa weryfikacja tego statusu (pkt VI.2 ppkt 1.2.3 OPZ) poprzez złożenie poświadczenia producenta urządzeń o posiadaniu statusu partnerstwa w terminie nie późniejszym niż zadeklarowany czas dostawy urządzeń, nie zmienia tego, że odpowiedni poziom partnerstwa należało posiadać już na wcześniejszym etapie. Oświadczenie wykonawcy potwierdzające spełnianie wymagań musi być zgodne z prawdą i rzetelne w momencie jego składania, nawet jeśli zamawiający weryfikuje je w odmienny sposób w późniejszym terminie. Działanie Eurocert nosi przy charakter działania celowego lub podjętego z daleko posuniętych lekkomyślności lub niedbalstwa, a tym samym spełniającego przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Nawet wobec dwukrotnych wezwań zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, wykonawca nie wyjaśnił jednoznacznie podstaw dla złożonego niezgodnie ze stanem faktycznym oświadczenia w pkt 6 Formularza oferty ani nie przyznał się do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Udzielane przez wykonawcę wyjaśnienia wskazują, że miał on świadomość, iż aktualnie nie posiada wymaganego poziomu partnerstwa i nie spełnia wymagań zamawiającego, a mimo to godził się na wprowadzanie zamawiającego w błąd
i dążył do uzyskania zamówienia. Posiadany poziom statusu partnerskiego stanowił przy tym wymaganie istotne dla zamawiającego, na co wskazują wymagania warunków zamówienia oraz miał znaczenie z punktu widzenia wyniku postępowania, gdyż przesądzał o zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca EuroCert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 8 stycznia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę EuroCert Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 5 stycznia 2024 r., w tym
w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ");
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
- pismo zamawiającego z dnia 12 października 2023 r. skierowane do przystępującego;
- pismo z dnia 19 października 2023 r. wraz z załącznikami, stanowiące odpowiedź przystępującego na pismo zamawiającego z dnia 12 października 2023 r.;
- pismo zamawiającego z dnia 9 listopada 2023 r. skierowane do przystępującego;
- pismo z dnia 15 listopada 2023 r., stanowiące odpowiedź przystępującego na pismo zamawiającego z dnia 9 listopada 2023 r.;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 12 grudnia 2023 r.;
2)złożone na posiedzeniu przez przystępującego oświadczenie z dnia 5 stycznia 2024 r. przedstawiciela THALES DIS POLSKA Sp. z o.o.;
3)złożone na posiedzeniu przez odwołującego oświadczenie z dnia 28 grudnia 2023 r. przedstawiciela THALES DIS POLSKA Sp. z o.o.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający w rozdziale II SWZ w pkt VIII pn*Podstawowe warunki świadczenia gwarancyjnego i wsparcia technicznego*, w pkt VIII.3 opisał następujący wymóg:*Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał status partnera producenta Urządzeń,*
z zastrzeżeniem, że jeśli producent stosuje kilka poziomów partnerstwa, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał status partnera producenta Urządzeń nie niższy niż drugi w kolejności licząc od najwyższego poziomu partnerstwa w hierarchii poziomów partnerstwa stosowanej przez producenta. Zamawiający wyklucza, aby wyłącznie podwykonawca posiadał status, o którym mowa jest w zdaniu poprzedzającym.
Wymaganie to znalazło się również w rozdziale III SWZ dotyczącym Projektowanych postanowień umowy, w §4 ust. 1 pkt 9): *Wykonawca oświadcza, że posiada status partnera producenta Urządzeń, z zastrzeżeniem, że jeśli producent stosuje kilka poziomów partnerstwa, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał status partnera producenta Urządzeń nie niższy niż drugi w kolejności licząc od najwyższego poziomu partnerstwa*
w hierarchii poziomów partnerstwa stosowanej przez producenta. Zamawiający wyklucza, aby wyłącznie podwykonawca posiadał status, o którym mowa jest w zdaniu poprzedzającym.
W Formularzu oferty, stanowiącym rozdział IV SWZ, zamawiający zawarł pkt 6 w ramach którego wykonawcy mieli zaznaczyć sformułowanie POSIADAMY/NIE POSIADAMY, następującą deklarację*jako Wykonawca posiadamy i będziemy posiadać przez cały okres obowiązywania Umowy nie niższy niż drugi w kolejności poziom partnerstwa licząc od najwyższego poziomu partnerstwa w hierarchii poziomów partnerstwa stosowanej przez producenta, zgodnie z pkt. VIII.3 OPZ*.
W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: odwołującego i przystępującego. Przystępujący w złożonym Formularzu ofertowym w pkt 6 zaznaczył sformułowanie POSIADAMY.

Po udostępnieniu ofert odwołujący w dniu 26 września 2023 r. przesłał do zamawiającego pismo, w którym podniósł, m.in. że:
- *W pkt VIII.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał status partnera producenta Urządzeń, z zastrzeżeniem, że jeśli producent stosuje kilka poziomów partnerstwa, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał status partnera producenta Urządzeń nie niższy niż drugi w kolejności licząc od najwyższego poziomu partnerstwa w hierarchii poziomów partnerstwa stosowanej przez producenta. Zamawiający wyklucza, aby wyłącznie podwykonawca posiadał status, o którym mowa jest*
w zdaniu poprzedzającym;
- *Z udostępnionego przez Zamawiającego skanu oferty złożonej przez Oferenta powzięliśmy informację, że Oferent złożył w swojej ofercie produkty firmy Thales. Według informacji publikowanych przez firmę Thales (https://cpl.thalesgroup.com/partners/overview) nie udało nam się potwierdzić czy oferent EuroCert Sp. z o.o. posiada wymagany status partnerski producenta, co może oznaczać brak spełnienia powyższego warunku świadczenia gwarancyjnego i wsparcia technicznego*.
W wyniku tego pisma zamawiający w dniu 12 października 2023 r., działając na podstawie art. 223 ust 1 Pzp, wezwał przystępującego do wyjaśnień treści oferty. W treści przedmiotowego wezwania zamawiający wskazał m. in.: *Wykonawca w złożonej ofercie zaoferował produkty firmy Thales. Według informacji publikowanych przez firmę Thales (https://cpl.thalesgroup.com/partners/overview) Zamawiającemu nie udało się potwierdzić czy Wykonawca EuroCert Sp. z o.o. posiada wymagany status partnerski producenta.*
W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia czy Wykonawca posiada status partnera producenta urządzeń zgodnie z opisem w pkt VIII.3 Rozdziału II – Opis przedmiotu zamówienia.
Przystępujący na powyższe wezwanie odpowiedział pismem z dnia 19 października 2023 r. W wyjaśnieniach przystępujący wskazał:
Jednocześnie odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących statusu partnera producenta urządzeń, przedkładamy Oświadczenie firmy THALES DIS POLSKA SP. Z O.O. potwierdzające współpracę.
Firma EuroCert podczas składania oferty, zgodnie z przedstawionymi przez Zamawiającego wymogami zadeklarowała gotowość do realizacji wykonania usługi polegającej na dostawie, montażu i uruchomieniu czterech modułów kryptograficznych HSM (Hardware Security Module), wraz z gwarancją i wsparciem technicznym. Oferent podtrzymuje

zadeklarowaną zdolność, popartą uzasadnionym i udokumentowanym doświadczeniem. Firma EuroCert dysponuje dostosowanymi oraz usprawnionymi procesami, umożliwiającymi obsługę zamówień wskazanych w treści postępowania.
W styczniu br. w odpowiedzi na postępowanie nr COI-ZAK.262.48.2022 pod nazwą „Dostawa, montaż i uruchomienie trzech modułów kryptograficznych HSM wraz z gwarancją
i wsparciem technicznym na okres 24 miesięcy", opublikowane przez Centralny Ośrodek Informatyki, firma EuroCert zadeklarowała najkorzystniejszą ofertę, w efekcie której w dniu 02.03.2023 została zawarta umowa nr COI/U/PZP/262/13/2023. Podobnie jak w aktualnie prowadzonym postępowaniu przedmiot wskazanego zamówienia dotyczył zakupu modułów kryptograficznych tożsamej usługi z montażem, uruchomieniem, gwarancją oraz wsparciem technicznym.
Współpraca między Zamawiającym, a Wykonawcą podczas wykonywania zapisów umowy odbywała się zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, tym samym założenia realizacji usługi były przeprowadzone bez zastrzeżeń. Wykonawca zrealizował zamówienie dotrzymując ustalonych terminów dostaw, a przekazywany towar oraz zrealizowana usługa odpowiadała wszelkim wymogom zawartym w umowie.
Niniejszym wskazane zadanie, które bezpośrednio dotyczyło Zamawiającego oraz referencje uzyskane podczas realizacji równoważnych kontraktów, poświadczają zdolność, wiarygodność oraz doświadczenie firmy EuroCert w świadczeniu usług wskazanych
w dokumentacji postępowania.
W związku z powyższą argumentacją oraz załączonymi dokumentami wnosimy o uznanie przedstawionych przedmiotowych środków dowodowych.
Do wyjaśnień przystępujący załączył informację z dnia 19 października 2023 r. podpisaną przez przedstawiciela THALES DIS POLSKA Sp. z o.o. Z informacji tej wynikało, że przystępujący *jest aktualnie w trakcie procesu podnoszenia statusu partnerskiego z poziomu Silver na Gold. Jednocześnie pragnę dodać, że na terenie Polski obowiązuje kanał partnerski złożony z 4 poziomów licząc od najwyższego: Platinium, Gold, Silver i Enrolled*.
W dniu 9 listopada 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, wezwał przystępującego do kolejnych wyjaśnień. W treści wezwania zamawiający wskazał:
W udzielonej w dniu 19.10.2023 r. odpowiedzi na wezwanie z dnia 12.10.2023 r. w zakresie statusu partnerstwa producenta oferowanych urządzeń, przesłali Państwo informację od producenta urządzeń (plik EuroCert_status partnerski GOLD_2023_pdf.), w której producent informuje, że: „firma EuroCert Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Puławskiej 472, 02-884 Warszawa jest Certyfikowanym Partnerem na obszarze Rzeczpospolitej Polskiej, posiadającym autoryzację na sprzedaż, integrację oraz wsparcie techniczne produktów Thales Cloud Protection&Licensing. EuroCert Sp. z o.o. jest aktualnie w trakcie procesu podnoszenia statusu partnerskiego z poziomu Silver na Gold. Jednocześnie pragnę dodać, że na terenie Polski obowiązuje kanał partnerski złożony z 4 poziomów licząc od najwyższego: Platinium, Gold, Silver i Enrolled.".
W ocenie Zamawiającego taka informacja jest niewystarczająca dla potwierdzenia posiadania przez Wykonawcę statusu partnerstwa producenta urządzeń zgodnego
z deklaracją złożoną w pkt 6 Formularza Oferty. Zamawiający nie posiada wiedzy na temat zasad oraz czasu trwania procesu podnoszenia statusu partnerstwa u Producenta oferowanych przez Wykonawcę urządzeń.
Zamawiający jednocześnie wskazuje, że zgodnie z § 3 ust. 1 Umowy, Wykonawca
w terminie zadeklarowanym w Formularzu Oferty, jest zobowiązany do dostarczenia urządzeń wraz z dokumentacją wskazaną w § 5 ust. 1 Umowy. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 9 oraz § 5 ust. 1 pkt 3 Umowy, Zamawiający wymaga od Wykonawcy potwierdzenia posiadanego statusu partnerstwa poświadczeniem producenta. Poświadczenie producenta
o statusie partnerstwa Wykonawcy jest niezbędne w celu dokonania m.in. odbioru ilościowego zgodnie z § 5 ust. 11 Umowy, a w przypadku stwierdzenia braków ilościowych
w dostawie i zwłoki Wykonawcy Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kary umownej,
o której mowa w § 11 ust. 1 pkt 1 Umowy lub do odstąpienia od Umowy na podstawie § 13 ust. 2 pkt 1 Umowy i naliczenia kary umownej, o której mowa w § 11 ust. 1 pkt 4 Umowy.
Przystępujący odpowiedział na powyższe wezwanie pismem z dnia 15 listopada 2023 r. W piśmie tym wyjaśnił, że *W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z 9 listopada 2023 r. skierowane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych potwierdzamy spełnianie wymagania stawianego w treści dokumentacji przetargowej, w tym oświadczenia z pkt 6 oferty, a dokumenty potwierdzające okoliczność posiadania przez nas wymaganego status partnerstwa zostaną przedłożone w terminie zgodnie z pkt VI.2.1.2.3. OPZ w zw. z pkt V.1.a. OPZ*.
W dniu 12 grudnia 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*;
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania*;
- art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Ponadto skład orzekający rozstrzygając przedmiotową sprawę w znacznej mierze przyjął i uznał za zasadną argumentację zamawiającego, która została przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie.
W pierwszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na to, że kwestionowany przez odwołującego wymóg dotyczący statusu partnera producenta urządzeń został zawarty w pkt VIII opisu przedmiotu zamówienia, który odnosił się do podstawowych warunków świadczenia gwarancyjnego i wsparcia technicznego przez co przedmiotowe wymaganie dotyczyło tego zakresu świadczenia.
Izba doszła do przekonania, że odwołujący nieprawidłowo zinterpretował postanowienia SWZ w zakresie statusu partnera producenta urządzeń uznając, że odpowiedni poziom partnerstwa był wymagany przez zamawiającego już na etapie składania ofert. W tym miejscu należało jeszcze raz podkreślić, że posiadanie wymaganego w dokumentacji postępowania statusu partnerstwa było wymaganiem niezbędnym do realizacji przez wykonawcę świadczenia gwarancyjnego i wsparcia technicznego, przez co należało je potraktować jako warunek kontraktowy. Postanowienia SWZ w tym zakresie należało interpretować w sposób pozwalający na uznanie, że posiadany status partnerstwa producenta miał gwarantować realizację zamówienia na określonym poziomie, zatem niecelowe i nadmiarowe byłoby wymaganie przez zamawiającego posiadania określonego statusu partnera producenta urządzeń na etapie składania ofert, gdyż wymóg ten – w ocenie składu orzekającego – staje się zasadny dopiero na etapie świadczenia usług. Wykonawca
z chwilą zawarcia umowy zobowiązany jest do złożenia oświadczenia, że posiada on wymagany status partnerstwa (§ 4 ust. 1 pkt 9 Umowy), natomiast zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1
i § 5 ust. 1 pkt 3 Umowy wykonawca wraz z dostawą urządzeń jest zobowiązany do dostarczenia poświadczenia producenta urządzeń o posiadaniu partnerstwa, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 9 Umowy. W przypadku braku dostarczenia takiego oświadczenia zamawiający nie dokona odbioru dostawy i będzie uprawniony do naliczenia kary umownej za zwłokę (§ 11 ust. 1 pkt 1 Umowy) lub w przypadku zwłoki w dostawie przekraczającej 5 dni roboczych zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy oraz naliczenia kary umownej (§ 13 ust. 2 pkt 1 i § 11 ust. 1 pkt 4 Umowy). Powyższe dowodzi zatem, że zgodnie z treścią dokumentów zamówienia status partnerstwa jest wymagany na dzień zawarcia Umowy, a potwierdzenie jego posiadania wykonawca powinien przedstawić
z chwilą odbioru ilościowego urządzeń. Odwołujący uznał natomiast, że status partnerstwa wykonawca powinien posiadać z chwilą złożenia oferty. Odwołujący argumentował swoje stanowisko przede wszystkim w oparciu o oświadczenie wynikające z Formularza oferty. Oświadczenie wynikające z pkt 6 Formularza oferty należy wiązać z obowiązkami wykonawcy wynikającymi z Umowy i opisu przedmiotu zamówienia.
Izba stwierdziła, że odwołujący niezasadnie skoncentrował się treści oświadczenia zawartego w pkt 6 Formularza ofertowego. Oświadczenie to zawierało co prawda zwrot POSIADAMY, które mogło sugerować obowiązek dysponowania określonym statusem partnerstwa już na moment składania oferty, jednakże w ocenie składu orzekającego odwołujący wyciągnął zbyt daleko idące wnioski z treści tego oświadczenia. Warto przy tym przypomnieć, że § 4 ust. 1 pkt 9 Umowy, czyli rozdziału III SWZ określał wymóg oświadczenia przez wykonawcę w zakresie statusu partnerstwa. Przyjęcie, że pkt 6 Formularza ofertowego, który również miał charakter oświadczenia, należało interpretować jako obowiązek posiadania określonego statusu partnerstwa przez wykonawcę na moment składania oferty, skutkowałoby uznaniem, że wykonawca dwukrotnie miałby złożyć oświadczenie w tej materii tj. na moment składania ofert oraz na moment podpisania umowy. Działanie takie z punktu widzenia dokumentacji postępowania oraz logiki popartej doświadczeniem życiowym Izba potraktowała jako niecelowe. W tym kontekście obowiązek wymagania określonego statusu partnerstwa przez wykonawcę w momencie składania oferty nie wytrzymywał krytyki. W związku z tym zasadna interpretacja powyżej

wskazanych postanowień SWZ musiała polegać na uznaniu, że wykonawcy powinni złożyć oświadczenie w zakresie statusu partnera producenta urządzeń na moment podpisania umowy.
Poza tym w wyniku pisma odwołującego z dnia 26 września 2023 r. zamawiający powziął czynności zmierzające do ustalenia statusu partnerstwa przystępującego. Przystępujący ponownie oświadczył, że spełnia wymagania w tym zakresie. Zamawiający bazował tym samym na oświadczeniu wykonawcy o spełnieniu tego wymagania. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania argumentacji zamawiającego wskazującej, że już na etapie kształtowania treści SWZ uznał on, że kwestia poziomu partnerstwa wykonawcy, mając na uwadze sposób realizacji usługi i jej zgodność z wymogami, będzie egzekwowana w toku realizacji Umowy. Zamawiający przewidział i zastrzegł ku temu szereg możliwości
w Umowie, co zostało również podniesione w piśmie z dnia 9 listopada 2023 r. kierowanym do przystępującego. W związku z tym nie można było zgodzić się z twierdzeniami odwołującego jakoby uznanie oferty za zgodną z warunkami zamówienia ze względu na to, że przystępujący zapewnił, iż na dzień świadczenia usług będzie posiadał odpowiedni status partnera producenta urządzeń stanowiło zmianę wymagań zamawiającego. Chociażby
z tego względu, że posiadanie przez wykonawcę określonego statusu partnera producenta było wskazane jako jeden z podstawowych warunków świadczenia gwarancyjnego
i wsparcia technicznego (pkt VIII.3. OPZ), nie było natomiast warunkiem udziału
w postępowaniu oraz nie zostało opisane w pkt VI i VII OPZ przedstawiającychWymagania ogólne oraz *Szczegółowy opis zamówienia*.
Na marginesie Izba stwierdziła, że nawet jeżeli uznać, że treść oświadczenia z pkt 6 Formularza oferty mogła być różnie interpretowana, to ewentualne nieścisłości
w dokumentach zamówienia, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, należało interpretować na korzyść wykonawców, czyli w tym przypadku na korzyść przystępującego. Oznacza to zatem, że zachodzące w dokumentacji postępowania nieścisłości polegające na przyjęciu innego momentu posiadania przez wykonawcę wymaganego przez zamawiającego statusu partnerstwa (tj. zgodnie ze stanowiskiem odwołującego, wymagany status partnerstwa wykonawca winien posiadać na moment składania oferty, podczas gdy z SWZ wynikało, że status ten należy spełnić najpóźniej na moment zawarcia Umowy), powinna być interpretowana na korzyść przystępującego. Zamawiający nie mógłby zatem wyciągnąć negatywnych konsekwencji z tego powodu wobec przystępującego w postaci odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Tym samym, nawet gdyby przyjąć prezentowaną przez odwołującego interpretację, jakoby wymagany przez zamawiającego status partnerstwa wykonawca winien posiadać na moment składania oferty, to jego brak na etapie składania oferty nie mógł być podstawą do wyciągania negatywnych konsekwencji wobec przystępującego, bowiem z uwagi na inne postanowienia dokumentów zamówienia, status ten jest wymagany na dzień zawarcia Umowy.
Ponadto zamawiający zarówno w treści OPZ, jaki i Umowy, nie sprecyzował rynku geograficznego czy też charakteru obowiązywania w zakresie poziomów partnerstwa, tj. czy miał to być rynek krajowy, czy globalny. Tym samym zamawiający słusznie stwierdził, że twierdzenia odwołującego jakoby w sytuacji nieokreślenia właściwego rynku należy przyjąć, że jest to rynek globalny m.in. z tego względu, że postępowanie prowadzone było powyżej progów unijnych, należało uznać za zbyt daleko idące. Jak już zostało wskazane, w związku z brakiem doprecyzowania rynku właściwego w zakresie poziomów partnerstwa, zamawiający rozstrzygnął wątpliwości na korzyść wykonawców, przy tym bez znaczenia pozostała kwestia, że postępowanie prowadzone było powyżej progów unijnych. Dlatego też zamawiający słusznie przyjął również rynek geograficzny właściwy dla obszaru kraju jako zgodny z postanowieniami SWZ, zatem wymagania zamawiającego zawarte w OPZ spełniać będzie zarówno poziom Platinum, jak i Gold. Poza tym w ocenie składu orzekającego treść dowodu złożonego przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym wskazywała, że
u producenta funkcjonują niejako dwa systemy partnerstwa tj. system globalny (posiadający 5 poziomów, przy czym poziom Gold jest trzeci w kolejności w tym systemie) oraz poziomy lokalne, zorientowane na rynki krajowe. W związku z tym w Polsce producent, przez swój kanał partnerski współpracuje i realizuje projekty na czterech poziomach partnerstwa, przy czym poziom Gold jest drugi w kolejności. Jak wskazano powyżej zamawiający opisując wymagania co do statusu partnerstwa nie sprecyzował rynku geograficznego czy też charakteru obowiązywania w tym zakresie, zatem nie było podstaw do uznania, że poziom Gold jest niezgodny z warunkami zamówienia
Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

W konsekwencji oddalenia powyżej wskazanego zarzutu nie sposób było zgodzić się z twierdzeniem odwołującego jakoby przystępujący podlegał wykluczeniu ze względu na to, że przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Zarzut odwołującego opierał się na założeniu, zgodnie z którym odpowiedni poziom partnerstwa wykonawca powinien posiadać na dzień złożenia oferty. W uzasadnieniu przedstawionym przy okazji zarzutu określonego w pkt 1 *petitum* odwołania, Izba uznała argumentację odwołującego za błędną. Tym samym wymóg dotyczący poziomu partnerstwa wykonawca powinien spełnić na dzień zawarcia umowy. Powyższe skutkowało

oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:…….