Sygn. akt: KIO 1788/23

WYROK
z dnia 11 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach**w postępowaniu prowadzonym przez **Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie** przy udziale wykonawcy **Hewlett-Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4A, 4B, 4D w części dotyczącej dokumentów wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Belgium BV/SRL i Hewlett-Packard s.r.o. Czechy oraz zarzutu nr 5 i 6 odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 4E w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Hewlett-Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby, tj. Hewlett-Packard GmbH Niemcy oraz Hewlett Packard Enterprise Belgium BV/SRL dotyczących przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dn. 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części ¼ oraz Odwołującego w części 3/4 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 050 zł 00 gr (słownie: tysiąc pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1788/23

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

Zamawiający – Akademickie Centrum Komputerowe CYFRONET Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie[dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę superkomputera Helios wraz z niezbędnym wyposażeniem dodatkowym dla ACK Cyfronet AGH*(znak postępowania: ACK-DA-ZP-5000-2/23).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2022 r. pod numerem nr 2023/S 045-133270.

W dniu 23 czerwca 2023 r. wykonawca WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z Postępowania na podstawie rzekomej niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, co stanowi naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp;
2. zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia zdefiniowanych przez Zamawiającego parametrów, co stanowi naruszenie przepisu art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1)-3) ustawy Pzp;
3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z

o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (dalej jako „HP Polska"), zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy HP Polska, pomimo faktu, że oferta Wykonawcy HP Polska powinna zostać odrzucona, ze względu na to, iż została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wobec czego zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy HP Polska stanowi naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp;

4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę HP Polska, zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy HP Polska, pomimo faktu, że oferta Wykonawcy HP powinna zostać odrzucona, ze względu na to, iż została złożona przez wykonawcę, który nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia z Postępowania;

5. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę HP Polska, zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy HP Polska, pomimo faktu, że oferta Wykonawcy HP Polska powinna zostać odrzucona, ze względu na to, że treść tej oferty jest niezgodna

z warunkami zamówienia a dodatkowo została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wobec czego zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy HP Polska jest naruszeniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) i pkt 7) ustawy Pzp;

6. zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów stanowiących załączniki do protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi naruszenie przepisu art. 74 ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę HP Polska;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania;
3. wezwania Odwołującego do złożenia przedmiotowego środka dowodowego;
4. odrzucenia oferty Wykonawcy HP Polska;
5. udostępnienia Odwołującemu kompletu załączników do protokołu Postępowania;
6. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutów nr 1 i 2 Odwołujący wskazał, iż zgodnie z informacją

o odrzuceniu oferty, otrzymaną przez Odwołującego w dniu 13.06.2023 r. oferta Odwołującego została odrzucona z Postępowania jako oferta, której treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia. Decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający podjął bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej i bez wyczerpania ustawowej procedury przewidującej uzupełnienie dokumentów przedmiotowych.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający przewidział

w dokumentach zamówienia procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych. W ocenie Odwołującego sytuację, z którą mamy do czynienia

w przedmiotowym Postępowaniu należy zakwalifikować jako przypadek złożenia przez Odwołującego niekompletnego przedmiotowego środka dowodowego, który nie potwierdził spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wyspecyfikowanych przez Zamawiającego parametrów. Odwołujący podniósł, że celem złożenia przedmiotowego środka dowodowego jest zawsze potwierdzenie spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań zdefiniowanych przez Zamawiającego. Jeżeli złożone dokumenty przedmiotowe nie potwierdzają spełniania wymagań to należy stwierdzić, że są one niekompletne, ponieważ nie realizują celu w jakim są składane. W takim postępowaniu, w którym przez zamawiającego przewidziana została procedura uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, w ocenie Odwołującego zamawiający zobowiązany jest zawsze z niej skorzystać przed zastosowaniem surowej i definitywnej sankcji w postaci odrzucenia oferty. W związku z powyższym, Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien był wezwać Odwołującego do złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który potwierdzałby spełnianie zadanego parametru.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie należy podnieść również kwestię nieproporcjonalności działań Zamawiającego. Złożenie oferty w przedmiotowym Postępowaniu wymagało zgromadzenia wielu dokumentów. Przygotowanie poprawnej formalnie i technicznie oferty nie było zadaniem prostym. Oferta Odwołującego jest we wszystkich aspektach prawidłowa, natomiast jedyną kwestią, w której pojawił się problem jest kwestia katalogowej wydajności dla operacji zapisu. Odwołujący wskazuje, że kwestia ta jest w istocie pomijalna w skali całego projektu, a ponadto dotyczy wartości „katalogowej", czyli deklarowanej przez producenta. W ocenie Odwołującego niezastosowanie przez Zamawiającego procedury sanacyjnej w niniejszej sprawie jest przejawem nieproporcjonalności działań Zamawiającego. Zamawiający miał instrumenty do tego, aby konwalidować ofertę Odwołującego i mówiąc wprost dać szansę na udowodnienie, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego zaniechanie Zamawiającego wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego

godzi również w zasadę uczciwej konkurencji
i równego traktowania wykonawców, ponieważ z informacji pozyskanych przez Odwołującego z protokołu Postępowania wynika, że Wykonawca HP Polska był wzywany do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. W ocenie Odwołującego w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego bez zastosowania procedury konwalidującej naruszył wskazane przez Odwołującego w części wstępnej odwołania przepisy ustawy Pzp.
Odwołujący wyjaśnia, że do oferty dołączona została nieaktualna karta katalogowa oferowanego dysku, z której nie wynikało potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że obecnie dokładnie ta sama karta katalogowa, która została złożona do oferty, pobrana dokładnie z tego samego miejsca w sieci Internet (oficjalna strona producenta) jest zaktualizowana przez producenta i potwierdza spełnianie wymogu Zamawiającego, który stał się podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego. Gdyby na etapie badania oferty Odwołującego, Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia poprawnego przedmiotowego środka dowodowego, w odpowiedzi na wezwanie złożyłby poprawny przedmiotowy środek dowodowy. Kluczowe w tej sprawie jest to, że jest to karta tego samego urządzenia, karta standardowa, opublikowana oficjalnie przez producenta, karta powszechnie dostępna.
Odwołujący podkreślał, że na potrzeby postępowania odwoławczego, w celu potwierdzenia spełnienia wymagań Odwołujący nie musi uciekać się do dedykowanych
i „uszytych na miarę" oświadczeń dystrybutorów, ale jako dowód na spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich wymogów zamawiającego powołuje oficjalną kartę katalogową dostępną na oficjalnej stronie internetowej producenta: .
Odwołujący powołał się na adekwatny fragment karty katalogowej o treści: „Sequential write rate" Tłumaczenie: Szybkość zapisu sekwencyjnego. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wartość powinna wynosić min 4000 Mb/s (w przeliczeniu 4 GB/s). Przedstawiona karta katalogowa potwierdza zatem spełnienie wymaganego parametru. Jednocześnie powołał się na wyrok KIO 621/23.
W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał na treść warunku udziału
w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego oraz doświadczenia wykonawcy. Uzasadniał, że stan faktyczny sprawy w świetle brzmienia przepisu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp powoduje, że Wykonawca HP Polska nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, ze względu na nierealne, fikcyjne udostępnienie zasobów przez wszystkie w/w podmioty, tj. HP Czechy, HP Niemcy, HP Belgia.
W odniesieniu do stanu faktycznego analizowanej sprawy, aby przyjąć, że:
1. zobowiązanie do udostępnienia zasobów HP Czechy dla HP Polska jest realne, osoby udostępnione przez HP Czechy muszą w sposób faktyczny zrealizować zamówienie
w zakresie usługowym. Odwołujący wskazał również na §10 ust. 3 wzoru umowy obowiązującego w Postępowaniu;
2. aby przyjąć, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów HP Niemcy dla HP Polska jest realne, podmiot ten musiałby wykonać zamówienie w takim samym zakresie
w jakim ma je wykonywać HP Czechy;
3. aby przyjąć, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów HP Belgia dla HP Polska jest realne, podmiot ten musiałby wykonać zamówienie w takim samym zakresie
w jakim miałyby je wykonywać HP Czechy i HP Niemcy.
Wskazał, że analizując sposób w jaki Wykonawca HP Polska wykazywał
w Postępowaniu spełnienie warunków udziału w Postępowaniu należy dojść do wniosku, że Wykonawca HP Polska nie ma możliwości, aby realnie wykorzystać zasoby udostępnione przez podmiot udostępniający zasoby osobowe i jednocześnie przez podmioty udostępniające zasoby doświadczenia referencyjnego. Skoro cały personel, który ma wykonywać zamówienie jest udostępniony przez HP Czechy, to nie jest możliwe, aby HP Niemcy lub HP Belgia wykonywały zamówienie w takim zakresie, aby udostępnienie zasobów przez te podmioty mogło być uznane za realne. Jeżeli jednak te podmioty (lub jeden z nich?) realizowałyby zamówienie w takim zakresie, aby odpowiadał on doświadczeniu referencyjnemu, to fikcyjne automatycznie stawałoby się udostępnienie personelu przez HP Czechy, ponieważ wykazany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu personel nie realizowałby zamówienia.
Odwołujący podniósł, że gdyby zamówienie miało być realizowane przez HP Niemcy
i HP Belgia w takim zakresie, aby udostępnienie zasobów doświadczenia referencyjnego było realne, to jednocześnie oznaczałoby to, że zamówienia nie zrealizuje personel udostępniony przez HP Czechy. Oznaczałoby to, że udostępnienie zasobów przez HP Czechy jest fikcyjne, ponieważ wskazane przez HP Czechy osoby nie będą realizowały zamówienia lub też nie będą zaangażowane w realizację zamówienia w taki sposób jaki wymagałyby tego funkcje na jakie zostały te osoby wskazane. Gdyby zaś zamówienie było realizowane przez personel udostępniony przez HP Czechy, to automatycznie udostępniania zasobów przez HP Belgia i HP Niemcy stawałyby się fikcyjne, ponieważ ani

HP Belgia ani HP Niemcy nie będą realizowały zamówienia lub nie będą go realizowały w taki sposób ani w takim zakresie jaki jest konieczny, aby transfer wiedzy i doświadczenia tych podmiotów był realny i skuteczny.
Odwołujący wskazał, iż należy odnotować kwestię poboczną – polegającą na tym, że wymagane zamówienie referencyjne było jedno, natomiast podmioty udostępniające ten zasób są aż dwa. Powstaje zatem pytanie – który z tych dwóch podmiotów wykona zamówienie w takim zakresie jaki wynika z charakteru udostępnianych zasobów? Pytanie jest z kategorii pytań retorycznych, ponieważ biorąc pod uwagę fakt, że cały personel mający realizować zamówienie jest udostępniony przez HP Czechy, to w istocie żaden z podmiotów udostępniających doświadczenia referencyjne zamówienia wykonywać nie będzie
(a przynajmniej nie powinien, jeśli udostępnienie personelu HP Czechy miałoby być uznane za realne). Jeżeli jednak ani HP Belgia, ani HP Niemcy nie będą wykonywać zamówienia
w zakresie usługowym, przypisanym do personelu HP Czechy, to oba zobowiązania
(HP Belgia i HP Niemcy) są fikcyjne. Wyżej opisane kwestie można podsumować następująco: 1) Jeżeli zamówienie realizować będzie personel udostępniony przez HP Czechy to nierealne jest udostępnienie zasobów przez HP Belgia i HP Niemcy, a co za tym idzie Wykonawca HP Polska nie spełnia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia referencyjnego; 2) Jeżeli zamówienie będzie realizowane przez HP Niemcy lub HP Belgia w takim zakresie w jakim wynika to z konieczności wykonania zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby doświadczenia referencyjnego, to nierealne jest udostępnienie zasobów przez HP Czechy, a co za tym idzie Wykonawca HP Polska nie spełnia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do osób zdolnych do wykonania zamówienia.
Odwołujący podkreślał, że istotą przedmiotowego zamówienia jest zbudowanie dla Zamawiającego superwydajnego klastra obliczeniowego. Kluczowy dla wykonania zamówienia jest zakres usługowy, tj. prace instalacyjne, konfiguracyjne, podłączeniowe, wdrożeniowe, prace związane z testami wydajności, tuning parametrów wydajnościowych. Wykonawca wykonując te właśnie prace będzie realizować właściwy przedmiot zamówienia, tj. budowę superkomputera. Bez należytego wykonania tych prac Zamawiający stanie się właścicielem nowoczesnego i drogiego, lecz bezużytecznego sprzętu. W związku z w/w zagadnieniami i wymaganiami zawartymi w OPZ całkowicie zrozumiały był wymóg referencyjny Zamawiającego, który od wykonawców wymagał wykazania się zrealizowanym wdrożeniem superkomputera (dostawa, instalacja, konfiguracja, testy) o ściśle określonych właściwościach. Prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia bezwzględnie wymaga posiadania doświadczenia zdobytego przy instalacji, konfiguracji, wdrażaniu, testowaniu superkomputerów. Wykonawca HP Polska w tym newralgicznym zakresie korzysta
z udostępnionego potencjału dwóch różnych podmiotów trzecich. Dodatkowo trzeci, inny jeszcze podmiot udostępnia cały personel dedykowany do realizacji zamówienia. Podmiot udostępniający zasoby w zakresie kwalifikacji zawodowych bezwzględnie powinien zrealizować ten zakres zamówienia, który polegał będzie na wdrożeniu, instalacji, konfiguracji, testach, szkoleniu pracowników Zamawiającego, czyli zakres usługowy, polegający na budowie dostarczanego superkomputera. W przeciwnym wypadku korzystanie z udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia będzie wyłącznie fikcyjne.
Wskazał, iż nie ulega wątpliwości, że prace polegające na instalacji, konfiguracji, wdrażaniu, testowaniu, szkoleniu, należą do kategorii usług. W związku z tym, zgodnie
z przepisem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby tylko wtedy, gdy podmioty udostępniające zasoby wykonają przedmiotowe usługi do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający ma obowiązek zweryfikować, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i daje rękojmię należytej realizacji przedmiotu zamówienia, pomimo iż sam nie dysponuje wymaganym potencjałem. W przypadku takim z jakim mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, tj. kiedy dochodzi do udostępnienia wszystkich zasobów merytorycznych, tj. wiedzy i doświadczenia oraz całego personelu „z zewnątrz", Zamawiający powinien zachować szczególną ostrożność i dokonać oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu szczególnie wnikliwie oraz w kontekście zaplanowanego udziału podmiotów udostępniających zasoby w realizacji przedmiotu zamówienia.
Z uzasadnienia zarzutu przygotowanego przez Odwołującego wyraźnie wynika, że obiektywnie nie jest możliwy taki udział podmiotów udostępniających zasoby na rzecz HP Polska w realizacji zamówienia, aby wszystkie udostępnienia miały charakter rzeczywisty
i pozwalały na pozytywną weryfikację podmiotową Wykonawcy HP Polska. Jeżeli zamówienie w zakresie kluczowym, usługowym (tj. wdrożenie, instalacja, konfiguracja, testy, szkolenia) będzie realizowane przez personel udostępniony przez HP Czechy, to jednocześnie udostępnienia zasobów przez HP Niemcy i HP Belgia będą fikcyjne. I odwrotnie – jeżeli zamówienie w zakresie kluczowym, usługowym (tj. wdrożenie, instalacja, konfiguracja, testy, szkolenia) będzie realizowane przez podmiot/podmioty udostępniające zasoby doświadczenia referencyjnego będzie wykonywane przez personel tych podmiotów, to jednocześnie udostępnienie zasobów przez HP Czechy będzie fikcyjne. W takim przypadku powstawałoby również zagadnienie, czy skierowany do realizacji personel HP Niemcy i/lub HP Belgia spełnia warunki stawiane personelowi wyspecyfikowane przez Zamawiającego (nie zostało to wykazane, ponieważ w wykazie osób

złożonym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyszczególniony jest personel udostępniony przez HP Czechy).
Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie nie ma znaczenia fakt, że Postępowanie zostało wszczęte jako postępowanie na dostawy. W sprawie odwoławczej zarejestrowanej pod sygnaturą KIO 1086/23, w której odwołującym był Odwołujący, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 maja 2023r. potwierdziła pogląd Odwołującego, że dla stosowania przepisu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp nie ma znaczenia to, jak formalnie dane zamówienia zostanie zakwalifikowane (dostawa/usługa/robota budowlana). Do zrealizowania przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, konieczne jest wykonanie przez podmioty udostepniające zasoby wysoko specjalistycznych usług, zatem pomimo faktu, że zamówienie jest dostawą (według kwalifikacji dostawy/usługi/roboty budowlane), przepis art. 118 ust. 2 ustawy Pzp znajduje zastosowanie. Wobec całokształtu okoliczności, należy dojść do wniosku, że Zamawiający błędnie zweryfikował sytuację podmiotową Wykonawcy HP Polska, tzn. błędnie uznał, że Wykonawca HP Polska należycie wykazał spełnienie warunków podmiotowych przedstawiając zobowiązania do udostępnienia zasobów od HP Czechy, HP Belgia i HP Niemcy.
Odnośnie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał nieprawidłowości stwierdzone
w dokumentach podmiotowych złożonych przez Wykonawcę HP Polska, które powodują, iż Wykonawca ten nie powinien zostać pozytywnie podmiotowo zweryfikowany przez Zamawiającego.
(…)
C. Brak prawidłowego dokumentu potwierdzającego niekaralność Pana C. E. T. z HP Belgia
Odwołujący wskazał, iż zgodnie z adnotacją zawartą na dokumencie z Federale Overheidsdienst Justitie /tłumaczenie: Federalnego Urzędu Sprawiedliwości/ dla Pana C. E. T.: „Dit uittreksel bevat geen informatie betreffende door personen met een vreemde nationaliteit opgelopen veroordelingen buiten België. Deze informatie wordt enkel geregistreerd door het land waarvan de betrokken persoon de nationaliteit heeft. tłumaczenie: *„Niniejszy wyciąg nie zawiera informacji dotyczących wyroków skazujących wydanych wobec osób posiadających obce obywatelstwo poza Belgią. Informacja ta jest rejestrowana jedynie przez kraj, którego obywatelstwo podsiada dana osoba."* Pan C. E. T. to obywatel Holandii (co wynika z samej treści dokumentu), a zatem złożony przez Wykonawcę HP Polska dokument z belgijskiego rejestru w żaden sposób i w żadnym zakresie nie może stanowić potwierdzenia niekaralności Pana C. E. T. Dlatego też, Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie zweryfikować podmiotową sytuację Wykonawcy HP Polska i dokonać wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.
D. Niekompletne dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia na podstawie przepisów art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp dla HP Czechy, HP Belgia i HP Niemcy
Odwołujący wskazał, iż przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnoszące się do karalności za przestępstwa/wykroczenia zostały określone w przepisach art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp. Przywołał § 4 ust. 1 pkt 1 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) [dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów"].
Odwołujący podniósł, że dokumenty złożone przez Wykonawcę HP Polska:
1. Dla HP Czechy – wypisy z ewidencji rejestru kar osób fizycznych, 2. Dla HP Belgia – wyciągi z rejestru karnego Federalnego Urzędu Sprawiedliwości, 3. Dla HP Niemcy – zaświadczenia o niekaralności Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości, nie odnoszą się do wszystkich przesłanek wykluczenia określonych w przepisach art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp. W związku z powyższym Wykonawca HP Polska powinna obok złożonych już dokumentów złożyć również dokumenty z innych dostępnych w tych krajach rejestrów jak również złożyć komplementarnie oświadczenie złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, o właściwej treści, tj. o braku zaistnienia przesłanek wykluczenia określonych w przepisach ustawy Pzp. Brak w/w dokumentów powoduje, że Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie zweryfikować podmiotą sytuację podmiotów zagranicznych udostępniających zasoby.
W odniesieniu do dokumentów złożonych dla osób fizycznych z HP Niemcy Odwołujący podniósł, że dokument złożony przez Wykonawcę HP Polska odnoszący się do podmiotu zbiorowego „Auskunft aus dem Gewerbezentralregister" pozyskuje się również dla osób fizycznych. W związku z powyższym Wykonawca HP Polska powinien złożyć dla wszystkich osób ujawnionych w rejestrze handlowym HP Niemcy obok złożonego już Führungszeugnis również Auskunft aus dem Gewerbezentralregister. Odwołujący podnosił również, że w niemieckim Führungszeugnis pojawiają się tylko te przestępstwa według niemieckiego kodeksu karnego, za które dana osoba została skazana i otrzymała karę pieniężną opiewającą na ponad 90 dniówek lub karę ponad trzech miesięcy pozbawienia wolności jak i kary do dwóch lat pozbawienia wolności, jeżeli zostały zawieszone. Jeżeli dana osoba został skazana za dwa (lub też więcej) przestępstwa, to zawsze oba (lub wszystkie) pojawiają się w Führungszeugnis, niezależnie od opisanych powyżej wyjątków. Zgodnie z powyższym jest więc możliwe, że dana osoba dopuściła się jednego przestępstwa wymienionego w

art. 108 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, ale została skazana na karę łagodniejszą niż opisana powyżej i dlatego nie ujawnia się informacji o skazaniu w Führungszeugnis.

W związku z powyższym sam dokument Führungszeugnis nie stanowi adekwatnego dokumentu w celu należytego wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie karalności za przestępstwa wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. W związku

z powyższym Wykonawca HP Polska powinien obok złożonych dokumentów złożyć również adekwatne oświadczenia pochodzące od wszystkich osób ujawnionych w rejestrze handlowym złożone przed notariuszem/właściwym organem dotyczące braku podstaw do wykluczenia. Dlatego też, Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie zweryfikować podmiotową sytuację Wykonawcy HP Polska i dokonać wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

<u>E. Błędna forma oświadczeń od HP Belgia i HP Niemcy</u>

Niżej wymienione dokumenty złożone przez Wykonawcę HP Polska dla podmiotów HP Belgia i HP Niemcy:

1. Oświadczenie o braku przesłanek do wykluczenia z art. 5k Rozporządzenia 833/2014 oraz z art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach

w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego na wzorze załącznika nr 9 do SWZ,

2. Oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ na wzorze załącznika nr 8 do SWZ,

3. Oświadczenie o aktualności oświadczenia z pkt 1 powyżej,

zostały w ocenie Odwołującego złożone w nieprawidłowej formie, tj. w formie uwierzytelnienia notarialnego dokumentu oryginalnie stworzonego w formie pisemnej. Odwołujący przywołał brzmienie §7 ust. 2 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dalej „rozporządzenie w sprawie form komunikacji") i wskazał że w/w przepisy nie wymieniają wśród dokumentów, które można odwzorować w postaci elektronicznej wymienionych przez Odwołującego oświadczeń z pkt 1)-3). Oznacza to, że dokumenty te powinny zostać dostarczone Zamawiającemu w formie elektronicznej, tj. opatrzone elektronicznym podpisem kwalifikowanym przez podmiot uprawniony do złożenia oświadczeń. Z uwagi na błędną formę dokumentów złożonych przez HP Polska należy stwierdzić, że Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie zweryfikować podmiotowo Wykonawcę HP Polska i dokonać wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 lipca 2023 r. oświadczył, że uwzględnia częściowo zarzut nr 4 (w zakresie lit. A), wniósł o odrzucenie odwołania

w zakresie zarzutu nr 6 oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W toku posiedzenia niejawnego Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie

w zakresie zarzutu nr 4B, 4D w zakresie dotyczącym dokumentów wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Belgium BV/SRL i Hewlett-Packard s.r.o. Czechy oraz zarzutu nr 5 i 6 odwołania.

Jednocześnie w toku posiedzenia Uczestnik postępowania oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 4A odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wykonawca Hewlett-Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do wykonawcy HP Polska oraz zawiadomienie

o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty z dnia 13 czerwca 2023 r. i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron

i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 lipca 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. aktualną kartę katalogową dysku;
2. oświadczenie Lenovo Global Technology Polska z dnia 30 czerwca 2023 r.;
3. wydruk ze strony internetowej solidigm;
4. wyciąg z przepisów prawa niemieckiego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i konfiguracja superkomputera dla ACK Cyfronet AGH.
Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 1A do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia", załącznik nr 1B do SWZ „Schemat logiczny superkomputera", załącznik nr 1C do SWZ „Plan Serwerowni", Załącznik nr 1 D - Procedura wyznaczania wskaźników wydajności, Załącznik nr 1 E – Procedura testów akceptacyjnych.
Zgodnie z punktem 4.3.3.9.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ: Katalogowa (tj. według danych producenta) przepustowość pojedynczego dysku dla operacji sekwencyjnych musi wynosić co najmniej:
4.3.3.9.4.1. dla operacji zapisu - 4000 MB/s.
W rozdziale VI SWZ pkt 3.1.1. oraz 3.1.2. Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej.
Zgodnie z rozdziałem V SWZ Przedmiotowe środki dowodowe:
1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w SWZ.
2. Przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w pkt 4.4 muszą potwierdzać co najmniej wszystkie parametry i wymagania oferowanej infrastruktury wskazane w pkt 5 poniżej.
3. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia jednego bądź kilku przedmiotowych środków dowodowych, na wypadek, gdyby nie wszystkie parametry/wymagania zawarte były
w jednym dokumencie.
4. Wykaz przedmiotowych środków dowodowych:
4.1. Oświadczenie Wykonawcy potwierdzające, że oferowany sprzęt pochodzi z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producenta,
4.2. Oświadczenie Wykonawcy potwierdzające, że serwis gwarancyjny będzie realizowany przez autoryzowanego partnera serwisowego producenta lub bezpośrednio przez producenta.
4.3. Kalkulacja szacowanego poboru mocy dla szaf DLC oraz szaf AIR
4.4. Karty katalogowe produktu lub karty techniczne, karty charakterystyki, specyfikacje techniczne, foldery informacyjne, prospekty, oświadczenia producenta lub autoryzowanego przedstawiciela/dystrybutora producenta lub oświadczenia Wykonawcy posiadającego pisemną autoryzację producenta - dla następujących elementów zamówienia:
4.4.1. serwerów,
4.4.2. procesorów,
4.4.3. akceleratorów,
4.4.4. dysków NVMe,
4.4.5. obudów i macierzy dyskowych,
4.4.6. przełączników sieciowych,
4.4.7. szaf DLC,
4.4.8. szaf AIR,
4.4.9. modułów CDU,
4.4.10. oprogramowania,
4.5. Pliki wynikowe testów wydajności PERF, przeprowadzonych zgodnie z procedurą opisaną w załączniku nr 1D OPZ, dla serwerów CPU-A, CPU-B, GPU oraz dla systemów plików wraz z opisanymi w procedurze plikami wynikowymi pomocniczymi).
5. Wskazane w pkt 4.4. dokumenty przedmiotowe zawierać muszą w szczególności informacje o:
a. nazwie producenta, modelu i typu urządzenia, dopuszczalnym zakresie temperatur pracy urządzeń i/lub cieczy chłodniczej,
b. wymiarach fizycznych szaf rack i wolnostojących modułów CDU (wysokość, szerokość, głębokość, maksymalne obciążenie, maksymalna masa całkowita);
c. dla serwerów: wspierane typy procesorów, pamięci, interfejsów rozszerzeń, adapterów sieciowych, dysków, funkcjonalność modułu zarządzania;
d. dla przełączników sieciowych: liczba i standard portów, wspierane protokoły i funkcje sieciowe;
e. dla obudów i macierzy dyskowych: liczba wspieranych dysków, rozmiar dysków, interfejsy przyłączeniowe, wspierane poziomy RAID;
f. dla procesorów: liczba rdzeni, częstotliwość, rozmiar cache, liczba i standard kanałów pamięci;

g. dla akceleratorów: teoretyczna moc obliczeniowa, pojemność i rodzaj pamięci, interfejsy komunikacyjne;
h. funkcjonalności oprogramowania systemowego.
6. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia dokumentów przedmiotowych, o których mowa w pkt 4.4. i 4.5 w języku angielskim.
7. W przypadku niezłożenia lub złożenia niekompletnych przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę,
w terminie przez siebie wskazanym, do ich złożenia lub uzupełnienia. z zastrzeżeniem, że przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w pkt 4.5. (pliki wynikowe) w razie konieczności uzupełnienia/złożenia nie mogą wskazywać innej wydajności niż zaoferowana (wskazana w formularzu).
Uwaga! Jako przedmiotowy środek dowodowy nie może zostać złożony opis przedmiotu zamówienia Zamawiającego podpisany przez Wykonawcę.
8. Zamawiający dopuszcza możliwość uznania za przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w pkt 4.4 również korespondencji przesłanej bezpośrednio do Wykonawcy,
z zastrzeżeniem, że z treści korespondencji musi jasno wynikać, że korespondencja prowadzona jest pomiędzy Wykonawcą a producentem/ autoryzowanym przedstawicielem/dystrybutorem producenta urządzenia.
Zgodnie z rozdziałem VII SWZ Wykaz oświadczeń i dokumentów oraz środki dowodowe wymagane w postepowaniu:
1. Wykaz oświadczeń i dokumentów, które Wykonawca musi dołączyć do oferty:
1.6. Oświadczenie Wykonawcy dot. przesłanek wykluczenia o których mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014, oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dn. 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego – załącznik nr 6 do SWZ.
1.7. Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby dot. przesłanek wykluczenia,
o których mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014, oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dn. 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego – załącznik nr 7 do SWZ.
3. Oświadczenia i podmiotowe środki dowodowe składane na wezwanie Zamawiającego
W celu potwierdzenia spełnienia warunków i braku podstaw wykluczenia Wykonawcy
z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, oświadczeń
i aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:
3.6. oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa
w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 ustawy Pzp, – załącznik nr 8 do SWZ;
3.7. oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu dot. przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 5k rozporządzenia (UE) 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego – załączniki nr 9 do SWZ.
W dniu 20 kwietnia 2023 r. upłynął termin składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący, Przystępujący oraz Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.
Odwołujący wraz z ofertą złożył przedmiotowy środek dowodowy dotyczący oferowanego dysku.
Przystępujący wraz z ofertą złożył zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby:
1. odnośnie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej osób – zobowiązanie HEWLETT – PACKARD s.r.o. [dalej: HP Czechy];
2. odnośnie do zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia – zobowiązanie Hewlett – Packard GmbH [dalej: HP Niemcy] i Hewlett Packard Enterprise Belgium BV/SRL [dalej: HP Belgia].
Ponadto do oferty załączył oświadczenia ww. podmiotów udostępniających zasoby dot. przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014, oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dn. 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego wg załącznika nr 7 do SWZ.
W dniu 18 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz podmiotowych środków dowodowych w tym m.in.:
1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:
2.1.1. art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;
2.1.2. art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się

o zamówienie publiczne tytułem środka karnego;
- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;
(…)
4. oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa
w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 ustawy Pzp, – załącznik nr 8 do SWZ;
5. oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu dot. przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 5k rozporządzenia (UE) 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego – załączniki nr 9 do SWZ.
Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w przypadku podmiotów, na których zasobach Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe, na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia,
w odniesieniu do każdego z tych podmiotów.
Przystępujący odpowiedział na ww. wezwanie Zamawiającego składając stosowne dokumenty.
W dniu 13 czerwca 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Hewlett-Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawieart. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności Zamawiający wskazał, iż oferowane przez Wykonawcę dostawy nie spełniają zawartych w SWZ wymagań w zakresie parametrów technicznych, tym samym należy uznać, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Szczegółowe uzasadnienie faktyczne ze względu na fakt, iż dotyczyło danych technicznych objętych przez Wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa zostało przekazane wyłącznie Wykonawcy WASKO S.A. w odrębnym załączniku.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 4B, 4D w części dotyczącej dokumentów wykonawcy Hewlett Packard Enterprise Belgium BV/SRL i Hewlett-Packard s.r.o. Czechy oraz zarzutu 5 i 6 odwołania. Mając na uwadze złożone przez Wykonawcę oświadczenie Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w ww. zakresie podlega umorzeniu.

Jednocześnie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4A wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego oraz braku sprzeciwu Wykonawcy przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego.

W pozostałym zakresie, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Zarzut nr 1 i 2

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw.
z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1)-3) ustawy Pzp dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia zdefiniowanych przez Zamawiającego parametrów.

Na wstępie Izba wskazuje treść przepisów ustawy Pzp będących podstawą rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jejtreść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jednocześnie zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp pod pojęciem warunków zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (ust. 2). Wskazać należy, iż

przedmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu 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 (arg. z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp). Tym samym w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę przedmiotowe środki dowodowe nie 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, ofertę należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia, a co za tym idzie, odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie wskazać należy, iż w przypadku żądania przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych obowiązkiem wykonawcy jest ich złożenie wraz
z ofertą. To wykonawca będący profesjonalistą, uwzględniając wymogi zamawiającego dotyczące przedmiotowych środków dowodowych określone w dokumentach zamówienia, decyduje jakie dokumenty złożyć wraz z ofertą celem potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymogami SWZ. Na gruncie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp możliwe jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wyłącznie w dwóch sytuacjach, tj. gdy dany przedmiotowy środek dowodowy w ogóle nie został złożony, z zastrzeżeniem art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, lub gdy został on złożony, lecz jest niekompletny. Brzmienie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wyklucza wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia (por. wyrok KIO z dnia 25 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 338/22).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż poza sporem było, że Odwołujący wraz z ofertą złożył przedmiotowy środek dowody dotyczący oferowanego dysku, który nie potwierdzał spełnienia wymogów Zamawiającego
w zakresie parametru, o którym mowa w punkcie 4.3.3.9.4.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. Powyższe w istocie przyznał sam Odwołujący wskazując na str. 5 odwołania:*„Odwołujący w tym miejscu wyjaśnia, że do oferty została dołączona nieaktualna karta katalogowa oferowanego dysku, z której nie wynikało potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego”.* Tym samym złożony przez Odwołującego wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy był kompletny w tym znaczeniu, że zawierał wymagane przez Zamawiającego informacje umożliwiające ocenę zgodności oferowanego dysku z parametrami określonymi w dokumentach zamówienia, przy czym jego treść należało ocenić negatywnie, bowiem nie potwierdzał on zgodności parametru dysku z wymogami opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe prowadzi do wniosku, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bez możliwości uprzedniego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego dotyczącego oferowanego dysku.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że kwestia aktualności złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego miała znaczenie irrelewantne dla istoty sporu. Podkreślić należy, iż ocena zgodności deklarowanego przedmiotu zamówienia z wymogami opisu przedmiotu zamówienia dokonywana jest na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą. W niniejszej sprawie przedmiotowy środek dowodowy dotyczący oferowanego dysku został złożony przez Odwołującego wraz z ofertą, zatem to ten dokument podlegał analizie Zamawiającego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia i stanowił podstawę decyzji o odrzuceniu oferty WASKO S.A., a w konsekwencji następczo poddany został ocenie Izby, która dokonuje oceny legalności działań zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym złożone przez Odwołującego w toku rozprawy wnioski dowodowe nr 1 – 3 miały charakter spóźniony i nie mogły zastąpić przedmiotowego środka dowodowego złożonego wraz z ofertą, czy też uzasadniać wezwania Wykonawcy do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie zauważenia wymaga, iż wskazany w treści odwołania pod adresem internetowym: https://lenovopress.lenovo.com/lp1588.pdf dokument został utworzony lub zaktualizowany 15 czerwca 2023 r., a zatem dwa dni po odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, co czyni twierdzenia Wykonawcy o długotrwałym procesie aktualizacji dokumentacji technicznej mało wiarygodnymi.

Wobec powyższego w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył zarzucanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

<u>Zarzut nr 3</u>

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy HP Polska, pomimo faktu, że oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odnośnie postawionego zarzutu Odwołujący wywodził, że obiektywnie nie jest możliwy taki udział podmiotów

udostępniających zasoby na rzecz HP Polska w realizacji zamówienia, aby wszystkie udostępnienia miały charakter rzeczywisty i pozwalały na pozytywną weryfikację podmiotową Przystępującego.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (art. 118 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Dalej, stosownie do ust. 3 ww. przepisu, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zgodnie z ust. 4 art. 118 ustawy Pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Z powyższych przepisów wynika, że podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych art. 118 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację przedmiotu zamówienia. Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp wymagają zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do określonych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. Co istotne, Zamawiający winien również uzyskać wiedzę co do sposobu udostępnienia wykonawcy zasobów i wykorzystania przez wykonawcę zasobów podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, a także w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Nie jest zatem wystarczające ogólne stwierdzenie, iż podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji danego zamówienia publicznego jako podwykonawca. Konieczne jest wskazanie konkretnego zakresu czy też obszarów prac, które zostaną zrealizowane przez podmiot trzeci w związku z udostępnianymi zasobami.

Uwzględniając powyższą wykładnię przepisów ustawy Pzp Izba wskazuje, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, dlaczego uważał, że nie jest obiektywnie możliwy taki udział podmiotów udostępniających zasoby na rzecz HP Polska w realizacji zamówienia, aby wszystkie udostępnienia miały charakter rzeczywisty. Bezspornie Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązania trzech podmiotów, tj. HEWLETT – PACKARD s.r.codnośnie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej osób, a także Hewlett – Packard GmbH i Hewlett Packard Enterprise Belgium BV/SRL w zakresie doświadczenia wykonawcy. Analizując treść zobowiązań podmiotów trzecich Zamawiający nie miał wątpliwości co do realności i jednoznaczności udostępnienia zasobów w zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego. Ze złożonych zobowiązań wynika katalog informacji określonych art. 118 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto treść zobowiązań podmiotów trzecich korelowała ze złożonymi przez Przystępującego podmiotowymi środkami dowodowymi w postaci odpowiednich wykazów oraz dokumentów referencyjnych. Zarzucanego przez Odwołującego pozornego charakteru zobowiązań podmiotów trzecich nie stwierdziła również Izba, tym bardziej że w toku rozprawy Odwołujący stwierdził, iż *„odwołanie nie dotyczy treści zobowiązań”.* Uznając zatem za niekwestionowaną przez Odwołującego treść zobowiązań podmiotów trzecich stanowiących kluczowy dokument potwierdzający, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, brak było podstaw do ich podważenia, a

stanowisko Odwołującego należało uznać za oparte na przypuszczeniach.

Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 4C - Brak prawidłowego dokumentu potwierdzającego niekaralność Pana C. E. T. z HP Belgia

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący braku złożenia przez Przystępującego prawidłowego dokumentu potwierdzającego niekaralność p. C. E. T. – członka zarządu podmiotu udostępniającego zasoby, tj. HP Belgia.

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazał, iż p. C. E. T. to obywatel Holandii, a zatem złożony przez Przystępującego dokument z belgijskiego rejestru w żaden sposób i w żadnym zakresie nie może stanowić potwierdzenia niekaralności ww. osoby.

W ocenie Izby, w zakresie przedmiotowego zarzutu, podkreślenia wymagają dwie okoliczności. Po pierwsze, postawiony przez Odwołującego zarzut ma charakter lakoniczny. Odwołujący nie wskazał nawet rodzaju dokumentu, który w jego ocenie winien złożyć Przystępujący celem wykazania braku podstawy wykluczenia wskazanej w art. 108 ust. 1
pkt 1 i 2 ustawy Pzp dotyczącej podmiotu udostępniającego zasoby. Przypuszczać można, iż oczekiwaniem Odwołującego było, żeby Przystępujący złożył odpowiedni dokument
z rejestru obywatelstwa p. C. E. T., ewentualnie miejsca jego zamieszkania, przy czy żądanie to nie zostało przez Wykonawcę wyartykułowane, a ponadto nie wskazano podstawy prawnej takiego żądania.

Po drugie, Odwołujący pomija treść § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w . Jednocześnie stosownie do § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w ustawy oraz podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na tych zasadach, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przepis stosuje się odpowiednio.

Zdaniem Izby z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów niewątpliwie wynika, iż zamawiający może żądać od wykonawcy jedynie odpowiedniego dokumentu dotyczącego osób zasiadających w jego organach zarządzających wydanego przez kraj,
w którym wykonawca ma siedzibę, a w przypadku wykonawców będących osobami fizycznymi dokumentu z kraju miejsca zamieszkania (por. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 55/22). W okolicznościach niniejszej sprawy poza sporem było, że Przystępujący złożył dokument potwierdzający niekaralność p. C. E. T. wydany przez kraj, w którym podmiot udostępniający zasoby, tj. HP Belgia posiada siedzibę. Tym samym przedmiotowy zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Zarzut nr 4D – Brak prawidłowych dokumentów z KRK dla podmiotów udostępniających zasoby z Niemiec

Za niewykazany Izba uznała zarzut dotyczący dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. HP Niemcy.

Odnośnie ww. zarzutu Odwołujący sformułował dwie okoliczności faktyczne. Po pierwsze wskazał, że dla osób fizycznych zasiadających w organach spółki HP Niemcy należało złożyć analogiczny dokument jak złożony przez Wykonawcę dla podmiotu zbiorowego - „Auskunft aus dem Gewerbezentralregister". Po drugie Odwołujący podniósł, że w niemieckim rejestrze „Führungszeugnis" pojawiają się tylko te przestępstwa według niemieckiego kodeksu karnego, za które dana osoba została skazana i otrzymała karę pieniężną opiewającą na ponad 90 dniówek lub karę ponad trzech miesięcy pozbawienia wolności jak i kary do dwóch lat pozbawienia wolności, jeżeli zostały zawieszone. Jednocześnie wskazał, iż jeżeli dana osoba została skazana za dwa (lub więcej) przestępstwa, to zawsze oba (wszystkie) pojawiają się w rejestrze „Führungszeugnis".

W ocenie Izby sformułowany przez Odwołującego zarzut nie został wykazany. Odnosząc się do pierwszej z przywołanych wyżej okoliczności Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w przypadku osób fizycznych zasiadających
w organach spółki HP Niemcy Przystępujący obowiązany był złożyć, oprócz dokumentu
z rejestru „Führungszeugnis", dokument wystawiany jak dla podmiotu zbiorowego, tj. „Auskunft aus dem Gewerbezentralregister". Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji w powyższym zakresie, w szczególności nie wyjaśnił z czego taki obowiązek wywodził. Jednocześnie wbrew regule określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca nie podjął inicjatywy dowodowej w przedmiotowym zakresie.

Za niewykazane Izba uznała także stanowisko Odwołującego jakoby złożony przez Przystępującego dokument „Führungszeugnis" dla osób zasiadających w organach spółki HP Niemcy był nieadekwatny dla wykazania braku podstaw

wykluczenia z uwagi na karalność za przestępstwa określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący nawet nie wskazał w zakresie jakich konkretnie przestępstw podmiot udostępniający zasoby, tj. HP Niemcy nie został zweryfikowany podmiotowo. Co szczególnie istotne, nie zostało przez Odwołującego wykazane, iż za jakiekolwiek przestępstwo
z katalogu określonego w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp można zostać skazanym na karę tak niską, że nie zostałaby ujawniona w niemieckim zaświadczeniu o niekaralności.
Izba ponadto wskazuje, że na brak konieczności złożenia uzupełniającego oświadczenia w formie aktu notarialnego wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku
z dnia 6 lutego 2018 r. XI Ga 692/17. Zdaniem Sądu*„oczywistym jest, iż zaświadczenie wydawane przez organ sądowy albo administracyjny państwa obcego (tu Niemiecki, zaświadczenie Führungszeugnis) nigdy nie będzie potwierdzać karalności na podstawie polskich przepisów karnych. W świetle powyżej przytoczonych przepisów należy dojść do wniosku, że nie jest jednak konieczne aby zakres tych zaświadczeń był identyczny*
z zaświadczeniami wydawanymi z Krajowego Rejestru Karnego oraz uzupełniająco stosowne oświadczenie złożone w formie aktu notarialnego. Przyjęcie stanowiska eksponowanego przez skarżących w odwołaniu doprowadziłoby bowiem w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców z elementem zagranicznym, zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy, albowiem w każdym przypadku należałoby badać, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający w zestawieniu z polskim porządkiem prawnym.”
Mając na uwadze powyższe okoliczności, w tym w szczególności rozkład ciężaru dowodowego w postępowaniu odwoławczym, przedmiotowy zarzut należało oddalić.
Zarzut nr 4E – Błędna forma oświadczeń o braku podstaw wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz z art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r.
o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, oświadczeń o aktualności informacji zawartych w JEDZ, oświadczeń o aktualności oświadczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz z art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego

W ocenie Izby potwierdził się zarzut Odwołującego dotyczący błędnej formy oświadczeń złożonych przez podmioty udostępniające Przystępującemu stosowne zasoby, tj. HP Belgia oraz HP Niemcy w zakresie dotyczącym przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. W pozostałym zakresie zarzut nie potwierdził się.

W ww. zakresie Odwołujący wskazał, iż dokumenty złożone przez podmioty udostępniające Przystępującemu swoje zasoby, tj. HP Belgia oraz HP Czechy w postaci:
1) oświadczenia o braku przesłanek do wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz z art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach
w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego [dalej „oświadczenia sankcyjne”], 2) oświadczenia
o aktualności informacji zawartych w JEDZ oraz 3) oświadczenia o aktualności oświadczenia z pkt 1 powyżej zostały złożone w nieprawidłowej formie, tj. w formie uwierzytelnienia notarialnego dokumentu oryginalnie stworzonego w formie pisemnej. Odwołujący stał na stanowisku, iż ww. oświadczenia nie znajdują się w katalogu dokumentów określonym § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej, zatem powinny one zostać złożone Zamawiającemu w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym przez podmiot uprawniony do złożenia oświadczenia.

Istota niniejszej sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy złożone przez HP Belgia oraz HP Niemcy ww. oświadczenia stanowią podmiotowe środki dowodowe, które mogą zostać sporządzone w formie uwierzytelnienia notarialnego dokumentu oryginalnie stworzonego w formie pisemnej.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do formy tzw. oświadczeń sankcyjnych Izba wskazuje treść przepisów ustawy Pzp będących podstawą rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu. Stosownie do art. 61 ust. 1 ustawy Pzp, komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału
#x200ew postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych
#x200ew ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 63
#x200eust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej

progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu
#x200eo udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w , oraz oświadczenie, o którym mowa w , składa się, pod rygorem nieważności,
#x200ew formie elektronicznej. Po myśli art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie

zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Stosownie do art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, co wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Ust. 2 tego przepisu stanowi, że oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego

w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3 z 06.01.2016,). Ponadto zgodnie z ust. 5 art. 125, wykonawca,

w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Wskazać również należy, iż zgodnie

z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, podmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w .

Na gruncie przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp nie budzi wątpliwości, że komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz że oświadczenie, o którym mowa w , przybierające w postępowaniach powyżej tzw. „progów unijnych" formę jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi podmiotowego środka dowodowego (arg. z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp). Oświadczenie potwierdzające brak podstaw wykluczenia składa także podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby.

Niewątpliwie konflikt zbrojny w Ukrainie spotkał się z reakcją ustawodawcy unijnego oraz krajowego, który wprowadził obligatoryjne, dodatkowe w stosunku do określonych
w art. 108 ustawy Pzp, podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu
o udzielenie zamówienia, które zamawiający winien zweryfikować. Mając na uwadze, że
z oczywistych względów JEDZ nie obejmuje swoim zakresem podstawy wykluczenia,
o której mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576, zamawiający celem weryfikacji dodatkowych przesłanek wykluczenia określonych ww. rozporządzeniem, powinien wymagać złożenia oświadczenia w ww. zakresie,
a wykonawcy powinni takie oświadczenie wstępne złożyć wraz z ofertą lub wnioskiem
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Analogicznie rzecz ma się w odniesieniu do podstawy wykluczenia określonej w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r.
o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego z tym jednak zastrzeżeniem, że ta podstawa wykluczenia może, zamiast odrębnego oświadczenia, którego wzór zwyczajowo przygotowuje zamawiający w ramach dokumentów zamówienia, zostać uwzględniona w części III sekcji D JEDZ. Uwzględniając zatem reguły wykładni systemowej dotyczące weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców w zakresie przesłanek negatywnych, w tym okoliczność, że oświadczenia sankcyjne mają wstępnie potwierdzać brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania na dzień składania ofert, tymczasowo zastępując podmiotowe środki dowodowe (analogicznie jak JEDZ), złożenie tych oświadczeń wymaga zachowania formy elektronicznej pod rygorem nieważności (por. art. 63 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp). Na zachowanie ww. formy wskazał także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w udostępnionym na swojej stronie internetowej wzorze oświadczenia wykonawcy dotyczącego przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

Izba wskazuje, że od wstępnego oświadczenia wykonawcy dotyczącego braku zaistnienia omawianych podstaw wykluczenia należy odróżnić etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie żądanego przez zamawiającego katalogu podmiotowych środków dowodowych. Weryfikacja zaistnienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz

służących ochronie bezpieczeństwa narodowego następuje na podstawie podmiotowych środków dowodowych wymaganych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Uwzględniając powyższe rozważania prawne Izba wskazuje, iż złożone przez Przystępującego wraz z ofertą oświadczenia sankcyjne podmiotów udostępniających zasoby, tj. HP Belgia i HP Niemcy zostały złożone w nieprawidłowej formie (notarialnego uwierzytelnienia dokumentu oryginalnie stworzonego w formie pisemnej). W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób pominąć katalogu oświadczeń i dokumentów wymaganych przez Zamawiającego do złożenia wraz z ofertą (rozdział VII pkt 1 SWZ) oraz katalogu podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (rozdział VII pkt 3 SWZ). Z lektury postanowień specyfikacji wynika, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczeń sankcyjnych podmiotów udostępniających zasoby zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ, z kolei w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania żądał podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu dot. przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 5k rozporządzenia (UE) 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego wg załącznika nr 9 do SWZ. Uwzględniając zatem przyjęty przez Zamawiającego katalog oświadczeń i dokumentów, które wykonawca winien złożyć wraz z ofertą, jak również katalog podmiotowych środków dowodowych, składanych na dalszym etapie, których celem jest potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, należało dojść do wniosku, że złożone wraz z ofertą oświadczenia sankcyjne podmiotów udostępniających zasoby stanowiły wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, tymczasowo zastępując stosowny podmiotowy środek dowodowy. Mając na uwadze przedstawione powyżej rozważania prawne oraz okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, w tym fakt, iż Przystępujący nie był dotychczas wzywany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń sankcyjnych HP Belgia oraz HP Niemcy obowiązkiem Zamawiającego jest zastosowanie względem Wykonawcy procedury naprawczej określonej tym przepisem.

Przechodząc następnie do oświadczenia wymienionego w punkcie 2 powyżej, tj. oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ wskazać należy, że § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej stanowi, że w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Z przywołanego przepisu wynika, że katalog dokumentów niewystawionych przez upoważnione podmioty, tj. wykonawcę, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podwykonawców oraz podmioty udostępniające zasoby, obejmuje m.in. podmiotowe środki dowodowe. Stwierdzić należy, iż w sytuacji gdy ww. dokumenty zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej, wymagane jest przekazanie cyfrowego odwzorowania tych dokumentów. Zgodnie z przywołanym powyżej przepisem, cyfrowe odwzorowanie dokumentu musi być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Opatrzenie cyfrowego odwzorowania dokumentu takim podpisem poświadcza jego zgodność z dokumentem w postaci papierowej. Przepisy rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej w § 7 ust. 3 określają podmioty uprawnione do poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania dokumentu z dokumentem w postaci papierowej niewystawionym przez upoważniony podmiot. Zasadą jest, że poświadczenia takiego, dokonuje podmiot, którego dotyczy dany dokument. Jednocześnie z § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej wynika, że poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania dokumentu wystawionego przez inny niż upoważniony podmiot może każdorazowo dokonać także notariusz.

Izba wskazuje, że rzeczone oświadczenie wprost zostało uznane przez ustawodawcę za podmiotowy środek dowodowy. Na powyższe wskazuje treść § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych, tj. oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego. Tym samym omawiane oświadczenia podmiotów udostępniających Przystępującemu swoje zasoby, tj. HP Belgia oraz HP Niemcy stanowiące podmiotowy środek dowodowy zostały złożone w prawidłowej formie.

Analogicznie, przyjmując reguły wykładni systemowej, należy traktować zdaniem Izby oświadczenie wskazane w

punkcie 3 powyżej, tj. oświadczenie o aktualności oświadczenia
o braku przesłanek do wykluczenia z art. 5k Rozporządzenia 833/2014 oraz z art. 7 ust. 1
pkt 1-3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Ponadto, jak już wskazano powyżej, przedmiotowe oświadczenie zostało wprost wskazane przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia w katalogu podmiotowych środków dowodowych (rozdział VII pkt 3.3.7.), żądanych od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze przedstawione powyżej okoliczności faktyczne i prawne Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzut nr 4E w części dotyczącej tzw. oświadczeń sankcyjnych i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Hewlett-Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia oświadczeń podmiotów udostępniających zasoby, tj. Hewlett-Packard GmbH Niemcy oraz Hewlett Packard Enterprise Belgium BV/SRL dotyczących przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dn. 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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).

Przedmiot sporu stanowiły cztery zarzuty. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 4E w części oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 1/4 i Odwołującego w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł (łącznie 18 600 zł 00 gr). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 13 950 zł (18 600 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 050 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: ……