

Sygn. akt: KIO 1619/23

WYROK
z dnia 20 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Monika Szymanowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 20 czerwca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Tychy (pełnomocnik) oraz ITD24 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i K.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „HORYZONT” K.L. z siedzibą w Gorlicach*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kancelarię Prezesa Rady Ministrów w Warszawie w imieniu i na rzecz, której działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie

przy udziale:

- (A) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (pełnomocnik) oraz Egida IT Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1619/23 po stronie Odwołującego,
- (B) wykonawcy *Bechtle direct Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1619/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu (zarzut nr 4) naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w załączniku nr 8 – wykaz dostaw oraz dowodów potwierdzających zrealizowanie tych dostaw przedłożonych przez wykonawcę x-kom – postępowanie odwoławcze w tym zakresie stało się zbędne.
2. Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Dostawa sprzętu komputerowego wraz z niezbędnym oprogramowaniem na potrzeby organów prowadzących szkoły i placówki oświatowe* unieważnienie czynności z dnia 24 maja 2023 roku tj.: informacji o wyniku postępowania.
Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy *Bechtle direct Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności z warunkami zamówienia.
W zakresie zarzutu 2 i 3 z petitum odwołania zarzuty uznaje za zasadne, ale jednocześnie nie mające wpływu na wynik postępowania.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Kancelarię Prezesa Rady Ministrów w Warszawie w imieniu i na rzecz, której działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Tychy (pełnomocnik) oraz ITD24 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i K.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „HORYZONT” K.L. z siedzibą w Gorlicach* tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego Kancelarii Prezesa Rady Ministrów w Warszawie w imieniu i na rzecz, której działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Tychy (pełnomocnik) oraz ITD24 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i K.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „HORYZONT” K.L. z siedzibą w Gorlicach* kwotę 18 600, 00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
Członkowie:
.....

Sygn. akt: KIO 1619/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów w Warszawie w imieniu i na rzecz, której działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej pn. **„Dostawa sprzętu komputerowego wraz z niezbędnym oprogramowaniem na potrzeby organów prowadzących szkoły i placówki oświatowe”**, nr postępowania: 2023/17. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/S 018-050444.

W dniu 5 czerwca 2023 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie

na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „Pzp”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami zaniechań Zamawiającego polegających na:

- ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszych w postępowaniu ofert złożonych przez Betchle direct Polska sp. z o.o. (dalej jako „Betchle”) oraz x-kom sp. z o.o. (dalej jako „x-kom”),
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Betchle, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
ewentualnie: zaniechaniu wezwania Betchle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci linku do testu CrossMark lub testu w wydruku PDF z datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed składaniem ofert oraz w języku polskim,
- zaniechaniu wezwania wykonawcy Betchle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatu ISO 14001,
- zaniechaniu wezwania wykonawcy Betchle do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału zdolności technicznej lub zawodowej w postępowaniu,
- zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w załączniku nr 8 – wykaz dostaw oraz dowodów potwierdzających zrealizowanie tych dostaw przedłożonych przez wykonawcę x-kom sp. z o.o..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Betchle, którego treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

ewentualnie: art. 107 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania Betchle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci linku do testu CrossMark lub testu w wydruku PDF z datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed składaniem ofert oraz w języku polskim,

- 2)art. 107 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Betchle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatu ISO 14001,
- 3)art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Betchle do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału zdolności technicznej lub zawodowej w postępowaniu,
- 4)art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „znku”) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w załączniku nr 8 – wykaz dostaw oraz dowodów potwierdzających zrealizowanie tych dostaw przedłożonych przez wykonawcę x-kom.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- unieważnienie wyboru ofert Betchle oraz x-kom i powtórzenie ich oceny,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Betchle, którego treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu wezwanie Betchle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci linku do testu CrossMark lub testu w wydruku PDF z datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed składaniem ofert oraz w języku polskim

- nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Betchle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatu ISO 14001,
- nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Betchle do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału zdolności technicznej lub zawodowej w postępowaniu,
- nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu informacji znajdujących się w załączniku nr 8 – wykaz dostaw oraz dowodów potwierdzających zrealizowanie tych dostaw przedłożonych przez wykonawcę x-kom sp. z o.o.,

–zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Postępowanie jest prowadzone w trybie zawarcia umowy ramowej. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i zgodnie z informacją o wyniku postępowania z dnia 24 maja 2023 r. jego oferta została wybrana jako jedna z najkorzystniejszych ofert, co kwalifikuje go do zawarcia umowy ramowej. Ma też szansę na zawarcie umów wykonawczych. Uwzględnienie odwołania zwiększy szanse Odwołującego na zawarcie tych umów wykonawczych. Odwołujący podał, że niewątpliwie posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

W rozdziale 4 załącznika nr 2 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) Zamawiający wskazał, że:

zaoferowane urządzenie musi uzyskiwać wydajność potwierdzoną oceną w teście CrossMark wynik co najmniej: 1100 punktów (Overall Score) Wykonawca do oferty załączy link do strony <https://results.bapco.com/> z przeprowadzonym testem lub test w wydruku PDF. Test nie może być datowany później niż 30 dni przed złożeniem oferty.

Bezspornym jest, że załączony pierwotnie przez Betchle link odnosił do testu, który został wykonany później niż 30 dni przed złożeniem oferty (test z 7.05.2022 r.), a nadto został wykonany na komputerze wyposażonym w 16 GB pamięci RAM, gdy wykonawca w formularzu ofertowym wskazał, że oferowany przez niego laptop posiada 8 GB pamięci RAM (z możliwością rozbudowy do 16 GB). Potwierdził to sam Zamawiający wzywając dnia 9 maja 2023 r. Betchle do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie.

W odpowiedzi Betchle przedłożył inny test – załączając do wyjaśnień zarówno link do ww. strony, jak i test w wydruku PDF. Zadaniem Odwołującego, żaden z nich nie potwierdził zgodności zaoferowanego sprzętu w zakresie wydajności z wymaganiami wynikającymi z dokumentacji zamówienia.

Wydruk testu z dnia 19 maja 2023 r. (dnia składania ofert) w formie PDF został przedłożony w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski, co stoi w sprzeczności z treścią postanowienia zawartego w rozdziale III ust. 2 SWZ – *postępowanie prowadzone jest w języku polskim*. Postanowienie to jest odzwierciedleniem art. 20 ust. 2 Pzp, z którego wynika konieczność sporządzania wszystkich dokumentów w języku polskim. Z tego względu dokument ten nie może zostać uznany za potwierdzający zgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Z kolei załączony przez Betchle link odnosi się do testu z dnia 30 kwietnia 2023 r., a więc

z daty po terminie składania ofert. Oznacza to, że test ten nie potwierdza wydajności laptopa na dzień składania ofert.

Podsumowując więc, chociaż wykonawca mógł w dwojaki sposób przedstawić zgodność oferowanego sprzętu z wymogami Zamawiającego w zakresie wydajności to nie wykazał tej okoliczności. Przedłożony wydruk jest sporządzony w języku angielskim i został przedłożony bez tłumaczenia. Ubocznie należy wskazać na status tego testu, a więc „pending publication” (tł. oczekujący na publikację), sugerujący, że test nie został jeszcze dokończony. Z kolei załączony link odsyła do testu, który został wykonany już po terminie składania ofert.

W związku z powyższym oferta Betchle nie spełnia warunków postępowania i winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wnosi zarzut ewentualny – zaniechanie wezwania Betchle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci linku do testu CrossMark lub testu w wydruku PDF z datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed składaniem ofert oraz w języku polskim. Wskazać jednak należy, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Betchle dokonało swoistego samouzupelnienia wyniku testu przedstawiając zarówno link, jak i wydruk nowego testu. Wykonawca ten skorzystał więc już z jednokrotnej możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych i nie może dokonać tego ponownie.

Zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp

Zgodnie z treścią art. 107 ust. 2 Pzp 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.

Zgodnie z tabelą w ust. 4 OPZ (wers 13) oferowane przez wykonawców komputery muszą posiadać wymienione przez Zamawiającego certyfikaty, które należało przedłożyć wraz z ofertą. Jednym z tych certyfikatów był certyfikat ISO 14001, który nie został przedłożony przez Betchle. Wykonawca ten przedłożył jedynie tłumaczenie tego certyfikatu, które nie może zostać uznane za sam certyfikat.

W rozdziale VI, ust. 1, pkt. 19 SWZ Zamawiający wskazał, że certyfikaty te, jako dokumenty wskazane w OPZ, stanowią przedmiotowe środki dowodowe. Ponadto w tym samym postanowieniu Zamawiający przewidział możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym zastosowanie winien znaleźć art. 107 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający powinien wezwać Betchle do złożenia certyfikatu ISO 14001, który nie został złożony razem z ofertą. Tymczasem Zamawiający zaniechał tej czynności i uznał ofertę Betchle jako spełniającą warunki zamówienia, mimo braku potwierdzenia posiadania przez oferowany komputer certyfikatu ISO 14001.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp

Zamawiający w rozdziale VIII SWZ przewidział warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z ust. 1 pkt 2 lit. d o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełnia warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub nadal wykonuje co najmniej dwa zamówienia (rozumiane jako dwie odrębne umowy) polegające na dostawie sprzętu komputerowego tj. komputerów przenośnych, każda obejmująca dostawę co najmniej 5 000,00 sztuk. Dostawy te miały zostać wymienione w wykazie stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ, do którego należało dołączyć dowody potwierdzające ich należyte wykonanie (rozdział IX ust. 3 pkt 5 SWZ).

Betchle w wykazie dostaw wskazał na dwie dostawy realizowane na rzecz Komisji Europejskiej w terminie 1.01 – 31.12.2022 r. Tymczasem załączone referencje zostały wystawione w 2020 roku, nie mogą więc potwierdzać należytego wykonania dostaw, które, według samego wykonawcy, były realizowane na przestrzeni 2022 roku. W konsekwencji wykonawca nie przedłożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających należyte wykonanie umów wskazanych w wykazie dostaw. W związku z tym ziszcily się przesłanki wskazane w art. 128 ust. 1 Pzp zobowiązujące zamawiających do wezwania wykonawców do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia podmiotowych środków dowodowych. Pomimo ich wystąpienia Zamawiający zaniechał tego wezwania.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ztku

Zasadą postępowań prowadzonych w trybie Pzp jest zasada jawności. Odstępstwa od tej zasady są wyjątkami, które mogą znaleźć zastosowanie jedynie w ściśle określonych przypadkach. Jednym z nich jest tajemnica przedsiębiorstwa określona w art. 18 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy ztku, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Koniecznym elementem wymaganym dla nieujawniania informacji jest więc skuteczne wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał Odwołujący wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.03.2023 r. sygn. akt KIO 647/23 oraz wyrok z dnia 9.03.2023 r. sygn. akt KIO 488/23 czy wyrok z dnia 21.02.2023 r. sygn. akt KIO 313/23. Bezsprzecznie więc w ocenie Odwołującego, aby doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 ztku, a więc niezbędnym jest wykazanie charakteru zastrzeganych informacji, ich wartości gospodarczej, faktu, że jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a także podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania ich w poufności.

Zastrzeżenie dokonane przez x-kom jest tak lakoniczne, że można je przytoczyć w całości w tym miejscu. Wykonawca wskazał, że informacje zawarte w wykazie dostaw i dowodach złożonych na potwierdzenie ich należytego wykonania *stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i w konsekwencji nie podlegają ujawnieniu w niniejszym postępowaniu. Podkreślam, że dane zawarte w ww plikach posiadają istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy i nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób, a jako Wykonawca podjęliśmy odpowiednie działania celem utrzymania ww informacji w poufności.* Takie zastrzeżenie

w żaden sposób nie realizuje obowiązku określonego w art. 18 ust. 3 Pzp. Stanowi jedynie przepisanie i to w skróty sposób tego przepisu, bez jakiegokolwiek wykazania okoliczności z art. 11 ust. 2 ztku, nie mówiąc o braku jakichkolwiek dowodów na ich potwierdzenie. Oznacza to zdaniem Odwołującego, w świetle tego, że naczelną zasadą postępowań jest zasada jawności, że wykonawca nie sprostował obowiązkowi skutecznego zastrzeżenia wskazanych informacji i powinny one zostać odtajnione

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 czerwca 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 24 maja 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu (zarzut nr 4) naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w załączniku nr 8 – wykaz dostaw oraz dowodów potwierdzających zrealizowanie tych dostaw przedłożonych przez wykonawcę x-kom – postępowanie odwoławcze w tym zakresie stało się zbędne.

Izba ustaliła:

Pismem z dnia 14 czerwca 2023 roku Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zaniechania odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w załączniku nr 8 – wykaz dostaw oraz dowodów potwierdzających zrealizowanie tych dostaw przedłożonych przez wykonawcę x-kom sp. z o.o..

Odwołujący między innymi uzasadnił, że w odwołaniu z dnia 5.06.2023 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „znku”) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w załączniku nr 8 – wykaz dostaw oraz dowodów potwierdzających zrealizowanie tych dostaw przedłożonych przez wykonawcę x-kom sp. z o.o. (dalej jako „x-kom”).

Pismem z dnia 9.06.2023 r. Zamawiający poinformował, że x-kom dnia 7.06.2023 r. (a więc już po złożeniu odwołania) złożył oświadczenie o odtajnieniu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów w postaci wykazu dostaw oraz referencji. Następnie Odwołujący otrzymał kopie ww. dokumentów. Przedmiotem zarzutu było zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji, które wykonawca x-kom samodzielnie odtajnił i, które zostały udostępnione Odwołującemu. W związku z powyższym dalsze postępowanie w odniesieniu do tego zarzutu stało się zbędne. (...) W związku z tym zastosowanie znajduje art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 10 czerwca 2023 roku udostępnił Odwołującemu dokumenty objęte zakresem przedmiotowego zarzutu.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W okolicznościach, gdy podnoszone przez Odwołującego zaniechanie Zamawiającego jakie było objęte zakresem zarzutu tj.: zaniechanie odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w załączniku nr 8 – wykaz dostaw oraz dowodów potwierdzających zrealizowanie tych dostaw przedłożonych przez wykonawcę x-kom odpadło w wyniku udostępnienia Odwołującemu dokumentów wykonawcy x-kom to zbędne jest prowadzenie postępowania odwoławczego opartego o to zaniechanie Zamawiającego. Wymaga podkreślenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na dzień wydania postanowienia, nie istnieje zaniechanie Zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia odwołania, co Izba ustaliła w oparciu o oświadczenie Zamawiającego oraz akta sprawy odwoławczej. Tym samym nie istnieje faktyczne zaniechanie objęte zarzutem odwołania.

W ocenie Izby udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych zarzutem odwołania (zarzut 4) powoduje, że dalsze postępowanie stało się zbędne, przestał bowiem istnieć przedmiot zaskarżenia, a w konsekwencji orzekanie przez Izbę co do zaniechania, które utraciły swój byt, jest bezprzedmiotowe.

Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty 1- 3.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany i złożony w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego *Bechtle direct Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* (dowód nr 1) - fragment Przewodnika Użytkownika BAPCo w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski (4 karty).

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes

w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu

w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. Pogląd ten jest jednoznaczny i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej od lat

(tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-29 sygn. akt KIO 752/23 -*Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu*; podobnie: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-20, sygn. akt KIO 596/23; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-18, sygn. akt KIO 2350/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-10-13, sygn. akt KIO 2811/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-06, sygn. akt KIO 2043/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-03-03, sygn. akt KIO 427/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2020-10-26, sygn. akt KIO 2540/20).

Ten sam pogląd funkcjonował i ugruntowany był w oparciu o przepisy, nieobowiązujące już na dzień dzisiejszy, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (art. 179 ust. 1 te same ustawy), w oparciu o który to przepis, interes w uzyskaniu danego zamówienia badany jest na moment wniesienia odwołania (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-11-12, sygn. akt KIO 2345/10; Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2014-11-28, sygn. akt V Ca 3383/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-08-11, sygn. akt KIO 1488/14, KIO 1548/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-06-04, sygn. akt KIO 960/14, KIO 961/14 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 2015-09-16, sygn. akt KIO 1901/15, KIO 1922/15 -*Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badany jest na moment wniesienia odwołania.*; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-03-20, sygn. akt KIO 438/15; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-05-16, sygn. akt KIO 859/18).

W odwołaniu Odwołujący podał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego w trybie zawarcia umowy ramowej. Odwołujący uzasadniał jednocześnie, że złożył ofertę w postępowaniu i zgodnie z informacją o wyniku postępowania

z dnia 24 maja 2023 r. jego oferta została wybrana jako jedna z najkorzystniejszych ofert,

co kwalifikuje go do zawarcia umowy ramowej. Ma też szansę na zawarcie umów wykonawczych. Uwzględnienie odwołania zwiększy szanse Odwołującego na zawarcie tych umów wykonawczych. Zamawiający podniósł w trakcie rozprawy, że Odwołujący *nie wykazał potencjalnie jaki interes miałoby to naruszeń i w jaki sposób wyrządza szkodę.*

W ocenie Izby niezbędnym jest zaznaczenie w pierwszej kolejności, że postępowanie prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej stanowi etap postępowania prowadzącego

do zawarcia umowy wykonawczej (udzielenia zamówienia). Przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między Zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone

w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości (art. 7 pkt 29 ustawy).

Jest to zatem umowa, która reguluje zasady zawierania umów

o zamówienie. Natomiast zamówieniem będzie odpłatna umowa zawarta między Zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem będzie nabycie przez Zamawiającego od wybranego wykonawcy określonych dostaw, w tym przypadku będzie to umowa wykonawcza (art. 7 pkt 32 ustawy), a udzieleniem zamówienia będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 25 ustawy). Podkreślić należy, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes

w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ww. przepis jednoznacznie referuje do uzyskania zamówienia, czyli zawarcia umowy wykonawczej. Niemniej, czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzące do zawarcia umowy ramowej stanowiącej etap postępowania prowadzącego do zawarcia umowy wykonawczej, również podlegają badaniu w ramach podnoszonych przez wykonawców środków ochrony prawnej. Każdy wykonawca, w tym przypadku Odwołujący, interes we wniesieniu odwołania oraz ewentualną szkodę jaką może ponieść w wyniku naruszeń przez zamawiającego podnoszonych przepisów prawa, uzasadnia adekwatnie do etapu prowadzonej procedury. W ocenie Izby prezentowana przez Odwołującego argumentacja w odwołaniu, a odnosząca się do przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy, spełnia wymagania ustawowe. Jednoznacznie bowiem Odwołujący wyjaśnił,

że wniesienie odwołania i jego uwzględnienie zwiększy szanse wykonawcy na zawarcie umów wykonawczych. Odwołujący wyjaśnił również, że został zakwalifikowany do zawarcia umowy ramowej. Fakt, że Odwołujący został zakwalifikowany do zawarcia umowy ramowej, która jest etapem do udzielenia zamówienia - zawarcia umów wykonawczych determinuje, że kluczowym dla wykazania przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy na tym etapie, jest wyjaśnienie, że uwzględnienie odwołania zwiększy szanse Odwołującego na zawarcie umów wykonawczych. W ocenie Izby w takim stwierdzeniu wykonawcy, przy uwzględnieniu etapu postępowania, materializują się przesłanki wniesienia odwołania z ww. przepisu ustawy. Izba podkreśla, że zacytowanie treści przesłanek czy też powołanie ich literalnego znaczenie - choć nie jest błędem - nie jest konieczne dla faktycznego ich wykazania.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 107 ust. 1 ustawy - Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

- art. 107 ust. 2 ustawy - 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.

- art. 107 ust. 3 ustawy - Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- art. 128 ust 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bechtle direct Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Bechtle), którego treść

oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia – Izba zarzut uznała za zasadny.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający podał:

Rozdział III. SPOSÓB KOMUNIKACJI

(...)

2. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim.

Rozdział VI. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I TERMIN REALIZACJI

I. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

(...)

19. Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia - Załączniku nr 2 do SWZ oraz w Specyfikacji technicznej, stanowiącej integralną część Formularza oferty - Załącznik nr 7 do SWZ. Zamawiający, w przypadku niezłożenia przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych lub gdy złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne - dopuszcza możliwość wezwania Wykonawcy do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Załącznik nr 2 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia

(...)

4. WYMAGANIA SZCZEGÓŁOWE ZAMAWIAJĄCEGO

Zestawienie minimalnych parametrów technicznych wymaganych odnośnie LAPTOPA:

(...)

Tabela,

wiersz 1 - Ogólna wydajność zestawu,

kolumna - Wartości wymagane przez Zamawiającego Kol. [C]

Zaoferowane urządzenie musi uzyskiwać wydajność potwierdzoną oceną w teście CrossMark wynik co najmniej: 1100 punktów (Overall Score)

Wykonawca do oferty załączy link do strony <https://results.bapco.com/> z przeprowadzonym testem lub test w wydruku PDF. Test nie może być datowany później niż 30 dni przed złożeniem oferty.

Pismem z dnia 9 maja 2023 roku Zamawiający wezwał Bechtle direct Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Bechtle) między innymi do:

(...)

Ponadto, Zamawiający wskazuje, iż wymagał wykonania oraz załączenia do oferty wyniku testu CrossMark z datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed terminem składaniem ofert, podczas gdy załączony test datowany jest na dzień 07.05.2022 r. Jednocześnie załączony test CrossMark wykonany został dla urządzenia 16GB RAM, zaś według oferty oferowane urządzenie posiada 8 GB RAM.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie rozbieżności w powyższym zakresie lub uzupełnienie prawidłowego testu CrossMark.

(...)

Wykonawca Becher przedstawił Zamawiającemu w piśmie z dnia 11 maja 2023 roku informację :

(...)

2/ Pragniemy zauważyć, że w wymaganiu „Ogólna wydajność zestawu” zostało wskazane, że wynik testu CrossMark jest co najmniej 1100 punktów (Overall Score).

Zaoferowane urządzenie Fujitsu LIFEBOOK E5412 uzyskuje wydajność potwierdzoną oceną w teście CrossMark wynik 1309 punktów (Overall Score)

Do niniejszego pisma w załączniku znajduje się wydruk PDF testu CrossMark.

Poniżej również przedstawiamy link do strony z wynikiem:

<https://results.bapco.com/fdr/41353>

Do pisma został załączony wydruk testu z dnia 19 kwietnia 2023 roku (wydruk w oryginalnej wersji w języku angielskim).

W linku podanym przez Bechtle, w teście widnieje data 30 kwietnia 2023 rok.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, który stanowi, że przez warunki 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.

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ukształtował warunki zamówienia co do opisu przedmiotu zamówienia oraz powiązanych z tym wymagań odnoszących się do przedstawiania wskazanych wyników testów lub certyfikatów w Załączniku nr 2 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia. Jednym

z takich warunków zamówienia uregulowanym w ww. dokumencie była wymaganie potwierdzenia wymaganej wydajności co najmniej 1100 punktów (Overall Score)

dla oferowanego urządzenia, w teście CrossMark. Spełnienia tego warunku zamówienia,

tj. wykazania osiągnięcia wymaganej wydajności, mogło nastąpić na dwa sposoby dopuszczone przez Zamawiającego w dokumentacji tzn. (1) przez załączenie do oferty linku do strony <https://results.bapco.com/> z przeprowadzonym testem, lub i to jest druga możliwość (2) załączeniem do oferty testu w wydruku PDF.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że potwierdzenie spełnienia warunku zamówienia

w teście CrossMark dozwolone było, zgodnie z postanowieniami SWZ, do spełnienia

na jeden z dwóch wyżej wymienionych sposobów, na co jednoznacznie wskazuje użyte przez Zamawiającego określenie „lub”. Ma to o tyle istotne znaczenie, że Bechtle za pismem

z dnia 11 maja 2023 roku przedstawił zarówno link jak i wydruk testu pdf. Skutkiem czego już na tym etapie wątpliwym jest dokonanie (dokonana) oceny potwierdzenia spełnienia wymagań warunków zamówienia jakie potwierdzone miały być tym testem, bowiem Zamawiający samodzielnie wybierał formę dokumentu spośród dwóch, lub oceniał oba dokumenty, natomiast do oceny spełnienia wymagania jednoznacznie podał, że wymagał wykazania osiągnięcia określonej

wydajności w jeden sposób, z dwóch jakie dopuścił. Przy czym Izba zaznacza w tym miejscu jednoznacznie, że ten element nie był objęty zakresem zarzutu odwołania i jako taki nie miał wpływu na rozstrzygnięcie w zakresie rozpoznania zarzutu, a Izba nie mogąc wykraczać poza zakres zarzutu odwołania nie dokonała oceny tych okoliczności.

Jednakże okoliczność powyższa ma takie znaczenie, że każdy z testów do jakich odwołał się w swoim piśmie Bechtle, tj. zarówno link jak i wydruk testu pdf dołączony do pisma z dnia

11 maja 2023 roku rozpatrywane muszą być oddzielnie, jako dwa niezależne testy przedstawione przez Bechtle. Wynika to niezbicie z tego, że Zamawiający w wymaganiach jakie zostały przedstawione wykonawcom w Opisie przedmiotu zamówienia określił jedynie, że *Test nie może być datowany później niż 30 dni przed złożeniem oferty*. Zamawiający w trakcie rozprawy podał, że nie wymagał aby test przedstawiony przez wykonawcę

był opublikowany lecz wymagał tego, aby test był wykonany. Jednakże należy zaznaczyć,

że w żaden sposób nie wspomniano w postanowieniach SWZ o sposobie identyfikacji „datowania testu”. Oznacza to zatem, że każdy sposób datowania testu – tj. podania określonej daty w teście czy to wykonania testu, jak w przypadku wydruku pdf dołączonego do pisma z dnia 11 maja 2023 roku, czy też w zasadzie daty publikacji testu () jak w teście opublikowanym na wskazanej przez Zamawiającego stronie – będzie w obliczu tych postanowień SWZ musiał zostać uznany za prawidłowy. Oznacza to zatem, że „datowanie testu” tj. identyfikacja tego, że test nie może być datowany później niż 30 dni przed złożeniem oferty zależne będzie jedynie od daty jaka została w tym danym teście ujawniona (a nie od tego czy jest to data wykonania czy data opublikowania testu).

Bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu odwołania pozostaje również okoliczność na jaką wskazywał Zamawiający i Bechtle w trakcie rozprawy, a mianowicie,

że załączony do pisma z dnia 11 maja 2023 roku wydruk testu pdf (data 19 kwietnia 2023 roku) oraz test opublikowany (data 30 kwietnia 2023 roku) zamieszczony w linku wskazanym

w ww. piśmie to ten sam test. Wynika to z tego, że przydatność testu do wykazania warunków zamówienia, poza minimalnym wynikiem jaki urządzenie miało osiągnąć w teście, została określona przez Zamawiającego jedynie przez wskazanie datowania testu przed terminem składania ofert bez określenia sposobu tego datowania – tym samym test datowany na 30 kwietnia 2023 roku (test w linku wskazanym w piśmie z dnia 11 maja 2023 roku), jest testem nieprzydatnym dla oceny spełnienia warunków zamówienia, ponieważ jest testem datowanym po terminie składania ofert w dniu 19 kwietnia 2023 roku. Brak przydatności testu wskazanego przez Bechtle w linku w piśmie z dnia 11 maja 2023 roku potwierdza również w ocenie Izby stanowisko Bechtle prezentowane w trakcie rozprawy,

a które wyrażone zostało przez wskazanie, że przedstawienie za pismem z dnia 11 maja 2023 roku testu przeprowadzonego (data 19 kwietnia 2023 roku) oraz testu opublikowanego (data 30 kwietnia 2023 roku) zostały przedstawione „z ostrożności”. Niemniej w żaden sposób nie wyjaśnił Bechtle na czym owa „ostrożność” miała polegać, przy czym jednocześnie wyjaśnił, że publikacja testu jest dobrowolna uszczegóławiając, że korzystał

z płatnej wersji testu, a Zamawiający nie wymagał przedstawienia testu opublikowanego. Przedstawiony przez Bechtle dowód potwierdza dobrowolność publikacji testu, niemniej

w realiach rozpoznawanej sprawy, treści SWZ i zarzutu odwołania bez znaczenia dla rozpoznania zarzutu pozostaje powyższa okoliczność, na którą dowód był zawnioskowany

tj. dobrowolności publikacji testu. Tym samym również bezprzedmiotowy dla rozpoznania tej sprawy pozostaje przedstawiony przez Odwołującego dowód.

W odniesieniu do argumentacji Odwołującego dotyczącej przedstawienia przez Bechtle dwóch różnych testów, a co w trakcie rozprawy kwestionował Bechtle Izba mając na uwadze całą powyższą argumentację wskazuje – biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego

co do określenia testu przez jego datowanie oraz brak określenia jak to datowanie miało

być zrealizowane – że wykonawca Bechtle faktycznie przedstawiła dwa różne testy. Wynika to z tego, że datowanie tych testów, co było jedynym elementem wprost określonym przez Zamawiającego, jest różne, a co nie było w żaden inny sposób identyfikowalne

jak odczytanie daty podanej w teście. Nie zmienia również datowania testu powoływany argument Zamawiającego i Bechtle, że jest to ten sam test o czym ma świadczyć podane oznaczenie. Izba podkreśla również, że ani Zamawiający ani Bechtle nie wykazywali w jaki sposób w teście opublikowanym i udostępnionym w linku (data 30 kwietnia 2023 roku) miałyby być identyfikowana inna data, data jego wykonania. Test ten identyfikowany co do wymaganego przez Zamawiającego „datowania testu” określa datę 30 kwietnia 2023 roku, czyli datę po terminie składania ofert i w tym wypadku tylko ta data podlegała ocenie w ramach wymagania Zamawiającego co do datowania testu.

Izba wskazuje również, że nie jest możliwe w obliczu postanowień SWZ zestawienie ze sobą testów w formie wydruku pdf oraz publikacji testu na wskazanej stronie – taka okoliczność nie została określona i dopuszczona w SWZ, i co jednoznacznie przekreśla w ocenie Izby wymagania Zamawiającego przedstawienia testu w jednej z możliwych form (o czym mowa

we wcześniejszej części uzasadnienia). Podkreślić warto ponownie, że wymagania jakie określił sam Zamawiający odnoszą się do przedstawienia testu w jeden z dwóch określonych przez Zamawiającego sposobów oraz określają wymagania co do datowania testu tj. na 30 dni przed terminem składania ofert. Tak też, jak w SWZ wymagał Zamawiający, należy dokonywać oceny złożonych dokumentów. Jakakolwiek inna ocena musi być uznana

za nieprawidłową i niezgodną z określonymi w SWZ wymaganiami, a zmiana „zasad gry” jakie określił Zamawiający prowadzi do naruszenia zasad postępowania o zamówienie względem wszystkich wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Podkreślić należy, że Izba w tym postępowaniu odwoławczym nie ocenia zasadności postanowień SWZ, lecz ocenia czynność Zamawiającego przeprowadzoną w oparciu o postanowienia jakie zostały ukształtowane przez tego Zamawiającego w SWZ. Oceniając czynność Zamawiającego oceny dokumentów Izba odnosi tą ocenę do wymagań Zamawiającego określone w SWZ.

Uwzględniając powyższe Izba, po pierwsze uznała w obliczu postanowień SWZ,

że za pismem z dnia 11 maja 2023 roku Bechtle przedstawił dwa testy, bowiem dowodzi tego różne „datowanie testów”,

a które to datowanie było jedynym (poza parametrem wydajności) niezbędnym elementem testu określonym w SWZ przez Zamawiającego umożliwiającym ocenę tego testu. Po drugie Izba uznała, mając na uwadze, że nie było kwestionowane w zarzucie w obliczu postanowień SWZ przedstawienie przez Bechtle dwóch testów, że test w przedstawionym linku w piśmie z dnia 11 maja 2023 roku datowany jest na 30 kwietnia 2023 roku, a więc po terminie składania ofert (termin składania ofert - 19 kwietnia 2023 roku), co w efekcie skutkuje tym, że nie może być brany pod uwagę przy ocenie spełnienia parametrów wydajności na dzień składania ofert.

W odniesieniu do *wydruku PDF testu CrossMark* załączonego do pisma z dnia

11 maja 2023 roku Izba stwierdziła, co nie było sporne w postępowaniu, że dokument ten został przedstawiony w

oryginalnej wersji, tj. w języku angielskim.

Zamawiający w SWZ w sposób jednoznaczny w Rozdziale III podał, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim. Zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy postępowanie

o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim – jest to zasada Prawa zamówień publicznych. Koreluje ona nierozdzielnie z regulacją zawartą w art. 27 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, a mianowicie, że w Rzeczypospolitej Polskiej językiem urzędowym jest język polski. Przepis art. 20 ust. 1 ustawy ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, zarówno wobec Zamawiających sporządzających dokumenty zamówienia (przy czym w art. 20 ust. 4 ustawy ustawodawca wprowadził, w charakterze wyjątku możliwość odstąpienia od tej zasady) oraz wobec wykonawców biorących udział w postępowaniu o zamówienie.

Zasada ta może doznać ograniczenia przez Zamawiającego, gdy w uzasadnionych przypadkach Zamawiający ma możliwość dopuszczenia w dokumentach zamówienia

lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacji, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (art. 20 ust. 3 ustawy). Jednoznacznie natomiast wynika z tego przepisu, że dopuszczenie złożenia określonych w tej regulacji dokumentów w innym języku poza językiem polskim, może mieć miejsce w uzasadnionych przypadkach oraz, że Zamawiający taką okoliczność musi dopuścić. Dopuszczenie możliwości złożenia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia w innym języku, niż język polski, musi być jednoznacznie wskazane

w dokumentach przez Zamawiającego oraz wskazany musi być język obcy – zgodnie

z przepisem język powszechnie używanych w handlu międzynarodowym – w jakim Zamawiający dopuszcza złożenie dokumentów w postępowaniu.

Na podstawie złożonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania wynika wprost,

że Zamawiającemu znane są powyższe zasady, bowiem sam Zamawiający jednoznacznie określił, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim oraz nie wskazał, nie określił innego, poza językiem polskim, języka powszechnie używanego w handlu międzynarodowym, w którym dopuściłby składanie dokumentów w postępowaniu. Wymaga wskazania, że w trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył do protokołu, że *nie dopuścił*

w postępowaniu o udzielenie zamówienia składania dokumentów w języku innym niż polski. Brak dopuszczenia przez Zamawiającego składania dokumentów w innym języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym skutkowało tym, że bezwzględnie obowiązująca zasada języka polskiego nie została w żaden sposób ograniczona przez Zamawiającego i wynika z powyższego jednoznacznie, że nie dopuścił Zamawiający składania dokumentów w innym języku niż język polski.

Załączenie do pisma z dnia 11 maja 2023 roku wydruku testu pdf w wersji oryginalnej,

w języku angielskim nie spełnia zatem wymagania Zamawiającego przedstawienia

w postępowaniu dokumentów w języku polskim, którego – co należy podkreślić – wymagał sam Zamawiający.

Wykonawca był obowiązany do przedstawienia tłumaczenia złożonego dokumentu na język polski, aby możliwa była zgodnie z postanowieniami SWZ

i obowiązującymi przepisami ustawy skuteczna weryfikacja dokumentu.

Niezłożenie tłumaczenia dokumentu, testu z dnia 19 kwietnia 2023 roku, załączonego

do pisma z dnia 11 maja 2023 roku prowadzi do niemożliwości oceny złożonego dokumentu. Izba podkreśla, że co najmniej część tego dokumentu mogła zostać przetłumaczona, bowiem wartości poszczególnych parametrów nie są przetłumaczalne (cyfry, liczby czy terminologia techniczna zwyczajowo stosowana) ale cała reszta dokumentu jest przetłumaczalna. Znamiennym w ocenie Izby jest, że sam Bechtle w trakcie rozprawy przyznał, że część dokumentu można przetłumaczyć. Ta część dokumentu, na której możliwość tłumaczenia wskazał Bechtle to określenia, nazwy

(takie jak np.: system type, powar source, configuraton notes) poszczególnych parametrów technicznych. Podkreślić należy, że Bechtle odwołując się do ustawy z dnia 7 października 1999 roku o języku polskim (tj. wskazał na art. 11 pkt 5 na brak obowiązku tłumaczenia zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej. Jednakże w ocenie Izby wewnątrznie sprzeczne stanowiska Bechtle jednoznacznie potwierdzają, że dokument – test z dnia 19 kwietnia 2023 roku – przetłumaczalny był w odniesieniu zawartych w dokumencie nazw oraz pozostałych informacji jakie dokument zawierał, bowiem poza wynikami testu zawierał również inne treści, które jak przyznał sam Bechtle były przetłumaczalne a jednocześnie nie wykazał, że stanowiły zwyczajowo stosowaną terminologię techniczną.

Izba podkreśla, że Bechtle, jak również Zamawiający w żaden sposób nie wykazali,

że określenia (wszystkie) jakie zostały zawarte w złożonym teście w języku angielskim z dnia 19 kwietnia 2023 roku to są „zwyczajowo stosowane terminologie naukowe i techniczne”. Zamawiający wymagał złożenia testu CrossMark, ta nazwa jako nazwa własna nie podlegała tłumaczeniu ale treść złożonego całego dokumentu z pominięciem wartości parametrów, powinna zostać przetłumaczona, o ile nie stanowiła zwyczajowo stosowanej terminologii technicznej. Jednocześnie Bechtle pominął w swojej argumentacji (odnosząc się jedynie do dwóch „okien” po prawej stronie dokumentu) pozostałą treść dokumentu jaki został przedstawiony Zamawiającemu i nie został przetłumaczony na język polski.

Za Wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 października 2019 r. sygn. akt VI SA/Wa 2096/18 czytamy: *Co do nie sporządzania dokumentacji w języku polskim, to zdaniem organu, zapisy art. 10 ustawy o rachunkowości należy interpretować w związku z przepisami podstawowymi regulującymi zasady ochrony języka polskiego i używania go w działalności publicznej oraz w obrocie prawnym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czyli ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim, (t.j. Dz.U. z 2018 r. ze zm.; dalej: ustawa o języku polskim). Wbrew stanowisku Skarżącej przepis ustawy o języku polskim wyłącza stosowanie języka polskiego w zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej w odniesieniu do przepisów ustawy o języku polskim, które mają zastosowanie do ochrony prawnej języka polskiego w życiu publicznym i odnoszą się do czynności urzędowych i oświadczeń woli składanych przez podmioty wykonujące zadania publiczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, umów międzynarodowych zawieranych przez Rzeczpospolitą Polską, obrotu z udziałem konsumentów oraz do wykonywania przepisów z zakresu prawa pracy. Powołane przez Skarżącą przepisy nie mają zastosowania do sporządzania dokumentacji zasad (polityki) rachunkowości przez jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, które to kwestie reguluje ustawa o rachunkowości. Zdaniem Komisji art. 10 ust. 1 ustawy o*

rachunkowości wprowadza bowiem wymóg posiadania przez zakład ubezpieczeń dokumentacji opisującej w języku polskim przyjęte zasady (politykę rachunkowości) i nie zawiera w tym względzie żadnych wyjątków i wyłączeń.

Powyższe wskazuje, że ewentualne wyłączenia stosowania języka polskiego na podstawie art. 11 pkt 5 ustawy o języku polskim odnoszą się do czynności urzędowych i oświadczeń woli składanych przez podmioty wykonujące zadania publiczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, umów międzynarodowych zawieranych przez Rzeczpospolitą Polską, obrotu z udziałem konsumentów oraz do wykonywania przepisów z zakresu prawa pracy. Nie sposób mówić tu o odniesieniu przepisu do podmiotu „prywatnego” (spółki praw handlowego) składającego ofertę w postępowaniu o zamówienie. Jednocześnie z wyroku tego jednoznacznie wynika także, że wprowadzona ustawowa regulacja kształtująca wymóg posiadania dokumentacji w języku polskim, która nie posiada żadnych wyjątków, zobowiązuje podmiot do posiadania polityki rachunkowości w języku polski.

Tak więc, skoro Zamawiający jednoznacznie określił w SWZ, że postępowanie prowadzone jest w języku polski, to w takim języku powinny być składane dokumenty w postępowaniu przez wykonawców. Przyjmując wykładnię dokonaną w powyżej przytoczonym wyroku

z 2019 roku wydaje się słusznym stanowisko, że art. 11 ustawy o języku polskim nie odnosi się do podmiotu prywatnego składającego ofertę w postępowaniu o zamówienie,

a wyłączenia określone w art. 11 ww. ustawy skierowane są bezpośrednio do podmiotów opisanych w ustawie. Wobec takiej wykładni należy uznać, że przy składaniu ofert

w postępowaniu o udzielnie zamówienia, gdzie Zamawiający nie dopuścił składania dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym wykonawca obowiązany był do przedstawienia tłumaczenia całości dokumentów na język polski, również w tym zakresie, który odnosił się do zwyczajowo stosowanej terminologii technicznej.

Uwzględniając natomiast dotychczasowe stanowiska doktryny i orzecznictwa, wyrażające pogląd o możliwości dopuszczenia w postępowaniu dokumentów, w których nie są tłumaczone zwyczajowo stosowane terminologie techniczne, Izba uznała, jak już powyżej to było podane, że dokument – test wydruk pdf z dnia 19 czerwca 2023 roku załączony do pisma z dnia 11 maja 2023 roku przez Bechtle w całości został przedstawiony w języku angielskim bez tłumaczenia dokumentu. Podkreślić należy, że Zamawiający prowadził/ prowadzi postępowanie w języku polskim, nie dopuścił składania dokumentów w języku obcym oraz, że wymagał przedstawienia całości testu. Bechtle w żaden sposób nie wykazał, że przedstawiony test zawiera w swej treści jedynie określenia zwyczajowo stosowanej terminologii technicznej, sam przyznał, że część sformułowań możliwych było do przetłumaczenia oraz w żaden sposób nie odniósł się do pozostałych treści dokumentu poza dwoma „oknami” po prawej stronie wydruku, które również nie zostały przetłumaczone, a przedstawione Zamawiającemu. Nie wykazano, nie wyjaśniono również, dlaczego informacje podane w teście – wszystkie jakie zostały wskazane na wydruku – i dlaczego należało uznać za określenia zwyczajowo stosowanej terminologii technicznej.

Izba stwierdziła, że pismem z dnia 9 maja 2023 roku Zamawiający wezwał Bechtle między innymi do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie przedstawionego testu CrossMark przy ofercie *lub uzupełnienie prawidłowego testu CrossMark*. W odpowiedzi na to wezwanie Bechtle przedstawił Zamawiającemu w piśmie z dnia 11 maja 2023 roku informację:

Do niniejszego pisma w załączniku znajduje się wydruk PDF testu CrossMark. Poniżej również przedstawiamy link do strony z wynikiem:

Do pisma został załączony wydruk testu z dnia 19 kwietnia 2023 roku (wydruk w oryginalnej wersji w języku angielskim), linku - test w którym widnieje data 30 kwietnia 2023 rok.

W związku z powyższym, jednoznacznym jest, że wykonawca Bechtle skorzystał z prawa uzupełnienia dokumentu, do czego również wezwany był przez Zamawiającego.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba stwierdziła, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności oceny dokumentów złożonych przez Bechtle, a oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem nie zostało potwierdzone spełnienie wymagania, warunku zamówienia co do wydajności oferowanego urządzenia w wymaganym przez Zamawiającego teście CrossMark. Uznanie przez Zamawiającego za poprawnie złożony dokument tj. test CrossMark przez Bechtle stanowi odstępstwo od kształtowanych wymagań w SWZ, tj. prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w języku polski. Zamawiający nie skorzystał

z możliwości jaką daje mu ustawa, a dopuszczenia składania dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym. Zamawiający nie może zmieniać, na etapie oceny ofert, zasad postępowania jakie sam ukształtował. Każde odstępstwo od zasad określonych w danym postępowaniu o zamówienie publicznego musi być sankcjonowane, bowiem w innym wypadku prowadzi do naruszenia zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział

w postępowaniu. Tym samym Izba nakazała Zamawiającemu w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą *Dostawa sprzętu komputerowego wraz z niezbędnym oprogramowaniem na potrzeby organów prowadzących szkoły i placówki oświatowe* unieważnienie czynności z dnia 24 maja 2023 roku tj.: informacji o wyniku postępowania oraz nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Bechtle na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z powodu niezgodności z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu ewentualnego tj. naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania Bechtle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci linku do testu CrossMark lub testu w wydruku PDF z datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed składaniem ofert oraz w języku polskim.

W związku z uwzględnieniem zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlega rozpoznaniu. Zarzut ewentualny staje się zarzutem aktualnym podlegającym rozpoznaniu dopiero, gdy po rozpoznaniu zarzutu głównego i uznaniu zarzutu głównego za bezzasadny (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 roku sygn. akt XXIII Zs/33/21).

W zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Bechtle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatu ISO 14001 - Izba zarzut uznała za zasadny
Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający podał:

Rozdział VI. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I TERMIN REALIZACJI

I. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

(...)

19. Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w Opisie Przedmiotu Zamówienia - Załączniku nr 2 do SWZ oraz w Specyfikacji technicznej, stanowiącej integralną część Formularza oferty - Załącznik nr 7 do SWZ. Zamawiający, w przypadku niezłożenia przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych lub gdy złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne - dopuszcza możliwość wezwania Wykonawcy do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Załącznik nr 2 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia

(...)

4. WYMAGANIA SZCZEGÓŁOWE ZAMAWIAJĄCEGO

Zestawienie minimalnych parametrów technicznych wymaganych odnośnie LAPTOPA:

(...)

Tabela,

wiersz 1 - Certyfikaty (dołączone do oferty),

kolumna - Wartości wymagane przez Zamawiającego Kol. [C]

a. ISO9001, ISO 14001, ISO 50001, EPEAT mirBRONZE, Certyfikat TCO dla zaoferowanego modelu komputera (załączyć do oferty wydruk ze strony <https://tcocertified.com/>), o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne,

Wykonawca Bechtle do oferty załączył Certyfikat ISO 14001:2015 (plik przesłany Zamawiającemu wraz z ofertą - 3_fujitsu_iso_14001_certificate_pl.pdf_3629313.pdf) – dokument ten złożony jest w języku polskim i podpisany został podpisem elektronicznym przez Bartłomieja Szponara działającego w imieniu Bechtle.

Izba zważyła:

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jednostka certyfikująca określona w certyfikacie nr Certyfikatu.: UK012503 przedstawionym przez Bechtle znajduje się w Londynie, Bureau Veritas Certification Holding SAS Oddział w Wielkiej Brytanii.

Dokument przedstawiony przez Bechtle w postępowaniu to jedynie dokument sporządzony w języku polskim oraz nie jest dokumentem podpisanym przez jednostkę certyfikującą.

W ocenie Izby brak złożenia przez Bechtle certyfikatu ISO 14001:2015z podpisem pochodzącym od jednostki certyfikującej dowodzi tego, że nie został złożony oryginał certyfikatu. Izba wskazuje w tym miejscu, że w czasie rozprawy sam Bechtle wskazał,

że posiada ten dokument w postaci elektronicznej z podpisem jednostki certyfikującej, jednakże nie okazał takiego dokumentu na żądanie Izby, bo jak się okazało nie posiada takiego dokumentu. Wyjaśnił Bechtle natomiast, że dokument jakim dysponuje to dokument podpisany elektronicznie przez pana Szponara. Wyjaśnił Bechtle również, że dokument ten otrzymał z Fujitsu. Jednocześnie Bechtle nie umiał wyjaśnić czy dokument, którym się posłużył to skan, ksero czy coś jeszcze innego. Wykonawca Bechtle podnosił również, że certyfikat ISO 14001:2015 wystawiony jest w języku polskim i dysponuje takimi certyfikatami równoważnymi zarówno w języku angielskim jak i w każdym innym języku. Jednakże nie wykazał tej okoliczności, nie przedstawił dokumentów, jak je nazwał równoważnych w innych językach. Nie wykazał również Bechtle, że jednostka certyfikująca w Londynie wystawia certyfikaty w języku polskim. Choćby sama ta argumentacja wykonawcy Bechtle jednoznacznie potwierdza, że po pierwsze Bechtle nie przedstawił w ofercie dokumentu wystawionego przez jednostkę certyfikującą – tak jak ma to miejsce w przypadku innego certyfikatu jakim legitymuje się Bechtle tj. certyfikatu ISO 9001:2015 (plik załączony do oferty - 1_fujitsu_iso9001_certificate.pdf_3629311.pdf) wraz z tłumaczenie na język polski (plik - 2_tlumaczenie_fujitsu_iso9001_pl.pdf_3629312.pdf).

Nie legitymuje się Bechtle certyfikatem ISO 14001:2015 podpisanym, jak w przypadku certyfikatu przedstawionego przez wykonawcę Advatech (plik załączony do oferty Advatech - iso14001_hp.en.pl_3628105.pdf) oraz wykonawcę Immitis (plik załączony do oferty Immitis - ISO 14001 Certificate ACER_EN.pdf) i wykonawcę ITPunkt (plik załączony do ofert ITPunkt - iso_14001_certificate-sig-sig.pdf_3629375.pdf) – które to certyfikaty zostały wydane przez tą samą, co w przypadku Bechtle, jednostkę certyfikującą. Brak podpisu na certyfikacie ISO 14001:2015 przedstawionym przez Bechtle nie był objęty zakresem zaskarżenia (zakresem zarzutu), wskazanie tej okoliczności i odniesienie do certyfikatów przedstawionych przez innych wykonawców, a wydanych przez tą samą jednostkę certyfikującą nie wpływa na rozpoznanie zarzutu określonego przez Odwołującego. Dodać należy, że ww. certyfikaty załączone do ofert przez wymienionych wykonawców również załączone zostały w oryginale, w języku angielskim z tłumaczeniami na język polski – ten element ma bezpośredni wpływ na ocenę zarzutu.

Powyższe powinno skłonić Zamawiającego choćby do wyjaśnienia dlaczego w przypadku Bechtle przedstawiony certyfikat (bez podpisu jednostki certyfikującej) złożony został jedynie w języku polskim. Ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego w trakcie rozprawy wynikało, że Zamawiający przyjął że jest to dokument oryginalny, a nie tłumaczenie dokumentu i dlatego nie wzywał do jego uzupełnienia. Zamawiający nie wyjaśnił natomiast na jakiej podstawie uznał, że jest to dokument oryginalny jednocześnie dysponując certyfikatami ISO 14001:2015 złożonymi przez innych wykonawców w języku angielskim

z tłumaczeniem na język polski oraz certyfikatem ISO 9001:2015 złożonym przez Bechtle

w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski - a wszystkie te certyfikaty wystawione przez tą samą jednostkę notyfikującą. Zamawiający nie wyjaśnia również na jakiej podstawie twierdził, że jednostka certyfikująca wydaje certyfikaty w języku w jakim wykonawca składa wnioski. Takie stanowisko Zamawiającego, z punktu widzenia życiowego w zupełności jest niezrozumiałe, bowiem nie sposób uznać, że jednostka certyfikująca wystawia certyfikaty w każdym języku świata, bo przecież w każdym języku świata wykonawca mógłby złożyć wniosek o certyfikację. Jednocześnie takie stanowisko Zamawiającego nie zostało w żaden sposób wykazane.

Mając na uwadze powyższe, biorąc pod uwagę, że ani Bechtle nie wykazał, że złożony dokumenty w języku polskim stanowi oryginał dokumentu wystawionego przez jednostkę certyfikującą, oraz że Zamawiający nie wykazał na jakiej podstawie uznał, że dokument wystawiony przez Bureau Veritas Certification Holding SAS Oddział w Wielkiej Brytanii stanowi oryginał dokumentu Izba uznała zasadność zarzutu naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Bechtle do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatu ISO 14001:2015.

Jednocześnie, mając na uwadze rozstrzygnięcie w zakresie zarzutu 1 (Izba zarzut 1 uznała za zasadny i nakazała

odrzućcie oferty Bechtle na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy) Izba nie nakazywała wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (art. 107 ust.2 ustawy) mimo, że okoliczność ta została przewidziana w SWZ (Rozdział VI punkt I pkt 19), bowiem oferta wykonawcy Bechtle podlega odrzuceniu (art. 107 ust. 3 ustawy).

W zakresie zarzutu 3 tj. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Bechtle do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału zdolności technicznej lub zawodowej w postępowaniu - Izba zarzut uznała za zasadny

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający podał:

Rozdział VIII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA

I. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU OCENY ICH SPEŁNIENIA

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(...)

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(...)

d) zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należyte wykonał lub nadal wykonuje co najmniej dwa zamówienia (rozumiane jako dwie odrębne umowy) polegające na dostawie sprzętu komputerowego tj. komputerów przenośnych, każda obejmująca dostawę co najmniej 5 000,00 sztuk.

W przypadku dostaw, które są w trakcie realizacji, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że do upływu terminu składania ofert dostawa w ramach realizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5 000,00 sztuk komputerów.

Rozdział IX. WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY

I. WYKAZ DOKUMENTÓW

PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE

(...)

3. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie Wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione i których oferty nie będą podlegały odrzuceniu, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

(...)

5) wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wielkości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należyte, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ,

Załącznik nr 8 do SWZ - Wykaz dostaw

WYKAZ DOSTAW

(...)

Uwaga! Do każdej dostawy wymienionej w powyższym wykazie Wykonawca dołącza dowody określające czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należyte, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert

Wykonawca Bechtle, na wezwanie Zamawiającego, złożył Wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem nr 8 i wskazał w nim dwie dostawy:

1. Na rzecz : Komisja Europejska Ul. Montoyer 15, 1049 Bruksela, Belgia; termin realizacji zamówienia: 01.01.2022-31.12.2022,

2. Na rzecz : Komisja Europejska Ul. Montoyer 15, 1049 Bruksela, Belgia; termin realizacji zamówienia: 01.01.2022-31.12.2022.

Załączono dwie referencje:

1. Referencja 1 (plik: referencja_nr_1_meq_iv_lot_1_wersja_oryginalna.pdf, referencja_nr_1_meq_iv_lot_1_referencja_tlumaczenie_na_polski.pdf)

2. Referencja 2

(plik:referencja_nr_2_di-07650_-_reference_letter__december_wersja_oryginalna.pdf referencja_2_meq_iv_lot_2_tlumaczenie_na_polski.pdf).

W treści powyższych referencji podano:

Referencja 1 - DIGIT.A.3/MB/dm(2020)8502232

Referencja 2 - DIGIT.A.3/MB/dm(2020)8502787

Wykonawca Bechtle załączył również:

Do Referencji 1:

-Opis projektu MEQ IV Lot 1 (plik: dot._ref._1_opis_projektu_meqiv_-_lot_1.pdf),

-Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia 2017/S 216-448098

(plik:dot._ref._1_meq_iv_lot_1_2017-ojs216-448098_pl_ogloszenie_o_zamowieniu_ted_w,polska.pdf)

Do Referencji 2:

-Opis Projektu (plik: dot._ref._2_opis_projektu_meqiv_-_lot_2.pdf),

-Ogłoszenie o zamówieniu 2017/S 134-273617

(plik: dot._ref._2_ogloszenie_o_zamowieniu_ted_wersja_polska.pdf).

Izba zważyła:

Zgodnie z obowiązującą regulacją prawną, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany złożyć jest, jak w tym przypadku, wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 rokuw sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020r. poz. 2415),

§ 9 ust. 1 pkt 2 w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Znamienne dla rozpoznania w zakresie przedmiotowego zarzutu odwołania w tym postępowaniu odwoławczy jest to, że Zamawiający jednoznacznie określił w SWZ: w opisie wykazu dokumentów *-a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy;* oraz w Załączniku nr 8 do SWZ - *Wykaz dostaw Uwaga! (...) a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów- oświadczenie Wykonawcy.*

Zamawiający postąpił prawidłowo w zakresie określenia katalogu dokumentów, jakimi ma się wykazać wykonawca, konstruując SWZ i załączniki do SWZ, natomiast nieprawidłowo dokonał oceny złożonych dokumentów.

Wykazane przez Bechtle dostawy realizowane były (obie) 01.01.2022- 31.12.2022, przedstawione referencje (obie) wystawione zostały w 2020 roku. Przedstawione referencje dowodzą tego w pierwszej kolejności, że nie potwierdzają wykonania dostaw w roku 2022, bowiem zostały wystawione w roku 2020. Potwierdzają w ocenie Izby jednocześnie to, że wykonawca mógł wystąpić o wystawienie referencji za realizację dostaw w roku 2022, bowiem podmiot na rzecz którego dostawy były wykonywane takowe referencje wystawia czego dowodzą referencje z roku 2020.

Zamawiający w prezentowanym na rozprawie stanowisku argumentował, że stwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu w oparciu o wszystkie przedstawione przez Bechtle dokumenty, w tym opis projektów. Zamawiający podał również, że na podstawie oświadczenia własnego Bechtle (opisy projektów) Zamawiający przyjął, że zostały zrealizowane dostawy sprzętu komputerowego na co najmniej 5000 sztuk z uwagi na wartość roczną realizowanych dostaw. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że dostrzegł, że referencje (obie) wystawione były w 2020 roku i uznał za wystarczające pozostałe dokumenty złożone przez Bechtle. W ocenie Izby takie postępowanie Zamawiającego nie jest zgodne z regulacjami prawnymi oraz postanowieniami zawartymi

w SWZ, oraz jest działaniem wprost sprzecznym z tymi postanowieniami. Należy zaznaczyć, w pierwszej kolejności, że Opisy projektów jakie zostały złożone przez wykonawcę Bechtle na wezwanie Zamawiającego nie stanowiły, w ocenie Izby, oświadczenia własnego wykonawcy co do realizacji umów wskazanych w Wykazie dostaw tj. dostaw realizowanych (obie) 01.01.2022- 31.12.2022. Są to dokumenty odnoszące się do charakterystyki projektu, okresu jego realizacji (w obu przypadkach jest to umowa ramowa realizowana w okresie 6 lat), wartości projektów oraz informacji obejmujących dane dotyczące ilości dostarczonych urządzeń przez 5 lat (opis projektu do referencji 2), a w przypadku opisu projektu do referencji 1 jest informacja o umowach ramowych z wybranymi 5 wykonawcami i wybranymi konfiguracji sprzętu.

W dokumentach tych nie ma natomiast żadnej informacji na temat tego, że Bechtle

nie mogło, z przyczyn niezależnych od niego, pozyskać referencji (Listu referencyjnego – tak jak w 2020 roku) od podmiotu, na rzecz którego realizowało zamówienia, jak również brak jest oświadczenia własnego wykonawcy o zrealizowaniu dostaw jakie wskazał w Wykazie dostaw, a realizowanych (obie) 01.01.2022- 31.12.2022.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ zgodnie z regulacją wynikającą z rozporządzenia w przypadku, gdy wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest

w stanie uzyskać tych dokumentów (referencji) był obowiązany złożyć – oświadczenie wykonawcy. W związku z powyższym, po pierwsze wykonawca winien był uzasadnić dlaczego nie mógł pozyskać referencji od podmiotu na rzecz którego realizował dostawy, przy czym przyczyny te muszą zgodnie z przepisem prawa być niezależne od wykonawcy.

Po drugie w przypadku, gdyby taka okoliczność zaistniała, powinien złożyć oświadczenie własne o wykonaniu dostaw do jakich referuje w Wykazie dostaw celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Bechtle takich informacji o niemożliwości pozyskania referencji z przyczyn niezależnych od niego oraz oświadczenia własnego odnoszącego się do realizacji dostaw w roku 2022 nie złożył. Tym samym, w ocenie Izby, wykonawca Bechtle nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyłą realizację dostaw wskazanych w Wykazie dostaw.

Mając na uwadze powyższe, biorąc pod uwagę, że Bechtle nie złożył oświadczeń własnych odnoszących się do realizacji dostaw wskazanych w Wykazie dostaw, jak również nie przedstawił żadnych informacji uzasadniających, że z przyczyn niezależnych od niego nie był w stanie uzyskać takich dokumentów (referencji) potwierdzających realizację dostaw w roku 2022, Izba uznała zasadność zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Bechtle do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, jakie wskazał w Wykazie dostaw na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie, mając na uwadze rozstrzygnięcie w zakresie zarzutu 1 (Izba zarzut 1 uznała za zasadny i nakazała odrzucenie oferty Bechtle na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy) Izba nie nakazywała wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w Wykazie dostaw, bowiem oferta wykonawcy Bechtle podlega odrzuceniu (art. 128 ust. 1 pkt 2 ustawy).

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego

zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt

z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją przez Zamawiającego reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się zasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....