

Sygn. akt: KIO 977/18

WYROK
z dnia 12 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Osiecka
Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2018 r. przez wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie

przy udziale wykonawcy SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Sukcesywną dostawę komputerów stacjonarnych, komputerów przenośnych i tabletów dla Jednostek Administracji Państwowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 lutego 2018 r., poz. 2018/S 031-067165. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 17 maja 2018 r. wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż treść oferty spółki SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: SUNTAR) odpowiada treści SIWZ w części I i II postępowania.

Odwołujący uzasadniał podniesiony zarzut w sposób następujący:

Zgodnie z treścią SIWZ - Formularz techniczny tabela Komputer ALL-IN-ONE do zastosowań profesjonalnych Typ 1 lp. 11 Zamawiający w części „Wymagane minimalne parametry techniczne” postawił następujący warunek dot. systemu operacyjnego: Microsoft Windows 10 Professional PL 64-bit z licencją i nośnikiem w celu zapewnienia współpracy ze środowiskiem sieciowym oraz aplikacjami funkcjonującymi w administracji państwowej. Nie dopuszcza się w tym zakresie licencji pochodzących z rynku wtórnego.”

Dodatkowo pod każdą z tabel dot. poszczególnych urzędzeń Zamawiający zastrzegł:

„Uwaga: - W kolumnie nr 4 należy wpisać odpowiednio parametr określający oferowany produkt o ile jest inny od wymaganego przez Zamawiającego. W przypadku zaoferowania

sprzętu o parametrach wskazanych przez Zamawiającego w kolumnie nr 3 należy w kolumnie nr 4 wpisać słowo spełnia.”

W swojej ofercie spółka SUNTAR potwierdziła warunki minimalne w następującym zakresie:

„Microsoft Windows 10 Professional PL 64-bit z licencją i nośnikiem w celu zapewnienia współpracy ze środowiskiem sieciowym oraz aplikacjami funkcjonującymi w administracji państwowej.”

W ocenie Odwołującego, Spółka SUNTAR ani nie zaprzeczyła, że oferowane licencje pochodzą z rynku wtórnego ani nie potwierdziła spełnienia wymagania poprzez dopisanie słowa SPEŁNIA, jak wymagał tego Zamawiający. Analogiczne uchybienie popełnione zostało w odniesieniu do innych komputerów, a także w II części postępowania.

Ponadto Odwołujący podnosił, że w części I postępowania, w przypadku Komputer ALL-IN-ONE do zastosowań profesjonalnych Typ 3 nie spełnia wymagań dodatkowych lp. 12 podpunktu c) w następującym zakresie:

- brak możliwości otrzymania informacji o unikatowym Express code;
- brak możliwości otrzymania informacji o ilości zainstalowanej pamięci RAM, PN pamięci;
- brak możliwości otrzymania informacji o płycie głównej;
- brak możliwości otrzymania informacji o napędzie optycznym: producent, model, numer seryjny;

oraz podpunkt d) w zakresie braku możliwości wykonania testu pamięci RAM w wersji rozszerzonej i brak możliwości wykonania testu procesora oraz płyty głównej.

Dodatkowo, w części II postępowania, Odwołujący podnosił, że Ponadto, w przypadku Laptopa Typ 5 zaoferowany przez spółkę SUNTAR Microsoft Surface Book 2 nie spełnia wymaganej pojemności baterii - Tabela techniczna lp. 11 Zasilanie - wymagane akumulatorowe o pojemności minimum 70 Wh. Zaoferowany laptop z procesorem Intel Core i5 ma baterię o pojemności 69,0 Wh. Bateria spełniająca wymaganą pojemność występuje w tym modelu tylko przy wyposażeniu go w procesor Intel Core i7 tylko w takim przypadku bateria spełnia warunek minimalny - ma bowiem pojemność 75,3 Wh.

2. art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i art. 24 ust 8 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia złożonego przez spółkę SUNTAR w JEDZ - strona 13 związanego z wykonywanymi umowami: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową” w części 1 i 2 Postępowania.

Zgodnie z oświadczeniem spółki SUNTAR takie okoliczności nie miały miejsca. Odwołujący jednak podnosił, że SUNTAR podpisał z Zamawiającym umowę ramową nr 017/5/komputery z dnia 8 września 2017 r. Odwołująca spółka powzięła informację, iż SUNTAR nienależycie wykonał umowy zawarte w ramach ww. procedury, w konsekwencji czego Zamawiający naliczył kary umowne za niedotrzymanie terminu dostaw sprzętu. Zamawiający z urzędu posiada ww. informacje jednak nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, co do złożonego przez spółkę SUNTAR oświadczenia.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia Wykonawców z postępowania, a mianowicie w przypadku wykonawcy który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania tj. przesłankę z art. 24 ust 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust 8 i 9 Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

W myśl oświadczenia spółki SUNTAR sp. z o.o. w toku realizowania przez spółkę zamówień publicznych nie doszło do przypadków nienależytego wykonania umowy i sytuacji opisanych w dyspozycji art. 25 ust 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Powyższe stoi całkowicie w sprzeczności ze stanem faktycznym i to w zakresie umowy realizowanej na rzecz tego samego Zamawiającego. Tym samym zdaniem Odwołującego, Zamawiający zdecydowanie winien przeprowadzić w tym zakresie postępowanie wyjaśniające, co do złożonego w JEDZ oświadczenia.

3. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy w części 1 i 2 Postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż treść oferty Przystępującego odpowiada treści SIWZ w części I i II postępowania w odniesieniu do pochodzenia licencji na oprogramowanie Windows, pojemności baterii i systemu diagnostycznego.

W odniesieniu do oznaczenia pochodzenia licencji Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z treścią SIWZ - Formularz techniczny tabela Komputer ALL-IN-ONE do zastosowań profesjonalnych Typ 1 lp. 11, Zamawiający w części „Wymagane minimalne parametry techniczne” postawił następujący warunek dotyczący systemu operacyjnego: „Microsoft Windows 10 Professional PL 64-bit z licencją i nośnikiem w celu zapewnienia współpracy ze środowiskiem sieciowym oraz aplikacjami funkcjonującymi w administracji państwowej. Nie dopuszcza się w tym zakresie licencji pochodzących z rynku wtórnego.”

2. Pod każdą z tabel dotyczących poszczególnych urządzeń Zamawiający zastrzegł:

„Uwaga: - W kolumnie nr 4 należy wpisać odpowiednio parametr określający oferowany produkt o ile jest inny od wymaganego przez Zamawiającego. W przypadku zaoferowania sprzętu o parametrach wskazanych przez Zamawiającego w kolumnie nr 3 należy w kolumnie nr 4 wpisać słowo spełnia.”

3. W ofercie spółka SUNTAR zaoferowała: „Microsoft Windows 10 Professional PL 64-bit z licencją i nośnikiem w celu zapewnienia współpracy ze środowiskiem sieciowym oraz aplikacjami funkcjonującymi w administracji państwowej.”

W ocenie Odwołującego, Spółka SUNTAR ani nie zaprzeczyła, że oferowane licencje pochodzą z rynku wtórnego, ani nie potwierdziła spełnienia wymagania poprzez dopisanie słowa SPEŁNIA, jak wymagał tego Zamawiający. Analogiczne uchybienie popełnione zostało w odniesieniu do innych komputerów, a także w II części postępowania.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, wbrew stanowisku Odwołującego, że oferta Przystępującego nie budzi żadnych wątpliwości co do pochodzenia licencji. Odwołujący opierał cały swój wywód odnośnie konieczności dopisania słowa „spełnia” przy pochodzeniu licencji na twierdzeniu, że pochodzenie licencji jest parametrem, ponieważ zostało opisane w kolumnie zatytułowanej „Parametry...”. Zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego, parametr to: 1. wielkość występująca we wzorach i wyrażeniach matematycznych, która w zależności od rozpatrywanego przypadku może być stałą lub zmienną; 2. wielkość, osiągi dla danego procesu, urządzenia

<https://sjp.pl/parametr>). A zatem parametr to wartość mogąca być opisana liczbowo. Zamawiający podał wymogi precyzujące inne właściwości urządzenia, nie dające się sparametryzować, w sposób opisowy. Wobec tego oświadczenie, że wykonawca oferuje „Microsoft Windows 10 Professional PL 64-bit z licencją i nośnikiem w celu zapewnienia współpracy ze środowiskiem sieciowym oraz aplikacjami funkcjonującymi w administracji państwowej.”, przy bezwzględny wymogu, że licencje nie mogą pochodzić z rynku wtórnego, oznacza, że zaoferowano licencje pochodzące z rynku pierwotnego. Należy zauważyć, że w podobny sposób Zamawiający opisywał inne oczekiwania co do oferowanych urządzeń, np. dla komputera all-in-one dla zastosowań profesjonalnych typ 3 wymagał w pkt b dla wydajności obliczeniowej, aby „wszystkie oferowane komponenty wchodzące w skład komputera będą kompatybilne z i nie będą obniżać jego wydajności. Zamawiający nie dopuszcza, aby zaoferowane komponenty pracowały na niższych parametrach, niż opisywane w SIWZ”, Przystępujący w ofercie, w tabeli w kolumnie 3 sprecyzował oferowane urządzenie następująco: „wszystkie oferowane komponenty wchodzące w skład komputera będą kompatybilne z i nie będą obniżać jego wydajności.” Również nie dodał dopisku „spełnia”, czego Odwołujący nie kwestionował. W ocenie Izby oznacza to, że właściwości oferowanych komponentów, tak jak i pochodzenie licencji, zaoferowanych przez Przystępującego, były oczywiste w kontekście całej oferty.

Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego odnośnie niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie właściwości programu diagnostycznego i wydajności baterii. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń. Na potwierdzenie złożył opinię prywatną, oraz wydruki ze stron internetowych. Izba uznała te dowody za nieprzekonujące wobec oświadczeń producentów – HP Inc Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 5 czerwca 2018 r. odnośnie właściwości systemu diagnostycznego i Microsoft spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 4 czerwca 2018 r. odnośnie pojemności baterii. W oświadczeniach tych producenci potwierdzają, że oferowane produkty spełniają wymagania SIWZ. Taki rodzaj oświadczenia jest oświadczeniem wiedzy, a nie woli, i nie muszą zostać złożone przez osoby uprawnione do reprezentacji. Skład orzekający uznał złożone oświadczenia producentów za wiarygodne i przekonujące.

Izba nie dopuściła dowodu z akt innego postępowania, o co wnioskował Odwołujący, na potwierdzenie, że oferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia spełnia wymogi Zamawiającego w tym postępowaniu. Postępowanie przed Krajową Izba Odwoławczą jest kontrydiktoryjne, Izba każdorazowo, wydając orzeczenie, ocenia zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz argumentację stron. Okoliczność, że Izba uznała, że w innym postępowaniu oferta spełniła wymagania zamawiającego, nie może

przesądzać wyniku innej sprawy odwoławczej, w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i art. 24 ust 8 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia złożonego przez spółkę SUNTAR w JEDZ - strona 13 związanego z wykonywanymi umowami: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową” w części 1 i 2 Postępowania.

Według Odwołującego, Przystępujący powinien być wykluczony z postępowania, ponieważ na zacytowane wyżej pytanie odpowiedział „Nie”. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien wyjaśnić takie oświadczenie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, jako że zapłacił kary umowne (bez sporu sądowego) w związku z realizacją umowy na rzecz tego samego Zamawiającego.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:

Przepis art. 25 ust, 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych przewiduje fakultatywną przesłankę wykluczenia. Zgodnie z art. 25 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział taką przesłankę w ogłoszeniu i SIWZ. Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania mają charakter sankcyjny – nie można ich interpretować rozszerzająco. Skoro kary umowne (traktowane jako rodzaj odszkodowania), zostały zapłacone bez sporu sądowego – wykonawca nie podlega wykluczeniu. Jeżeli nie ma wątpliwości, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, to brak przesłanek do prowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, czego domagał się Odwołujący. Dlatego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Na powyższą ocenę nie ma wpływu, że treść pytania ze strony 13 formularza JEDZ w ofercie Odwołującego można interpretować szerzej, niż przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że sam

Odwołujący powiązał pytanie ze str. 13 JEDZ z art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Takie powiązanie wynika również z dokumentu udostępnionego przez Urząd Zamówień Publicznych „INSTRUKCJA WYPEŁNIANIA. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia JEDZ” (https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0015/32415/Instrukcja-wypelniania-JEDZ-ESPD.pdf). Oznacza to, że odpowiedź z 13 strony formularza JEDZ należy badać w świetle przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, a zatem nie ma podstaw do doszukiwania się szerszych podstaw wykluczenia, niż mowa w przywołanym przepisie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....