

WYROK
z dnia 30 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2015 r. przez Odwołującego – wykonawcę Innovation In Technology sp. z o.o. z siedzibą w Niekaninie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Małopolskie Centrum Przedsiębiorczości w Krakowie, przy udziale wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia,
 - 1.2. unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania jego oferty za odrzuconą,
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę ofert w części II zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 11.100,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Małopolskie Centrum Przedsiębiorczości w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Zakup oraz dostawa komputerów przenośnych i stacjonarnych, licencji oprogramowania antywirusowego oraz licencji dostępowych do serwera i serwera pocztowego na potrzeby Małopolskiego Centrum Przedsiębiorczości” (znak sprawy: TP/TO/13/2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 października 2015 r. pod numerem 262026-2015.

W dniu 9 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca ZSK”) oraz o wykluczeniu wykonawcy Innovation In Technology sp. z o.o. z siedzibą w Niekaninie (dalej: „Odwołujący”) i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

W dniu 13 listopada 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z Postępowania w zakresie części II zamówienia pomimo złożenia prawidłowego dokumentu na potwierdzenie wymaganego poziomu hałasu dla oferowanego komputera,
 2. art. 24 ust. 4 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego w związku z wykluczeniem w zakresie części II zamówienia,
- z ostrożności procesowej
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia z powodu niezgodności treści oferty z SIWZ w związku z poziomem hałasu emitowanego przez komputery,
 4. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia Odwołującego w zakresie części II zamówienia,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia,
3. wyboru oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia.

Odwołujący podał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia w zakresie części II doznał uszczerbku. Odwołujący może bowiem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący jako wykonawca, który złożył w zakresie części II zamówienia prawidłową i najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu ofertę, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Izbę zasadności odwołania i dokonania przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował go o wykluczeniu z Postępowania w zakresie części II zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Powodem wykluczenia był brak certyfikatu potwierdzającego wymagany poziom hałasu dla oferowanego modelu komputera zgodnie z normami ISO 7779 i 9296 lub równoważnego, tj. nie więcej niż 25 dB w normalnym trybie pracy (z pracującym dyskiem, bez napędów optycznych). Jak wskazywał Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia zgodnie z rozdziałem X pkt 1.7 tiret trzecie SIWZ wymagane było dostarczenie wraz ze składaną ofertą certyfikatu, który potwierdzałby, że oferowane komputery stacjonarne charakteryzują się poziomem emitowanego hałasu nie większym niż 25 dB zgodnie z normami ISO 7779 i 9296. Wraz z ofertą Odwołujący złożył certyfikat wystawiony przez producenta sprzętu potwierdzający, że oferowane komputery nie przekraczają określonego w SIWZ poziomu emitowanego hałasu zgodnie z powyższymi normami.

Z uwagi na fakt, że w ocenie Zamawiającego, certyfikat wystawiony przez producenta nie spełniał wymogów SIWZ, Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wymaganego certyfikatu. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że załączony do oferty dokument spełnia wymóg określony w SIWZ i należy go traktować jako wymagany certyfikat.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, powołując się na § 6 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”,

wskazał na brak cech niezależności w odniesieniu do certyfikatu załączonego do oferty Odwołującego. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że zachodzą podstawy do wykluczenia Odwołującego z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący oświadczył, że w stanie faktycznym leżącym u podstaw odwołania, wykluczenie go z Postępowania nastąpiło z naruszeniem przepisów, w związku z czym miało charakter nieuprawniony. Dokument złożony przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania przez oferowane komputery wymogów w zakresie poziomu emitowanego hałasu odpowiada bowiem wymogom SIWZ. Zważyć należy, że Zamawiający opisując wymóg w zakresie przedmiotowego certyfikatu ograniczył się w istocie do wskazania, że wymaga złożenia certyfikatu potwierdzającego poziom hałasu zgodnie z normami ISO 7779 i 9296. W żadnym miejscu Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „certyfikatu”, jak również nie sprecyzował od kogo wymagany certyfikat powinien pochodzić. W szczególności postanowienia SIWZ nie wskazują w żadnym stopniu, że wymagany certyfikat musi pochodzić od podmiotu niezależnego od producenta. Zamawiający nie powołał się w tym względzie również na jakiegokolwiek przepisy prawa.

Odwołujący podał, że wymóg wystawienia certyfikatu w zakresie zgodności z normami ISO 7779 i 9296 przez podmiot niezależny od producenta nie znajduje podstaw prawnych. Co więcej, przepisy prawa powszechnie obowiązującego wskazują jednoznacznie, że w powyższym zakresie uprawnionym do badania zgodności wyrobów jest producent. Należy mieć na uwadze, że kwestie związane z kontrolą jakości i zgodności z określonymi specyfikacjami technicznymi reguluje ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz.U.2014.1645 j.t.), zwana dalej „Ustawą”. Przepis art. 6 pkt 1 Ustawy określa, że:

„[...]Wyroby wprowadzone do obrotu lub oddawane do użytkowania podlegają ocenie zgodności z:

- 1) zasadniczymi wymaganiami określonymi w przepisach na podstawie art. 9 ust. 1 albo
- 2) szczegółowymi wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 10 ust. 1 albo
- 3) zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami określonymi w odrębnych ustawach.[...]”.

W ocenie Odwołującego żadne przepisy wykonawcze wydane na podstawie Ustawy przez właściwego ministra, Polski Komitet Normalizacyjny czy Główny Urząd Miar, ani też żadne „odrębne ustawy” nie określają sposobów mierzenia i wykazywania parametrów głośności dla komputerów. Innymi słowy poziom emisji hałasu emitowanego przez komputery

nie jest objęty ani zasadniczymi wymaganiami, ani szczegółowymi wymaganiami, o których mowa w cytowanym przepisie. W związku z powyższym, w odniesieniu do wymogów w zakresie głośności komputerów należy odwołać się bezpośrednio do norm wskazanych przez Zamawiającego, tj.: ISO 7779, ISO 9296. Przywołane normy są odpowiednio instrukcjami przeprowadzania pomiarów hałasu, które reguluje norma PN-EN ISO 7779:2010 (przeniesione do zbioru polskich norm normy zharmonizowane są oznaczane, jako PN-EN).

Odwołujący podał, że żadna z przywołanych przez Zamawiającego norm nie wymaga wykonywania badań przez niezależne od dostawcy, producenta, czy odbiorcy laboratorium. Zastosowanie w związku z tym znajduje art. 7 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym:

„[...]Podczas dokonywania oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami wyrób może być poddawany:

1) badaniom przez:

- a) producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, jeżeli nie jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy.
- b) notyfikowane laboratorium, jeżeli jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy.[...]”.

Z przytoczonych aktów prawnych wynika jednoznacznie, że jedynym dokumentem mającym moc prawną, potwierdzającym spełnienie wymagań jest dokument wydany na podstawie testów przeprowadzonych przez producenta zgodnie z odpowiednią normą techniczną i wymogami prawa w tym zakresie. Zamawiający zastrzegł w SIWZ postać formalną dokumentu, wymagając, aby przybrała ona formę certyfikatu, nie wyjaśniając, co rozumie pod tym pojęciem. Tymczasem zgodnie ze słownikiem języka polskiego, „certyfikat” to oficjalny dokument potwierdzający zgodność z normami, spełnianie wymogów, autentyczność lub inne zaświadczenie. Reasumując, zgodnie z zapisami SIWZ oraz przytoczonymi przepisami prawa, Zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawcę dokumentu w formie certyfikatu wydanego przez producenta komputera, który jednoznacznie potwierdzałby wymogi określone w Postępowaniu. Podkreślić ponownie należy, że Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia „certyfikat”, jak również nie wymagał, aby badanie było przeprowadzone przez niezależny podmiot.

Rozszerzający wymóg dołączenia do oferty Certyfikatu, który miałby pochodzić od niezależnego, uprawnionego podmiotu jest więc w opisanej sytuacji niezgodny z SIWZ, zarówno ze względu na brak podstaw prawnych w tym względzie, jak również ze względu na to, że został on doprecyzowany w powyższym zakresie dopiero na etapie badania i oceny ofert.

Wobec braku sprecyzowania w SIWZ wymogu przeprowadzenia badania i wystawienia certyfikatu przez podmiot niezależny od producenta, nie sposób uznać, że certyfikat wystawiony przez producenta sprzętu nie spełnia wymagań SIWZ. Co więcej, wymóg taki nie wynika *ipso se* z powołanego przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu § 6 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, jak również z Ustawy, skoro odpowiedni wymóg w tym zakresie nie został wyrażony w SIWZ.

Na marginesie należy podkreślić, że żądanie dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym wymaganiom stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Przepisy nie precyzują przez kogo dokumenty te mają być wydawane i jak się mają nazywać. Same w sobie pozwalają zatem na dużą swobodę wykonawców w potwierdzaniu warunków odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Dlatego też kluczowe w tym zakresie są wymagania określone przez Zamawiającego, które muszą pozostawać precyzyjne.

W świetle powyższego, szczególnego podkreślenia wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem i poglądami doktryny, wszelkie nieścisłości i niedookreślenia w dokumentacji postępowania nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców, lecz obciążają zamawiającego. W konsekwencji, dokonując wykluczenia Odwołującego z Postępowania w związku z wystawieniem certyfikatu przez producenta sprzętu, oraz doprecyzowując wymóg w tym względzie dopiero na etapie badania i oceny ofert, Zamawiający naruszył przywołane na wstępie przepisy Pzp, w tym również art. 7 ust. 1 Pzp, nakładający na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W kontekście tej ostatniej zasady istotne znaczenie ma zresztą fakt, że Zamawiający dokonał w zakresie części II zamówienia wyboru oferty Wykonawcy ZSK, który zamiast certyfikatu dostarczył standardowe sprawozdanie z badań, dotyczące *notabene* zupełnie innej konfiguracji sprzętowej niż wymagana w SIWZ. Powyższe wskazuje na „liberalną” interpretację przedmiotowego wymogu przez Zamawiającego w przypadku oferty ww. wykonawcy, co tym bardziej czyni niezasadnym stanowisko Zamawiającego kwestionowane w odwołaniu, a zarazem dowodzi naruszenia zasad równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc, co następuje.

Oferta Odwołującego została wykluczona z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, tj. niedostarczenia, pomimo wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, certyfikatu potwierdzającego poziom hałasu dla

oferowanego modelu komputera nie przekraczającego 25 dB zgodnie z normami ISO 7779 i 9296.

Zamawiający podkreślił, że wymagał dostarczenia certyfikatu lub dokumentu równoważnego, który potwierdzałby, że oferowany model komputera charakteryzuje się poziomem hałasu nie większym niż 25 dB w normalnym trybie pracy zgodnie z normami ISO 7779 i 9296. Odwołujący przedłożył jedynie oświadczenie producenta, które jego zdaniem odpowiada przytoczonym wymogom SIWZ. Podał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby przedłożone oświadczenie producenta było dokumentem, który jednoznacznie potwierdza wymogi określone w SIWZ.

Przepis art. 25 ust. 1 Pzp uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, wykonawca zobowiązany jest, zgodnie ze wskazaniem zamawiającego, przedstawić stosowne oświadczenia lub dokumenty. Rodzaje i formy tych oświadczeń i dokumentów określają przepisy Rozporządzenia. W § 6 ust. 1 przywołanego aktu wykonawczego uregulowano kwestię rodzaju dokumentów i innych dowodów potwierdzających spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego.

Zamawiający na potwierdzenie poziomu głośności mierzonego zgodnie z normami ISO 7779 i wykazanych zgodnie z normą ISO 9296 wymagał certyfikatu lub dokumentu równoważnego. Posługując się określeniem „certyfikat” Zamawiający wskazał, iż chodzi o oficjalny dokument potwierdzający zgodność z wymaganiami, wystawiany przez inny podmiot niż wykonawca czy producent wyrobu w ramach procedury certyfikacji. Powszechnie bowiem przyjmuje się, że certyfikacja jest procedurą, za pomocą której trzecia strona daje pisemne zapewnienie, że wyrób, proces lub usługa są zgodne z określonymi wymaganiami. Zgodnie z definicją zawartą w Wikipedii „[...]Certyfikacja to ściśle określone postępowanie, w którym strona trzecia (organizacja), przyznaje pisemne zaświadczenie w formie certyfikatu o tym, że produkt (usługa), proces lub osoba spełnia określone wymagania. Certyfikacja jest częścią procesu oceny zgodności. Certyfikaty są często ograniczone w czasie, są wydawane przez niezależne jednostki certyfikujące, takie jak BSI, BPIC, SGS, DNV, DQSt TOV, DEKRA i wiele innych, wyznaczające standardy kontroli w zakresie zastrzeżonym przez daną jednostkę.[...]”.

Z kolei za dokument równoważy mogły być uznane inne dokumenty, jak np. badanie głośności. Jednak aby dokumenty uzyskały przymiot równoważności powinny charakteryzować się tak jak certyfikat tą cechą, że są wydawane przez niezależne podmioty. Oświadczenie producenta nie spełnia wymogu zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają

określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Ponadto żądanie składnia oświadczeń producentów w ramach prowadzonego postępowania byłoby, w ocenie Zamawiającego, zbędne z punktu widzenia celu jakiego służy, a mianowicie potwierdzeniu, że model oferowanego komputera nie przekracza dopuszczonych poziomów hałasu. Zamawiający pozbawiony zostałby w takiej sytuacji możliwości samodzielnej weryfikacji emisji hałasu na etapie sprawdzania ofert. Natomiast każdy podmiot może zlecić badanie głośności niezależnemu podmiotowi uprawnionemu do przeprowadzania badań w tym zakresie.

Z opisu SIWZ kreującego obowiązek przedłożenia certyfikatu potwierdzającego, że oferowany model komputera charakteryzuje się poziomem hałasu nie większym niż 25 dB zgodnie z normami ISO 7779 i 9296 lub dokumentu równoważnego jednoznacznie wynika, iż Zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia dokumentu, o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Nie zmienia tego fakt, że opis zamieszczony w Rozdziale X pkt 1.7 tiret trzecie nie odpowiada literalnemu brzmieniu przywołanego wyżej przepisu. Nie ma też wątpliwości, że oświadczenie producenta nie spełnia wymogów Zamawiającego przedłożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości. Zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości to zaświadczenie podmiotu zewnętrznego, niezależnego, wydane przez podmiot trzeci uprawniony do kontroli jakości oferowanego wyrobu będącego przedmiotem dostawy. Treść § 6 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia jest jasna i precyzyjna, i nie daje on podstawy do określania przez zamawiającego innych dokumentów, które może wymagać od wykonawców poza tymi, które w tym rozporządzeniu szczegółowo są wymienione. W świetle orzecznictwa Izby przyjmuje się, iż zamawiający może rozszerzyć katalog dokumentów określonych w analizowanym przepisie o inne oświadczenia lub dokumenty wówczas gdy badania takie standardowo nie są wykonywane dla danego typu produktu w ramach zgodności z obowiązującymi normami. Natomiast badanie głośności zgodnie ISO 7779 i 9296 jest standardowym badaniem wykonywanym przez niezależne podmioty uprawnione do przeprowadzania badań w tym zakresie. Wymaganie aby dokument potwierdzający zgodność z wymogami mógł przybrać formę oświadczenia producenta stanowiłoby przejaw obchodzenia literalnego brzmienia tego przepisu i wynikającego z niego wymogu niezależności. W doktrynie słusznie zauważa się, że zarówno wykonawca, jak i producent, czy też jego przedstawiciel nie są podmiotami niezależnymi. W świetle powyższego nie można oświadczenia producenta uznać za spełniające wymóg określony w SIWZ.

Niezrozumiałym też jest przytaczanie przez Odwołującego art. 7 ust. 1 Ustawy opisującego sposób dokonywania oceny zgodności z „zasadniczymi wymaganiami”, które są określane przez właściwego ministra ze względu na przedmiot oceny w drodze rozporządzeń,

przy uwzględnieniu rodzaju wyrobów oraz stopnia stwarzanych przez nie zagrożeń, a także innych wymagań zawartych w dyrektywach nowego podejścia. Jak bowiem wskazuje sam Odwołujący poziom emisji hałasu emitowanego przez komputery nie jest objęty ani zasadniczymi wymaganiami, ani szczegółowymi wymaganiami, o których mowa w art. 6 ust. 1 Ustawy. Zamawiający określając wymóg maksymalnego poziomu hałasu 25 dB wskazał bowiem sposób pomiaru głośności przez odniesienie się do norm regulujących mierzenie i wykazanie pomiarów głośności, tj. ISO 7779 oraz ISO 9296.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że przytoczony przez Odwołującego się art. 7 ust. 1 Ustawy opisuje możliwość poddawania wyrobu, podczas dokonywania oceny zgodności z „zasadniczymi wymaganiami”, badaniom przeprowadzonym przez producenta we własnym laboratorium badawczym, a nie mówi o składaniu oświadczenia o zgodności bez odniesienia się do wykonanych badań potwierdzających taką zgodność wyrobu, czyli o oświadczeniu jakie przedłożył Odwołujący.

Wobec powyższego za niezasadny uznać należy zarzut Odwołującego, że wymóg dołączenia do oferty certyfikatu, który miałby pochodzić od niezależnego uprawnionego podmiotu jest niezgodny z SIWZ, zarówno ze względu na brak podstaw prawnych, gdyż podstawę taką stanowi Rozporządzenie, a także ze względu na to, że został doprecyzowany dopiero na etapie badania i oceny ofert, gdyż przez określenie wymagalności certyfikatu lub dokumentu równoważnego Zamawiający już w samej SIWZ, w sposób nie budzący wątpliwości przesądził, że wymagany jest jedynie certyfikat lub dokument równoważny, w ramach którego następuje potwierdzenie spełniania przez oferowane produkty określonych wymogów przez podmioty trzecie a więc niezależne od wykonawcy i producenta.

Ponadto przebieg Postępowania nie ujawnił, aż do badania i oceny ofert, aby postanowienia SIWZ, w tym również powszechnie przyjęte rozumienie certyfikatu budziło wątpliwości wykonawców. Zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, a zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie. W przedmiotowym przypadku Odwołujący nie informował Zamawiającego o jakichkolwiek wątpliwościach dotyczących treści SIWZ jak również nie wnosił żadnych zastrzeżeń w zakresie wymaganych dokumentów na potwierdzenie poziomu hałasu modelu komputera zgodnie z normą ISO 7779 oraz 9296.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, iż oferowany przez niego przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zatem decyzja o wykluczeniu i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa, zaś zarzuty Odwołującego w postaci naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp (i ewentualne art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp) uznać należy za bezzasadne.

Odnoszą się do zarzutu wyboru oferty Wykonawcy ZSK, który dostarczył standardowe sprawozdanie z badań, dotyczące innej konfiguracji sprzętowej niż wymagana w SIWZ, wskazać należy, iż przedstawione przez niego sprawozdanie z badań stanowi wiarygodny dokument o charakterze obiektywnym, w którym zawarto wyniki badań potwierdzające spełnianie postanowionego przez Zamawiającego wymogu maksymalnego poziomu hałasu. W związku z powyższym podanie oferowanego modelu komputera specjalistycznym badaniom, mieści się w katalogu dopuszczalnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Dodatkowo należy też wskazać, iż Zamawiający wymagał dokumentu potwierdzającego emisję hałasu na poziomie nie przekraczającym 25 dB, dotyczącego określonego modelu, a nie konkretnej konfiguracji.

Zamawiający stwierdził, że nie podziela również poglądu, jakoby łamał zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania w związku z wystawieniem certyfikatu przez producenta, ponieważ tego rodzaju oświadczenie nie może być uznane za certyfikat, za który powszechnie przyjmuje się dokument pozyskany w ramach procedury certyfikacji, za pomocą której trzecia strona daje pisemne zapewnienie, że wyrób, proces lub usługa są zgodne z określonymi wymaganiami. Ponadto wymóg dostarczenia certyfikatu, powszechnie rozumianego jako dokument potwierdzający spełniania przez oferowane produkty określonych wymogów przez podmioty trzecie, czyli niezależne od wykonawcy i producenta został już sformułowany samym SIWZ, a nie – jak sugeruje Odwołujący – na etapie badania i oceny ofert. Ponadto należy wskazać, iż Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania równoważnych dokumentów, które jednak powinny charakteryzować się cechą niezależności, a każdy podmiot miał taką samą możliwość zlecić badanie głośności niezależnemu podmiotowi uprawnionemu do przeprowadzania badań w tym zakresie. Wymaganie aby dokument potwierdzający zgodność z wymogami mógł przybrać formę oświadczenia producenta stanowiłoby przejaw obchodzenia § 6 Rozporządzenia i wynikającego z niego wymogu niezależności.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie, po stronie Zamawiającego, zgłosił Wykonawca ZSK wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę ZSK do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowody z treści:

1. SIWZ,
2. oferty Odwołującego,
3. wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 23 października 2015 r.),
4. odpowiedzi Odwołującego na ww. wezwanie (pismo z dnia 26 października 2015 r.),
5. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części II zamówienia (pismo z dnia 9 listopada 2015 r.).

Na podstawie przywołanych dokumentów ustalono, że przedmiotem zamówienia w części II była dostawa 82 sztuk zestawów komputerowych wraz z dwoma monitorami oraz oprogramowaniem (Rozdział III SIWZ), o parametrach określonych w załączniku nr 1 do SIWZ.

Jednym z dokumentów wymaganych na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ był „[...]Certyfikat dla komputera potwierdzający wymagany poziom hałasu dla oferowanego modelu komputera zgodny z normami ISO 7779 i 9296 lub równoważny, poziom emitowanego hałasu wg norm ISO 7779 i 9296 tj. nie więcej niż 25 dB w normalnym trybie pracy (z pracującym dyskiem, bez napędów optycznych) – dot. części II postępowania.[...]” (Rozdział X pkt 1.7 tiret trzecie SIWZ).

Odwołujący w części II zamówienia zaoferował m.in. komputer TH ALPLAST ADS-S25, dla którego załączył do oferty dokument zatytułowany „Certyfikat”, wystawiony przez pełnomocnika ds. normalizacji i certyfikacji Towarzystwa Handlowego ALPLAST sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Niekaninie, stwierdzający, że wymagany poziom hałasu dla tego komputera, zgodny z normami ISO 7779 i 9296 wynosi nie więcej niż 25 dB w normalnym trybie pracy (z pracującym dyskiem, bez napędów optycznych).

Zamawiający – pismem z dnia 23 października 2015 r. – działając w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp – wezwał Odwołującego do przedstawienia certyfikatu, powołując się na zawarty w Rozdziale X pkt 1.7 tiret trzecie SIWZ wymóg jego żądania. Stwierdził również, że Odwołujący załączył do oferty oświadczenie producenta, które nie spełnia wymogu SIWZ wyrażonego w przywołanym postanowieniu.

W odpowiedzi Odwołujący – pismem z dnia 26 października 2015 r. – poinformował Zamawiającego, że do oferty załączył certyfikat potwierdzający wymagany poziom hałasu, nie zaś dokument w postaci oświadczenia producenta, do którego odniósł się w wezwaniu Zamawiający.

W dniu 9 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. Na uzasadnienie podał, że w jego ocenie dokument załączony do oferty Odwołującego (oświadczenie własne, jako producenta) nie spełnia wymogu dostarczenia certyfikatu. Wskazał na § 6 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia i stwierdził, że przedstawione oświadczenie, w kontekście przywołanego przepisu Rozporządzenia, nie posiada cechy niezależności.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Na wstępie – abstrahując od zasadności przyczyn wyeliminowania Odwołującego z Postępowania – zauważyć należy, że w okolicznościach sprawy Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą. Jako podstawę tej czynności Zamawiający wskazał bowiem niezuzupełnienie dokumentu, który nie ma charakteru dokumentu podmiotowego, tj. odnoszącego się do warunków udziału w Postępowaniu. Trzeba mieć na względzie, że przepis art. 25 ust. 1 Pzp referuje do dwóch kategorii dokumentów – pkt 1 dotyczy tzw. dokumentów podmiotowych, mogących stanowić ewentualną podstawę do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, np. z uwagi na ich treść lub niezuzupełnienie na wezwanie zamawiającego, natomiast pkt 2 – tzw. dokumentów przedmiotowych, do których zastosowanie ma ewentualnie sankcja odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z SIWZ (zob. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). *Ad casum* Zamawiający stwierdził, że nie został na jego wezwanie uzupełniony dokument należący do drugiej ze wskazanych powyżej kategorii, wobec czego wykluczenie Odwołującego z Postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp) było chybione.

Niezależnie od powyższego skład orzekający stwierdził, że nie miał racji Zamawiający wskazując, jakoby do oferty Odwołującego nie został załączony wskazany w Rozdziale X pkt 1.7 tiret trzecie SIWZ dokument, a to z niżej wskazanych przyczyn.

Należy mieć na uwadze, że przepis § 6 ust. 1 Rozporządzenia nie przewiduje zamkniętego katalogu dokumentów mających potwierdzać spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego. Oznacza to, że zamawiający – w granicach określonych przepisem art. 25 ust. 1 Pzp – może żądać od wykonawców zarówno dokumentów określonych w pkt 1-4 przywołanej regulacji, jak również innych, o ile są mu niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że w takim przypadku na zamawiającym ciąży obowiązek szczególnej dbałości o precyzję postanowień SIWZ, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie był zmuszony domyślać się, czy ma przedstawić jeden z dokumentów wymienionych wprost w Rozporządzeniu, czy inny dokument, a jeśli tak, to od kogo ma pochodzić i jakie okoliczności stwierdzać.

W świetle powyższego Izba uznała, że nie było podstaw do utożsamiania dokumentu w postaci certyfikatu, o którym mowa w Rozdziale X pkt 1.7 tiret trzecie SIWZ z dokumentem wymienionym w § 6 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, tj. zaświadczeniem niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, bowiem brak jest ku temu podstaw. Wniosek taki uzasadnia chociażby porównanie definicji pojęcia „certyfikatu”, którym posługiwały się strony. Zamawiający – przytaczając znalezione w zasobach internetowych znaczenie tego pojęcia oraz przywołując jego powszechne rozumienie – akcentował na konieczność posiadania przez certyfikat cechy niezależności jego wystawcy, podczas gdy wniosek taki nie płynie z definicji użytej przez Odwołującego, zaczerpniętej ze słownika języka polskiego, w świetle której certyfikat określany jest jako „oficjalny dokument potwierdzający zgodność z normami, spełnianie wymogów, autentyczność i inne” (internetowy słownik języka polskiego dostępny na stronie www.sjp.pl) W konsekwencji należało dojść do wniosku, że skoro pojęciu „certyfikatu” nie nadano zarówno powszechnie przyjętego, ani też legalnego znaczenia (strony były zgodnie co do okoliczności, że nie są relewantne w tej mierze przepisy Ustawy), to brak jest również podstaw do utożsamiania dokumentu o cechach określonych w SIWZ z dokumentem określonym w przepisach Rozporządzenia.

Nawet gdyby jednak przyjąć odmienne zapatrywanie, to za bezzasadnością wyeliminowania Odwołującego z udziału w Postępowaniu przemawia jeszcze okoliczność, że Zamawiający dopuścił możliwość złożenia dokumentu równoważnego, nie definiując jednak – co istotne – cech równoważności. Wobec tego nie mogły się ostać argumenty Zamawiającego, że równoważność dokumentu rozpatrywana była przez niego w kontekście niezależności (rozumianej jako brak związku z wykonawcą lub producentem sprzętu) podmiotu, który go wystawił, ponieważ takie rozumienie wspomnianej cechy nie wynika z postanowień SIWZ. Trzeba mieć na względzie, że nie jest dopuszczalna ocena ofert wykonawców (w tym składanych wraz z ofertami dokumentów) w oparciu o nieujawnione w SIWZ kryteria.

Nie miała natomiast znaczenia argumentacja stron dotycząca charakteru dokumentu przedstawionego przez Przystępującego, ponieważ zakresem rozpoznania Izby nie była objęta i, ze względu na wartość zamówienia – nie mogła być (por. przepis art. 180 ust. 2 Pzp), prawidłowość badania i oceny oferty Wykonawcy ZSK.

Reasumując, skład orzekający stwierdził, że Odwołujący załączył do oferty prawidłowy dokument przedmiotowy, wobec czego jego wyeliminowanie z Postępowania dokonane zostało z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, wobec czego orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: