

WYROK

Warszawa, dnia 13 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez wykonawcę EMCA S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Passus S.A. z siedzibą w Warszawie - uczestnika po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3969/24

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup systemu monitorowania sieci i aplikacji”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr S: 84/2024 254404-2024.

I. W dniu 28 października 2024 r. wykonawca EMCA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

- 1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Passus S.A. pomimo niespełnienia przez nią warunków postępowania,
- 2) art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy jej treść odpowiadała warunkom opisanym w zamówieniu.

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

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Passus S.A. jako najkorzystniejszej,

- 3)na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,
- 4)w przypadku braku uwzględnienia wniosku z punktu 3 powyżej:
- 5)uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1)ustawy Pzp.

II. Pismem wniesionym w dniu 12 listopada 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Passus S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca Passus”). Wykonawca Passus wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1 (zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Passus S.A. pomimo niespełnienia przez nią warunków postępowania).

Przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie tego zarzutu sprowadza się do dwóch twierdzeń:

- 1) Złożone przez Wykonawcę Passus jako podmiotowe środki dowodowe referencje i inne dokumenty nie spełniają wymagań Zamawiającego sformułowanych w ramach postawionego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Zdaniem Odwołującego nie sposób doszukać się w nich informacji co do ich przedmiotu i tym samym domniemywać trzeba najważniejszy element czyli prace, jakie ten wykonawca wykonał, oraz co za tym idzie ich należyte wykonanie.
- 2) Ponadto, Odwołujący stwierdził, że w ramach oświadczenia w Załączniku nr 9 Wykonawca Passus nie wpisał dostawcy urządzeń.

Odnosząc się do pierwszego z ww. stwierdzeń, Izba wskazuje, że złożone przez Wykonawcę Passus podmiotowe środki dowodowe, zarówno wykaz dostaw wraz z wdrożeniem jak i załączone do niego protokoły, zawierają informacje o przedmiocie świadczenia. Trzeba przy tym podkreślić, że podstawowym podmiotem środkiem dowodowym składanym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (w ramach warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej) jest wykaz odpowiednio: dostaw, usług albo robót budowlanych - w tym przypadku wykaz dostaw wraz z wdrożeniem. Natomiast załączane do wykazu dowody mają potwierdzić należyte wykonanie dostaw/usług/robót budowlanych. Wynika to z przepisów par. 9 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Zgodnie z przepisem par. 9 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania 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. Rozwiązanie to odpowiada realiom rynkowym, gdyż takie dokumenty jak referencje, jak i z oczywistych względów protokoły odbioru, nie są wystawiane w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oczywiście, treść tego rodzaju dokumentów musi korespondować w treścią złożonego wykazu, tj. musi z nich wynikać, że potwierdzają należyte wykonanie dostaw/usług/robót budowlanych wskazanych w wykazie. Izba nie rozpatrywała, czy tego rodzaju sytuacja wystąpiła w przypadku podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę Passus, gdyż taki zarzut nie wynika wprost z treści odwołania. Należy w tym miejscu podkreślić, że zarzuty odwołania powinny być postawione w sposób jasny i jednoznaczny. Izba nie może domniemywać, co stanowi przedmiot zarzut. Prowadziłoby to do sytuacji, w której zarzut byłby uzupełniany przez Izbę. Stanowiłoby to nierówne traktowanie stron postępowania i byłoby sprzeczne z przepisem art. 555 ustawy Pzp.

Za jeszcze bardziej niejasne należy uznać drugie z ww. twierdzeń Odwołującego. Odwołujący stwierdził, że w ramach

oświadczenia w Załączniku nr 9 Wykonawca Passus nie wpisał dostawcy urządzeń. Jednakże Odwołujący nie wyjaśnił jak ww. okoliczność ma się do postawionego zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu. Należy bowiem zauważyć, że cała pozostała treść uzasadnienia tego zarzutu dotyczy właśnie warunku udziału w postępowaniu. Natomiast przywołany przez Odwołującego Załącznik nr 9 to oświadczenie wykonawcy dotyczące przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Ww. jedno stwierdzenie, bez żadnego dalszego wyjaśnienia na czym polega w tym przypadku naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, nie może być uznane za postawienie odrębnego zarzutu odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nr 1 nie został w sposób wystarczająco sprecyzowany i jako taki nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut nr 2 (zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy jej treść odpowiadała warunkom opisanym w zamówieniu).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo uznał, że w jego ofercie nie został wskazany oferowany produkt, gdyż wynikał on wprost z Załącznika numer 9 do SWZ (strona 3), który był częścią oferty. Odwołujący wskazał tam podmiot będący dostawcą: BAKOTECH Sp. z o.o., natomiast jako podwykonawcę Kyndryl Poland Sp. z o. o. W ocenie Odwołującego powyższe w sposób dostateczny pozwalało na zidentyfikowanie przez Zamawiającego wymaganych informacji. Odwołujący zwrócił uwagę na specyfikę postępowania oraz czynności poprzedzające postępowanie. Zdaniem Odwołującego oczywiste jest, że wskazany przez niego podmiot jako jedyny oferuje na polskim rynku system Netscout. Ten system Odwołujący oferował w postępowaniach RFX, poprzedzających obecne postępowanie. Wiedza w tym zakresie była w posiadaniu Zamawiającego. Nie sposób pominąć faktu, że postępowanie poprzedzone było przygotowaniem i składaniem oświadczeń w ramach odpowiedzi na zapytania o informację. Odwołujący konsekwentnie wskazywał na jeden produkt tj. Netscout. Zdaniem Odwołującego Zamawiający mógł poprawić zaistniałą w ofercie omyłkę na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W jego ocenie, za uznaniem, że błąd w ofercie stanowił omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie ww. przepisu, świadczą następujące fakty. Po pierwsze, Zamawiający mógł łatwo błąd zauważyć. Po drugie, Zamawiający dysponował wszystkimi danymi niezbędnymi do poprawienia omyłki. Po trzecie, dokonanie poprawy nie powodowało istotnej zmiany treści oferty.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący:

- nie wskazał w formularzu cenowym w wierszu 1 nazwy producenta i nazwy oprogramowania, co oznacza niezłożenie oświadczenia woli w przedmiocie oferowanego oprogramowania;
- nie wskazał w formularzu cenowym w wierszu 2 nazwy producenta i nazwy modelu, co oznacza niezłożenie oświadczenia woli w przedmiocie oferowanego Agregatora.

Zamawiający uznał powyższe za nieusuwalny błąd oferty, którego nie można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, że czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, jest prawidłowa.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp obowiązuje ogólna zasada, zgodnie z którą niedopuszczalna jest zmiana jak i uzupełnienie oferty.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Bezsporna jest okoliczność, że Odwołujący nie podał w ofercie – formularzu cenowym informacji w zakresie producenta i nazwy oprogramowania oraz producenta i nazwy modelu agregatora.

Poprawienie ww. błędu w ofercie Odwołującego, jako omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mogłoby podlegać rozważeniu jedynie wtedy, gdyby brakujące informacje w zakresie producenta i nazwy oprogramowania oraz producenta i nazwy modelu agregatora znajdowały się w jakimś innym dokumencie składającym się na ofertę (np. w formularzu ofertowym). W sytuacji, gdy poprawienie oferty w zakresie oświadczenia wykonawcy co do oferowanego świadczenia wymaga sięgnięcia do informacji/dokumentów spoza złożonej przez niego oferty, z pewnością mamy do czynienia z istotną zmianą w treści oferty, co wyklucza zastosowanie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie jest zatem dopuszczalne sięgnięcie po informacje, jakie zostały przedstawione przez Odwołującego w procedurze przeprowadzonej przez Zamawiającego w ramach rozeznania rynku, przed wszczęciem obecnego postępowania. Informacje te nie stanowią części oferty złożonej przez Odwołującego w obecnym postępowaniu. Podobnie, za absolutnie wykluczone należy uznać określanie przedmiotu oferty na podstawie informacji przedstawionych w portfolio producenta czy dostawcy, które nie zostały zawarte w ofercie. Oczywiście dotyczy to również sytuacji, w której tylko jeden produkt spełniałby wymagania Zamawiającego. Treść ofert wykonawców w zakresie oferowanego świadczenia podlega ocenie pod kątem spełnienia ustalonych przez zamawiającego wymagań. Nie może być tak, że w przypadku jednej oferty to zamawiający – zamiast wykonawcy – dokonuje wyboru przedmiotu świadczenia z dostępnych na rynku produktów – nawet jeżeli miałyby to dotyczyć tylko jednego producenta/dostawcy wskazanego przez wykonawcę, w portfolio którego tylko jeden produkt spełniałby wymagania zamawiającego. Dodatkowo należy zauważyć, że – jak podniósł Wykonawca Passus - Odwołujący nie odniósł się do braku oferty polegającego na niepodaniu nazwy producenta i nazwy modelu oferowanego agregatora.

Mając na uwadze powyższe, zarzut nr 2 Izba uznał za oczywiście niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: