

Sygn. akt: KIO/KD 71/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 grudnia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej, zgłoszonych dnia 9 listopada 2016 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego

Szkołę Główną Handlową
Al. Niepodległości 162,
02-554 Warszawa

dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. **„Zakup infrastruktury sprzętowej - serwery kasetowe, serwery plików, przełączniki sieciowe, szafa serwerowa z wyposażeniem - (ZADANIE I) oraz laptopów (ZADANIE II) na potrzeby realizacji projektu wdrożenia Zintegrowanego Systemu Informatycznego do Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie, w ramach projektu Od administrowania do efektywnego zarządzania Szkołą Główną Handlową w Warszawie - połączenie wiedzy i nowoczesnych technologii informatycznych (nr POKL.04.01.01-00-129) współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego”.**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 22.11.2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po rozpatrzeniu zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie zakupu infrastruktury sprzętowej - serwery kasetowe, serwery plików, przełączniki sieciowe, szafa serwerowa z wyposażeniem (zadanie I) oraz laptopów (zadanie II) na potrzeby realizacji projektu wdrożenia Zintegrowanego Systemu Informatycznego do Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie, poinformował, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 3.11.2016r odnośnie naruszeń wskazanych w pkt 1 i 3 ww. Informacji, zaś odnośnie naruszenia wskazanego w pkt 2 - uwzględnił zastrzeżenia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że przepis art. 91 ust. 2 a ustawy Pzp wprowadzał - w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania - warunek stosowania kryterium cenowego jako jedynego kryterium oceny ofert, ograniczając go do zamówień powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Zawarte w treści art. 91 ust. 2 a ustawy Pzp terminy „powszechna dostępność” oraz „ustalone standardy jakościowe”, pomimo iż nie zostały zdefiniowane w samej ustawie Pzp, posiadają ugruntowane zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie Prawa zamówień publicznych, jednolite znaczenie. Biorąc pod uwagę fakt, że pojęcia te zostały użyte w art. 70 ustawy Pzp, uzasadnione jest skorzystanie w zakresie wykładni art. 91 ust. 2 a ustawy Pzp z dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego w związku z interpretacją art. 70 ustawy Pzp. W tym zakresie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przywołał fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.11.2014 r. sygn. akt KIO/2395/14. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach stawia nacisk na fakt, że zamówienie obejmowało urządzenia powszechnie dostępne, gdyż „w dzisiejszych czasach” zakup serwerów nie jest czymś wyjątkowym. Wspominając w zastrzeżeniach o instalacji, konfiguracji urządzeń i instruktażu Zamawiający podnosi fakt dostępności zamawianych urządzeń oraz spełniania ustalonych standardów jakościowych przez te urządzenia. Tym samym Zamawiający konsekwentnie podkreśla powszechną dostępność i ustalone standardy urządzeń, ignorując fakt, że przedmiot zamówienia obejmował oprócz dostawy urządzeń, także ich instalację, konfigurację, instruktaż oraz serwisowanie. Wszystkie usługi związane z dostawą również wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia i są z nim nierozdzielnie związane.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, powtórzył za Informacją o wyniku kontroli, że usługi w zakresie instalacji i konfiguracji sprzętu, instruktażu z zakresu jego wykorzystania, jak też serwisowania urządzeń, mogą być wykonywane tylko przez osoby posiadające odpowiednią do tego wiedzę i umiejętności, zatrudnione najczęściej przez wyspecjalizowane firmy z branży informatycznej. Z uwagi na wiedzę i umiejętności niezbędne do wykonania zamówienia, nie można uznać, że przedmiot zamówienia w zakresie ww. usług był pospolity, masowy i w sposób nieograniczony dostępny. W związku z tym przedmiotu zamówienia nie można zaliczyć do kategorii powszechnie dostępnych. W konsekwencji, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, niezasadne ustalenie przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu kryterium: cena 100%, jako jedyne kryterium oceny ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Jednocześnie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, wskazał, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w tym uczelnie publiczne, w przypadku wyboru ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, mają obowiązek wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. W treści złożonych zastrzeżeń, Zamawiający nie podważał ustalonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej braku wypełnienia i dołączenia do protokołu niniejszego postępowania ww. załącznika, a tym samym nie podważył ustaleń Prezesa Urzędu w tym zakresie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując wskazane w Informacji o wyniku kontroli naruszenie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp polegające na skierowaniu do wykonawców pism w sprawie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związana ofertą w dniu, w którym termin ten upłynął, wskazał, że każde odstępstwo od zachowania terminu wskazanego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp będzie naruszeniem tego przepisu. Zgodnie z dokumentacją postępowania, termin składania ofert upłynął w dniu 12.01.2015 r, z uwagi na 30 dniowy termin związania ofertą, upływ tego terminu przypadał na dzień 10.02.2015r., i w tym właśnie dniu Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na jego przedłużenie. Tym samym, Zamawiający nie zachował przewidzianego w ww. przepisie 3-dniowego okresu przed upływem terminu związania ofertą na zwrócenie się do wykonawców o zgodę na przedłużenie tego terminu. Powyższego nie zmieniają ogólnie wspomniane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach „obiektywne przyczyny”. W treści naruszenia nie była podważana skuteczność przedłużenia przez wykonawców terminu związania ofertą, ale istotą naruszenia było stwierdzenie zaniechania przez Zamawiającego dochowania terminu wskazanego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, poinformował, że biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego oraz przeważającego stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące charakteru oświadczenia producenta serwera co do obowiązków serwisowych uwzględnia zastrzeżenia odnośnie naruszeń wskazanych w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z zastrzeżeniami Zamawiającego z dnia 9.11.2016r., Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ww. zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko przedstawione w Informacji o wyniku kontroli zarówno w zakresie ustaleń faktycznych jak i argumentacji prawnej co do stwierdzonych w toku kontroli naruszeń.

Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), obowiązującą od dnia 19 października 2014 r., została dokonana zmiana przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), w zakresie kryteriów oceny ofert. W celu ograniczenia stosowania przez zamawiających ceny jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie do zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, dodano przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. W przypadku pozostałych zamówień, których przedmiot zamówienia nie jest powszechnie dostępny oraz nie ma ustalonych standardów jakościowych, zamawiający jest obowiązany zastosować obok ceny jeszcze co najmniej jedno kryterium oceny ofert spośród wymienionych w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp lub inne, związane z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie, zamawiający posiadający status jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, ze zm.) oraz zamawiający, będący państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej (art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), dokonując wyboru oferty wyłącznie w oparciu o kryterium ceny zobowiązani są do wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób uwzględnili w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Użyte w treści art. 91 ust. 2a ustawy Pzp pojęcia „powszechna dostępność” oraz „ustalone standardy jakościowe”, mimo, iż nie posiadają swej definicji legalnej, to jednak ich rozumienie jest już ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych. Z uwagi na funkcjonowanie tych pojęć w przepisach prawa zamówień publicznych jako przesłanek zastosowania trybu zapytania o cenę, zasadnym jest skorzystanie z dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego w zakresie interpretacji art. 70 ustawy Pzp. Za „powszechnie dostępne” przyjmuje się dobra popularne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym (por. Ryszard Szostak, Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, *Studia Prawnicze*, zeszyt nr 2 (172) 2007 r.; stanowisko przywołane również w uchwale Izby z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09). Za „powszechnie dostępny” należy rozumieć produkt pospolity, masowy, seryjny, popularny. Dostawy powszechnie dostępne to takie, co do których dostęp jest w zasadzie nieograniczony. Z kolei pod pojęciem „ustalone standardy jakościowe”, należy rozumieć przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), wyroby odpowiadające przeciętnym wymaganiom, odnosi się to do standardów wynikających z przyjętych dla tych produktów norm określonych przepisami prawa przedmiotu świadczenia, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Niespornym jest, że przedmiotem kontrolowanego postępowania jest zakup infrastruktury sprzętowej - serwery, przełączniki sieciowe, szafy serwerowe z wyposażeniem oraz zakup laptopów. Zakresem przedmiotu zamówienia jest także objęta instalacja i konfiguracja serwerów, instruktaż w zakresie ich obsługi oraz serwisowanie sprzętu przez wyspecjalizowane do tego osoby. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż wskazany wyżej przedmiot zamówienia z uwagi na to, że obejmuje on także instalację, konfigurację sprzętu, instruktaż z zakresu jego wykorzystania oraz serwisowanie urządzeń, nie można uznać za „powszechnie dostępny”. Wymienione usługi nie mają charakteru „powszechnie dostępnego”, choćby z uwagi na to, że mogą być one świadczone wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednią wiedzę i umiejętności w branży IT. Nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, zaprezentowanego w złożonych zastrzeżeniach, że „nie zmieniają powyższej oceny zobowiązania dotyczące instalacji i konfiguracji serwerów oraz instruktażu w zakresie ich obsługi, gdyż te okoliczności same przez się nie mają wpływu na dostępność zamawianych urządzeń, jak i na spełnienie ustalonych standardów jakościowych przez te urządzenia”. Przeciwnie, usługi instalacji, konfiguracji, instruktażu i serwisowania są istotnym elementem przedmiotu zamówienia, który może być zrealizowany wyłącznie przez podmioty posiadające odpowiednie

kwalifikacje, co wyłącza możliwość uznania ich za „powszechnie dostępne” i zastosowania jednego kryterium oceny ofert - cena.

Podzielić należy także stanowisko zaprezentowane w toku kontroli w zakresie naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp przez brak wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Uczelnia publiczna jako jednostka sektora finansów publicznych, jest zobowiązana w sytuacji zastosowania jednego kryterium ceny do wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Ustalenia kontrolujących w tym zakresie są prawidłowe, a Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach nie odniósł się do tego naruszenia.

Niespornym jest także fakt, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w dniu w którym upływał termin związania. Zatem naruszenie 3-dniowego okresu przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 85 ust.2 ustawy Pzp jest oczywiste. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, mając jednak na uwadze okoliczność, że termin, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter instrukcyjny i ma on zagwarantować wykonawcom czas wystarczający na złożenie stosownych oświadczeń oraz uwzględniając fakt, że w kontrolowanym postępowaniu, mimo niedochowania przez Zamawiającego wskazanego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp terminu, wykonawcy złożyli stosowne oświadczenia - Izba uznała, że stwierdzone naruszenie ma jedynie charakter formalny i pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....