

WYROK

z dnia 7 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2019 r. przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze**, w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach**

przy udziale:

- A. wykonawcy **OPTEAM Spółka Akcyjna w Jasionce**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **OPTEAM Spółkę akcyjną w Jasionce**, art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy **Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** i nakazuje zamawiającemu – **Województwu Świętokrzyskiemu – Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **OPTEAM Spółkę akcyjną w Jasionce** oraz wykluczenie z postępowania wykonawcy **Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze**;
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców **Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** oraz **OPTEAM Spółka akcyjna w Jasionce**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** na rzecz wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy), stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.3. zasądza od wykonawcy **OPTEAM Spółka akcyjna w Jasionce** na rzecz wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy), stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych 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. z 2018 r. poz. 1986 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 **Kielcach**.

Uzasadnienie

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i uruchomienie sprzętu komputerowego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 15 lutego 2019 roku wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w Zielonej Górze (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PERCEPTUS sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, dalej: „Perceptus”, oraz oferty złożonej przez OPTTEAM S.A. siedzibą w Jasionce, dalej „Opteam”, mimo iż są one niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w zakresie w jakim ww. wykonawcy zaoferowali zamawiającemu urządzenie dostępowe (AccessPoint) niespełniające wymagań określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

2.art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Perceptus oraz wykonawcy Opteam z postępowania, pomimo iż wykonawcy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu - dotyczy informacji podanych przez Perceptus i Opteam dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz dostaw) określonego w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z.,

ewentualnie:

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Perceptus z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz dostaw) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z.,

i ewentualnie:

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Perceptus i Opteam z postępowania, mimo iż wykonawcy nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz dostaw) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 lit. a i b s.i.w.z., ponieważ przedstawili zobowiązania do udostępniania zasobów, które nie mają charakteru realnego

i ewentualnie

5. art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Opteam do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz dostaw) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w części I i II:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Perceptus jako najkorzystniejszej;

2.dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;

3.odrzucenia oferty Perceptus i Opteam;

4.wykluczenia Perceptus i Opteam z postępowania;

5.w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Opteam i nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania - wezwania Opteam do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

6.dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Oferta

odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu rankingu ofert. Wykonawca posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferty złożone przez Perceptus i Opteam powinny zostać odrzucone, jak również zamawiający powinien dojść do wniosku, że ww. wykonawcy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i podlegają wykluczeniu z postępowania, natomiast oferta odwołującego w takiej sytuacji powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w części I i II. W związku z powyższym, w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Perceptus z uwagi na niezgodność oferty z s.i.w.z. odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt VI. B ppkt 12 ze str. 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) dla Części I i II zamówienia zamawiający wymagał, aby urządzenie dostępne (AccessPoint) do sieci Wi-Fi spełniało następujący parametr: „Współpraca z serwerem Radius w celu uwierzytelnienia administratora oraz możliwość uwierzytelnienia administratora poprzez klucz SSH. Urządzenie zaoferowane przez Perceptus w poz. B. tabeli formularza cenowego w Części I i II AccessPoint cnPilot Indoor E410 producenta Cambium Networks, wbrew oświadczeniu złożonemu przez Perceptus w na str. 24-26 oferty, nie spełnia ww. wymagania SOPZ. Urządzenie cnPilot E410 nie posiada możliwości uwierzytelnienia administratora poprzez klucz SSH. Zgodnie z ogólnodostępną dokumentacją techniczną producenta urządzenia umożliwia ono zarządzanie poprzez protokół SSH. Proces uwierzytelnienia użytkownika odbywa się jednak nie poprzez klucz, ale poprzez podanie loginu i hasła (sposób zapewniający zdecydowanie niższy poziom bezpieczeństwa). Urządzenie nie spełnia więc wymogu sformułowanego w s.i.w.z. przez zamawiającego, który jednoznacznie wskazał na konieczność zapewnienia możliwości uwierzytelniania poprzez klucz.

W ocenie odwołującego, urządzenie AccessPoint cnPilot Indoor E410 producenta Cambium Networks zaoferowane przez Perceptus nie spełnia również wymagania określonego w pkt. VI. B ppkt 17 ze str. 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) dla Części I i II zamówienia. Stosownie do treści tego wymagania zamawiający żądał, aby oferowane rozwiązanie w zakresie urządzenia dostępowego (AccessPoint) spełniało następujący parametr: „Zasilanie przez PoE w standardzie 802.3at lub 802.3af oraz zasilacz na napięcie 230V AC”. Odwołujący wskazał, iż dotyczy ono możliwości podłączenia dwóch różnych źródeł zasilania do zaoferowanego urządzenia zasilającego. Pierwsze z nich to zasilanie PoE w jednym ze standardów 802.3at lub 802.3af. Drugie natomiast, to zasilacz na napięcie 230V AC. Urządzenie cnPilot E410, które zostało zaoferowane w ofercie Perceptus może być zasilane jedynie ze źródła PoE (injektor lub switch w standardzie 802.3af), co wprost wynika ze specyfikacji producenta załączonej przez wykonawcę do oferty (strona 16): „Power Supply - Standard 802.3af injector (supplied) or any PoE Switch” (tłumaczenie z języka angielskiego str. 19 oferty Perceptus: Zasilanie - standardowy 802.3af iniektor (w zestawie) lub dowolny przełącznik PoE). Urządzenie to nie tylko nie posiada zasilacza na napięcie 230V, ale również brak jest w nim gniazda, które umożliwiłyby podłączenie zasilacza na napięcie 230V.

Odwołujący wskazał, że potwierdzenie spełnienia przedmiotowych parametrów w oświadczeniu załączonym do oferty Perceptus nie jest prawidłowe ani wystarczające, bowiem oferowane rozwiązanie w zakresie urządzenia dostępowego (AccessPoint) nie spełnia ww. parametrów VI.B ppkt 12 i 17 ze str. 3 SOPZ. Innymi słowy, parametry wskazane w dokumentacji technicznej producenta sprzętu w sposób pełny opisują faktyczne właściwości techniczne zaoferowanego przez Perceptus urządzenia. W pkt VI.C ppkt 1.1 s.i.w.z. zamawiający wskazał, że oświadczenie własne wykonawcy może zostać złożone jedynie w przypadku, gdy „dokumentacja lub specyfikacja techniczna sprzętu udostępniona przez producenta sprzętu, o których mowa powyżej, nie zawiera wszystkich parametrów pozwalających na pełną weryfikację wymagań zawartych w s.i.w.z.”. Jedynie w takim przypadku zamawiający dopuścił złożenie, oprócz wymaganej specyfikacji, dodatkowego oświadczenia zawierającego uzupełnienie brakujących parametrów (rzeczywistych) danego oferowanego sprzętu, potwierdzających spełnienie postawionych w s.i.w.z. wymagań. W przypadku zatem, gdy dokumentacja techniczna zawiera pełny opis parametrów, to złożenie oświadczenia przez wykonawcę powinno zostać uznane za niedopuszczalne. Odwołujący dodał, że skoro wykonawca zaoferował urządzenie AccessPoint poprzez wskazanie na konkretną nazwę handlową urządzenia i nie określił w żaden sposób w ofercie, że przedmiotowe rozwiązanie zostanie zmodyfikowane w stosunku do parametrów standardowych, to wykonawca nie może twierdzić, że zamawiającemu zostanie dostarczone urządzenie o zmienionych funkcjonalnościach.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Opteam z uwagi na niezgodność z s.i.w.z. odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Opteam powinna być odrzucona jako niezgodna z treścią s.i.w.z. z uwagi na zaoferowanie urządzenia dostępowego (AccessPoint) niespełniającego wymagań minimalnych określonych w SOPZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt VI. B ppkt 7 SOPZ zamawiający wymagał, aby urządzenie dostępne (AccessPoint) spełniało następujące wymaganie: "Funkcje zarządzanie pasmem, w szczególności ograniczenie max. użycia pasma per pojedynczy użytkownik". Urządzenie ProSAFE Business 2x2 Dual Band Wireless-AC Access Point model WAC72G producenta NETGAR, które zostało zaoferowane przez Opteam posiada funkcje związane z zarządzaniem pasmem, jednak, wedle najlepszej wiedzy odwołującego, nie umożliwia ograniczenia użycia pasma w stosunku do pojedynczego użytkownika.

W ocenie odwołującego urządzenie Business 2x2 Dual Band Wireless-AC Access Point model WAC720 nie spełnia również wymagania określonego w pkt VI.B ppkt 12 SOPZ: „Współpraca z serwerem Radius w celu uwierzytelnienia administratora oraz możliwość uwierzytelniania administratora poprzez klucz SSH”. Urządzenie zaoferowane zamawiającemu przez Opteam współpracuje z serwerem Radius, jednak nie w zakresie wskazanym w SOPZ, tj. serwer Radius nie służy do uwierzytelniania administratora. Serwer Radius jest wykorzystywany przez zaoferowane urządzenie dostępne do uwierzytelniania użytkowników łączących się z siecią Wi-Fi. Uwierzytelnienie administratora odbywa się natomiast bez udziału serwera Radius - administrator jest proszony o podanie loginu i hasła, których zgodność jest sprawdzana przez AccessPoint z informacjami zapisanymi w jego pliku konfiguracyjnym. Jest to sposób odmienny od wskazanego w treści SOPZ w związku z czym, oferta Opteam jest w tym zakresie niezgodna z wymaganiami zamawiającego. Ponadto zaoferowane urządzenie nie posiada możliwości uwierzytelnienia administratora poprzez klucz SSH. Zgodnie z ogólnodostępną dokumentacją techniczną producenta urządzenia umożliwia ono zarządzanie poprzez protokół SSH. Proces uwierzytelnienia użytkownika odbywa się jednak nie poprzez klucz, ale poprzez podanie loginu i hasła do konta (sposób zapewniający zdecydowanie niższy poziom bezpieczeństwa). W konsekwencji, zaoferowane przez Opteam urządzenie nie spełnia omawianego wymagania SOPZ, które jednoznacznie określa, że możliwość uwierzytelniania administratora powinna odbywać się poprzez klucz SSH.

Urządzenie dostępne zaoferowane przez Opteam nie spełnia również wymagania określonego w pkt VI.B ppkt 14 SOPZ, zgodnie z którym: "Cała konfiguracja musi mieścić się w pojedynczym pliku tekstowym, konfigurację urządzeń oparta na szablonach". Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że urządzenie producenta NETGEAR model WAC720 mieści konfigurację w jednym pliku tekstowym, natomiast nie zapewnia możliwości konfigurowania urządzeń w oparciu o szablony (brak możliwości definiowania szablonów, przypisywania ich do urządzeń).

Odwołujący podniósł, iż oświadczenie potwierdzające spełnianie przez zaoferowane urządzenie parametrów z s.i.w.z. jest prawidłowe. Przedmiotowe oświadczenie miało stanowić bowiem uzupełnienie brakujących w dokumentacji, ale w zakresie rzeczywistych parametrów sprzętu. W sytuacji, w której zaoferowane urządzenie wymaganych parametrów nie posiada, to oferta Opteam podlega odrzuceniu jako niezgodna z s.i.w.z. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykazu wykonanych dostaw – Perceptus, odwołujący podniósł, że zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu sformułowanym w pkt V.1.2 s.i.w.z. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy legitymujący się następującym doświadczeniem: "a) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto każda dostawa. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 2 000 000,00 zł brutto każda dostawa;

b) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 10 lokalizacji i każda licząca co najmniej 250 komputerów. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 20 lokalizacji i każda licząca co najmniej 500 komputerów. Przy czym przez uruchomienie rozumie się ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego (np. pakietu biurowego).

c) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem i konfiguracją min. 10 urządzeń dostępowych (AccessPoint-ów) każda. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem i konfiguracją min. 20 urządzeń dostępowych (AccessPoint-ów) każda.

Jedna dostawa może potwierdzać więcej niż jeden z warunków określonych w ppkt a), ppkt b) i w ppkt c)"

Odwołujący stwierdził, że Perceptus spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu wykazuje częściowo poprzez doświadczenie własne, a częściowo poprzez doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby - Seven sp. z o.o. Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca był wzywany do uzupełnienia oraz do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku:

W dniu 12 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał Perceptus na podstawie art. 26 ust. 3 P.z.p. do uzupełnienia JEDZ, wskazując, że dostawy wykazane w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą zostały przedstawione w sposób uniemożliwiający zamawiającemu dokonanie wstępnej oceny czy Perceptus spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w s.i.w.z. Wykonawca w JEDZ złożonym wraz z ofertą wskazał na zamówienia własne - zrealizowane na rzecz Starostwa Powiatowego w Słubicach i na rzecz JAWASOFT s.c. oraz na doświadczenie Seven sp. z o.o. - dostawa wykonana na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie oraz dostawa wykonana na rzecz wykonawcy Perceptus. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca uzupełnił JEDZ i doprecyzował treść wykazu zawartego w JEDZ.

W dniu 19 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę Perceptus do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca uzupełnił w dniu 24 grudnia 2018 r. wykaz dostaw, wskazując dostawy określone w JEDZ;

W dniu 3 stycznia 2019 r. i w dniu 8 stycznia 2019 r. zamawiający wezwał Perceptus do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. w zakresie dostawy wykonanej przez Seven sp. z o.o. na rzecz Perceptus oraz w zakresie dostawy wykonanej przez Perceptus na rzecz JAWASOFT;

W dniu 15 stycznia 2019 r. zamawiający wystosował ponowne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wskazując, iż nie akceptuje złożonych przez Perceptus wyjaśnień w zakresie dostawy wykonanej przez Seven sp. z o.o. na rzecz Perceptus oraz w zakresie dostawy wykonanej przez Perceptus na rzecz JAWASOFT. W odpowiedzi z dnia 18 stycznia 2019 r. Perceptus uzupełnił wykaz, w którym ostatecznie znalazły się zamówienia własne wykonawcy, jak również dostawa zrealizowana przez Seven sp. z o.o. - zamówienie wykonane na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie.

W ocenie odwołującego, dostawa wykonana na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie (doświadczenie udostępnione przez Seven sp. z o.o.) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z. Zgodnie z informacjami wskazanymi przez Perceptus w wykazie dostaw (oraz wcześniej w uzupełnionym JEDZ) zamówienie wykonane w okresie 30.10.2015 r. - 23.12.2015 r. miało obejmować "dostawę 840 komputerów AtlinOne na rzecz sądów powszechnych wraz z uruchomieniem w 57 lokalizacjach (ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego)". Oświadczenie w tym zakresie nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym, bowiem dostawa zrealizowana przez Seven sp. z o.o. nie obejmowała instalacji systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego. Wedle wiedzy odwołującego, zamówienie na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie dotyczyło sprzętu, który już fabrycznie przez producenta miał zainstalowane oprogramowanie (wykonawca nie wykonywał w tym zakresie jakichkolwiek czynności). Z treści warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w s.i.w.z. wynika natomiast, że dostawa przeprowadzona przez wykonawcę miała nastąpić wraz z uruchomieniem sprzętu, które zostało zdefiniowane w treści warunku jako m.in. "zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego (np. pakietu biurowego)". Ponadto dostawa komputerów na rzecz sądów powszechnych, jak wynika z protokołów odbioru, została wykonana do magazynów, czyli nie do miejsc docelowych w których następuje ich uruchomienie. Biorąc pod uwagę jednoznaczną treść warunku udziału w postępowaniu dostawa wykonana na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie nie może zostać uznana jako potwierdzająca wymagane doświadczenie.

W ocenie odwołującego, profesjonalny charakter działalności wykonawcy Perceptus wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania przez dostawę wykonaną na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie wszystkich wymaganych elementów warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.), Nawet jeśli uznać, że wykonawca opierał się na informacjach o zdobytym doświadczeniu przekazanych mu przez podmiot trzeci, to w żaden sposób nie zwalnia Perceptus z obowiązku weryfikacji rzetelności przekazanych mu informacji. W przypadku uznania przez Izbę, że brak jest podstaw do stwierdzenia winy wykonawcy w stopniu rażącego niedbalstwa lub celowego działania to z całą pewnością działanie Perceptus wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (tak wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r. KIO 531/18),

W ocenie odwołującego, powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, powodując konieczność wykluczenia wykonawcy Perceptus z postępowania, bez możliwości wezwania go do uzupełnienia nieprawdziwych informacji przedstawionych zamawiającemu.

Odwołujący z ostrożności, w przypadku braku podzielenia przez Izbę zasadności wykluczenia Perceptus na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., wykonawca Perceptus podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem

nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro bowiem wykonana przez podmiot trzeci dostawa nie obejmowała przeprowadzenia przez Seven sp. z o.o. instalacji, to doświadczenie udostępnione przez ww. spółkę wykonawcy Perceptus jest niewystarczające w świetle sformułowanego w s.i.w.z. warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p.).

Odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego, sposób wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.2 s.i.w.z. przez Perceptus polegający na tym, iż część z dostaw wskazanych w wykazie stanowi doświadczenie własne ww. wykonawcy, natomiast część doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest udostępniana przez podmiot trzeci, jest nieprawidłowy i w związku z tym nie potwierdza, że wykonawca Perceptus spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W przypadku wykonawcy Perceptus wykonawca w dniu 28 stycznia 2018 r. uzupełnił wykaz zgodnie z którym:

a.na potwierdzenie spełniania warunku udziału z pkt V.1.2 lit. a-b s.i.w.z. - dostawa sprzętu komputerowego o określonej wartości wraz z jego uruchomieniem (jedno zamówienie może potwierdzać więcej niż jeden warunek określony w s.i.w.z.) - wskazana została dostawa zrealizowana przez Seven sp. z o.o. (zamówienie na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie) oraz dostawa własna Perceptus (zamówienie na rzecz Seven sp. z o.o.)

b.na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.2 lit c s.i.w.z. - dostawa urządzeń dostępowych AccessPoint wraz z uruchomieniem i konfiguracją - zostały wskazane zamówienia własne Perceptus.

9.Z treści uzupełnionego wykazu wynika zatem, że żaden z podmiotów, tj. ani Perceptus ani Seven sp. z o.o. nie posiada doświadczenia wymaganego w s.i.w.z. w zakresie dostaw określonych w pkt V.1.2 lit. a-b s.i.w.z. - dostawa sprzętu komputerowego o określonej wartości wraz z jego uruchomieniem. W ten sposób wykazane doświadczenie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w s.i.w.z., bowiem w przypadku ubiegania się o zamówienie w Części I i II zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się co najmniej dwiema dostawami spełniającymi wszystkie elementy określone w warunku i doświadczenie posiadane przez jeden podmiot w zakresie dwóch dostaw o określonych wymaganiach nie może być zrównane z doświadczeniem określonym w wykazie Perceptus, zgodnie z którym wykonawca posiada wyłącznie jedną zrealizowaną dostawę a podmiot trzeci udostępniający zasoby – drugą. W tych okolicznościach żaden z podmiotów nie legitymuje się doświadczeniem w zakresie dwóch dostaw. W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz udostępnienia przez podmioty trzecie zasobów nie chodzi o proste sumowanie poszczególnych zamówień, ale o realne doświadczenie określonego podmiotu w realizacji zadań określonych w s.i.w.z. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2169/16.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykazu wykonanych dostaw – Opteam, odwołujący stwierdził, że z treści JEDZ NTT Technology sp. z o.o. będącego podmiotem trzecim udostępniającym zasoby wykonawcy Opteam wynika, że również w tym przypadku w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z. wskazano dostawę zrealizowaną na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie w okresie 11.10.2016 r. - 28.10.2016 r. Zgodnie z informacjami wskazanymi w oświadczeniu JEDZ (Część IV sekcja C) złożonym przez NTT Technology sp. z o.o. zamówienie polegało na "dostawie wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, do powyżej 20 lokalizacji, licząca powyżej 500 komputerów".

Wedle wiedzy Odwołującego, analogicznie jak w przypadku zarzutów skierowanych do wykonawcy Perceptus, zamówienie wykonane na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie przez NTT Technology sp. z o.o. nie obejmowało uruchomienia w rozumieniu nadanym przez zamawiającego w s.i.w.z., tj. nie dotyczyło "zainstalowania systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego (np. pakietu biurowego)". W treści JEDZ złożonym dla podmiotu trzeciego w sposób całkowicie nieprawidłowy wskazano zatem, że dostawa obejmowała uruchomienie sprzętu komputerowego - taka informacja jest informacją wprowadzającą w błąd, bowiem sugeruje, że w ramach dostawy podmiot trzeci udostępniający zasoby przeprowadził m.in. instalację określoną w definicji uruchomienia zawartej w s.i.w.z. Powyższe wypełnia przesłanki wykluczenia Opteam z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., gdyż wykonawca ten przekazał zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje sugerujące, że udostępnione wykonawcy przez podmiot trzeci doświadczenie jest prawidłowe i obejmowało usługi uruchomienia. W ocenie odwołującego, powyższe świadczy co najmniej o lekkomyślności i niedbalstwie Opteam, który powinien zweryfikować przekazane mu przez NTT Technology sp. z o.o. informacje.

Z ostrożności, w przypadku braku podzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej zasadności wykluczenia Opteam z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., odwołujący stwierdził, że nie może budzić wątpliwości fakt, że wstępne oświadczenie w JEDZ nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu (wbrew pouczeniu zawartym w Załączniku nr 3 do s.i.w.z., ostatnia strona) i zasadne jest w związku z tym zastosowanie wobec

Opteam art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wskazania podmiotu trzeciego jako podwykonawcy - Perceptus, Opteam, odwołujący stwierdził, że zarówno wykonawca Perceptus, jak i wykonawca Opteam w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegają na potencjale podmiotów trzecich udostępniających zasoby - Seven sp. z o.o. (Perceptus) oraz NTT Technology sp. z o.o. (Opteam). W obydwu przypadkach podmioty te udostępniają wykonawcom doświadczenie w zakresie warunku z pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z., tj. dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego rozumianego jako ustawienie w miejscu docelowym i wykonanie instalacji oprogramowania. W związku z tym, w zakres udostępnianych zasobów wchodzi nie tylko dostawa, ale również usługa uruchomienia sprzętu.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p. w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zasobach podmiotów trzecich, jeśli podmioty te zrealizują usługi do realizacji, których te zdolności są wymagane. Skoro udostępniane przez Seven sp. z o.o. oraz NTT Technology sp. z o.o. doświadczenie obejmuje nie tylko dostawę, ale również usługę (choć wykonanie uruchomienia jest kwestionowane przez odwołującego), to należy uznać, że w świetle art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p. podmioty te powinny wziąć udział w realizacji zamówienia, tj. być podwykonawcami. Z treści ofert Perceptus i Opteam wynika, że podmioty te wykonają zamówienie same bez udziału podwykonawców. Również ze zobowiązań podmiotów trzecich nie wynika, że podmioty te wezmą udział w realizacji zamówienia, a udostępnienie dotyczy konsultacji doradztwa, udziału w naradach, "pozostawania do dyspozycji", spotkań z personelem wykonawcy etc. Udostępnienie zasobów nie ma zatem charakteru realnego. W związku z tym, że oświadczenie o korzystaniu z podwykonawców przy realizacji zamówienia jest oświadczeniem dotyczącym treści oferty (deklaracja co do sposobu realizacji umowy) i nie podlega zmianie to należy uznać, że zobowiązania załączone do ofert Perceptus i Opteam są nierealne nie mają realnego charakteru.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: OPTeam Spółka Akcyjna w Jasionce oraz Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze.

Na posiedzeniu w dniu 1 marca 2019 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Wykonawcy OPTeam Spółka Akcyjna w Jasionce oraz Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt VI. B ppkt 12 ze str. 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) dla Części t i I zamówienia zamawiający wymagał, aby urządzenie dostępne (AccessPoint) do sieci Wi-Fi spełniało następujący parametr: „Współpraca z serwerem Radius w celu uwierzytelnienia administratora oraz możliwość uwierzytelnienia administratora poprzez klucz SSH.

Przystępujący Perceptus w poz. B. tabeli formularza cenowego w Części I i II zaoferował urządzenie AccessPoint cnPilot Indoor E410 producenta Cambium Networks i na str. 24-26 oferty złożył oświadczenie, że urządzenie spełnia wymagania SOPZ.

Zgodnie z pkt VI. B ppkt 17 ze str. 3 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) dla Części I i I zamówienia zamawiający żądał, aby oferowane rozwiązanie w zakresie urządzenia dostępowego (AccessPoint) spełniało następujący parametr: „Zasilanie przez PoE w standardzie 802.3at lub 802.3af oraz zasilacz na napięciu 230V AC”. Przystępujący Perceptus zaoferował urządzenie cnPilot E410.

W pkt VI.C ppkt 1.1 s.i.w.z. zamawiający wskazał, że oświadczenie własne wykonawcy może zostać złożone w przypadku, gdy „dokumentacja lub specyfikacja techniczna sprzętu udostępniona przez producenta sprzętu, o których mowa powyżej, nie zawiera wszystkich parametrów pozwalających na pełną weryfikację wymagań zawartych w s.i.w.z.”. W takim przypadku zamawiający dopuścił złożenie, oprócz wymaganej specyfikacji, dodatkowego oświadczenia zawierającego uzupełnienie brakujących parametrów (rzeczywistych) danego oferowanego sprzętu, potwierdzających spełnianie postawionych w s.i.w.z. wymagań.

Przystępujący Opteam zaoferował urządzenie ProSAFE Business 2x2 Dual Band Wireless-AC Access Point model WAC72G producenta NETGAR.

Zgodnie z pkt VI. B ppkt 7 SOPZ zamawiający wymagał, aby urządzenie dostępne (AccessPoint) spełniało następujące wymaganie: "Funkcje zarządzanie pasmem, w szczególności ograniczenie max, użycia pasma per pojedynczy użytkownik".

Zgodnie z pkt VI.B ppkt 12 SOPZ - „Współpraca z serwerem Radius w celu uwierzytelnienia administratora oraz możliwość uwierzytelniania administratora poprzez klucz SSH”. Zgodnie z pkt VI.B ppkt 14 SOPZ, "Cała konfiguracja musi mieścić się w pojedynczym pliku tekstowym, konfigurację urządzeń oparta na szablonach".

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu sformułowanym w pkt V.1.2 s.i.w.z., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy legitymujący się następującym doświadczeniem: "a) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto każda dostawa. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 2 000 000,00 zł brutto każda dostawa;

b) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 10 lokalizacji i każda licząca co najmniej 250 komputerów. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 20 lokalizacji i każda licząca co najmniej 500 komputerów. Przy czym przez uruchomienie rozumie się ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego (np. pakietu biurowego).

c) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem i konfiguracją min. 10 urządzeń dostępowych (AccessPoint-ów) każda. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem i konfiguracją min. 20 urządzeń dostępowych (AccessPoint-ów) każda.

Jedna dostawa może potwierdzać więcej niż jeden z warunków określonych w ppkt a), ppkt b) i w ppkt c)"

Przystępujący Perceptus spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu wykazuje częściowo poprzez doświadczenie własne, a częściowo poprzez doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby - Seven sp. z o.o.

W dniu 12 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego Perceptus na podstawie art. 26 ust. 3 P.z.p. do uzupełnienia JEDZ, wskazując, że dostawy wykazane w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą zostały przedstawione w sposób uniemożliwiający zamawiającemu dokonanie wstępnej oceny czy Perceptus spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w s.i.w.z. Przystępujący Perceptus w JEDZ złożonym wraz z ofertą wskazał na zamówienia własne - zrealizowane na rzecz Starostwa Powiatowego w Stubicach i na rzecz JAWASOFT s.c. oraz na doświadczenie Seven sp. z o.o. - dostawa wykonana na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie oraz dostawa wykonana na rzecz wykonawcy Perceptus. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca uzupełnił JEDZ i doprecyzował treść wykazu zawartego w JEDZ.

W dniu 19 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego Perceptus do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. Przystępujący Perceptus uzupełnił w dniu 24 grudnia 2018 r. wykaz dostaw, wskazując dostawy określone w JEDZ;

W dniu 3 stycznia 2019 r. i w dniu 8 stycznia 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego Perceptus do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. w zakresie dostawy wykonanej przez Seven sp. z o.o. na rzecz przystępującego Perceptus oraz w zakresie dostawy wykonanej przez przystępującego Perceptus na rzecz JAWASOFT;

W dniu 15 stycznia 2019 r. zamawiający wystosował ponowne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wskazując, iż nie akceptuje złożonych przez przystępującego Perceptus wyjaśnień w zakresie dostawy wykonanej przez Seven sp. z o.o. na rzecz przystępującego Perceptus oraz w zakresie dostawy wykonanej przez przystępującego Perceptus na rzecz JAWASOFT. W odpowiedzi z dnia 18 stycznia 2019 r. przystępujący Perceptus uzupełnił wykaz, w którym ostatecznie znalazły się zamówienia własne wykonawcy, jak również dostawa zrealizowana przez Seven sp. z o.o. - zamówienie wykonane na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie.

Zgodnie z informacjami wskazanymi przez Perceptus w wykazie dostaw {oraz wcześniej w uzupełnionym JEDZ} zamówienie wykonane w okresie 30.10.2015 r. - 23.12.2015 r. miało obejmować "dostawę 840 komputerów AllinOne na rzecz sądów powszechnych wraz z uruchomieniem w 57 lokalizacjach (ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego)".

Przystępujący Perceptus w dniu 28 stycznia 2018 r. uzupełnił wykaz zgodnie z którym:

a. na potwierdzenie spełniania warunku udziału z pkt V.1.2 lit. a-b s.i.w.z. - dostawa sprzętu komputerowego o określonej wartości wraz z jego uruchomieniem (jedno zamówienie może potwierdzać więcej niż jeden warunek określony w

s.i.w.z.) - wskazana została dostawa zrealizowana przez Seven sp. z o.o. (zamówienie na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie) oraz dostawa własna przystępującego Perceptus (zamówienie na rzecz Seven sp. z o.o.)

b.na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt V,1.2 lit c s.i.w.z. - dostawa urządzeń dostępowych AccessPoint wraz z uruchomieniem i konfiguracją - zostały wskazane zamówienia własne przystępującego Perceptus.

Przystępujący Opteam, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z., wskazał dostawę zrealizowaną na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie w okresie 11.10.2016 r. - 28.10.2016 r. Zgodnie z informacjami wskazanymi w oświadczeniu JEDZ (Część IV sekcja C) złożonym przez NTT Technology sp. z o.o. zamówienie polegało na "dostawie wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, do powyżej 20 lokalizacji, licząca powyżej 500 komputerów".

Przystępujący Perceptus, Opteam, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegają na potencjale podmiotów trzecich udostępniających zasoby - Seven sp. z o.o. (Perceptus) oraz NTT Technology sp. z o.o. (Opteam). W obydwu przypadkach podmioty te udostępniają wykonawcom doświadczenie w zakresie warunku z pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z., tj. dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego rozumianego jako ustawienie w miejscu docelowym i wykonanie instalacji oprogramowania. Ze zobowiązań podmiotów trzecich wynika, że udostępnienie dotyczy konsultacji, doradztwa, udziału w naradach, "pozostawania do dyspozycji", spotkań z personelem wykonawcy etc.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Opteam, oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego Perceptus.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutów uwzględnionych przez Izbę, Izba wskazuje, co następuje:

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego OpTeam.

Izba przeprowadziła dowód z przedłożonej przez odwołującego opinii dr. hab. inż. Andrzeja Zalewskiego dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i uruchomienie sprzętu komputerowego” prowadzonego przez Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach.

W tym miejscu wskazać należy, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego stosunkowo często składają do akt sprawy i wnoszą o przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej, sporządzonej przez rzeczoznawcę na zlecenie strony lub uczestnika postępowania. Autorami tych opinii są nierzadko osoby wpisane na listę biegłych sądu okręgowego.

Izba podkreśla, że tego rodzaju opinia prywatna, złożona w postępowaniu odwoławczym, nie jest opinią biegłego. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 września 1956 r., stwierdził, że: „Nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego, choćby nim był stały biegły sądowy, sporządzona na piśmie na polecenie strony i złożona do akt sądowych” (sygn. akt: III CR 121/56). Niemniej jednak opinie te nie są w ogóle pozbawione znaczenia w postępowaniu odwoławczym. Stanowią one dowód z dokumentu prywatnego i podlegają ocenie stosownie do reguł oceny dowodów w postępowaniu przed Izbą.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r. stwierdził, że: „przedstawianie przez strony prywatnych opinii, do których stosuje się art. 253 k.p.c. jest zjawiskiem procesowym coraz częstszym. Niewątpliwie nie będąc dowodem z opinii biegłego (...) stanowią one, jak trafnie podniesiono w literaturze, element materiału procesowego i powinny być udostępnione stronie przeciwnej. Prywatne ekspertyzy opracowane na zlecenie stron przed wszczęciem procesu, czy w jego toku, są wyjaśnieniem, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, ich stanowiska (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1974 r. II CR 260/74 LexPolonica nr 322007).

Z przedłożonej opinii wynika, że zaoferowane przez OpTeam urządzenie dostępowe AccessPoint do sieci Wi-Fi nie spełnia wymagań technicznych określonych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia – ust. VI lit. B SOPZ stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z. w zakresie:

- pkt 7 – urządzenie nie umożliwia ograniczenia maksymalnego użycia pasma per pojedynczy użytkownik,
- pkt 12 – urządzenie nie współpracuje z serwerem Radius w celu uwierzytelnienia administratora oraz nie umożliwia uwierzytelnienia administratora poprzez klucz SSH,
- pkt 14 – urządzenie nie spełnia parametru konfiguracji opartej na szablonach.

Potwierdzeniem wniosków wskazanych w opinii jest korespondencja mailowa prowadzona pomiędzy odwołującym a przedstawicielem firmy NETGEAR – producenta urządzenia. Z informacji przekazanych przez przedstawiciela NETGEAR wynika, że wskazane funkcjonalności nie są spełnione.

Przystępujący OpTeam, jako dowód w sprawie złożył oświadczenie NETGEAR Poland Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 21 lutego 2019 roku. Izba, po dokonaniu analizy treści oświadczenia, stwierdziła, że NETGEAR nie oświadczył w sposób kategoriyczny, iż zaoferowane urządzenie spełnia zakwestionowane wymogi, lecz stwierdził lakonicznie, że istnieje możliwość tej funkcji za pomocą zaoferowanych urządzeń (dot. funkcji zarządzania pasmem, w szczególności ograniczenie max. użycia za pomocą zaoferowanych urządzeń oraz współpracy z serwerem Radius w celu uwierzytelniania administratora oraz możliwość uwierzytelniania administratora poprzez klucz SSH). NETGEAR nie przedstawił żadnych bardziej szczegółowych informacji w kwestii możliwości dostosowania urządzenia do wymogów s.i.w.z., które stanowiłyby skuteczną przeciwwagę dla stwierdzeń wskazanych w opinii oraz jego własnej korespondencji. Ponadto oświadczenie zostało wydane w sytuacji, gdy przedstawiciel NETGEAR był świadomy, iż oświadczenie zostanie wykorzystane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie był on zatem podmiotem bezstronnym w niniejszym postępowaniu, ponieważ – w przypadku udzielenia zamówienia przystępującemu OpTeam – osiągnąłby bezpośrednią korzyść z dostarczenia urządzenia wykonawcy.

Tym samym Izba uznała, że odwołujący skutecznie wykazał niezgodność treści oferty przystępującego OpTeam z treścią s.i.w.z., w związku z czym zarzut należało uznać za uzasadniony.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego Perceptus.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu sformułowanym w pkt V.1.2 s.i.w.z., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy legitymujący się następującym doświadczeniem: "a) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto każda dostawa. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości minimum 2 000 000,00 zł brutto każda dostawa;

b) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 10 lokalizacji i każda licząca co najmniej 250 komputerów. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 20 lokalizacji i każda licząca co najmniej 500 komputerów. Przy czym przez uruchomienie rozumie się ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego (np. pakietu biurowego).

c) W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem i konfiguracją min. 10 urządzeń dostępowych (AccessPoint-ów) każda. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem i konfiguracją min. 20 urządzeń dostępowych (AccessPoint-ów) każda.

Jedna dostawa może potwierdzać więcej niż jeden z warunków określonych w ppkt a), ppkt b) i w ppkt c)"

Z treści wykazu uzupełnionego przez przystępującego Perceptus wynika, że wykonawca ten nie posiada doświadczenia wymaganego w s.i.w.z. w zakresie dostaw określonych w pkt V.1.2 lit. a-b s.i.w.z. - dostawa sprzętu komputerowego o określonej wartości wraz z jego uruchomieniem. W przypadku ubiegania się o zamówienie w Części I i II zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się co najmniej dwiema dostawami spełniającymi wszystkie elementy określone w warunku i doświadczenie posiadane przez jeden podmiot w zakresie dwóch dostaw o określonych wymaganiach nie jest tożsame z doświadczeniem określonym w wykazie Perceptus, zgodnie z którym wykonawca posiada wyłącznie jedną zrealizowaną dostawę a podmiot trzeci udostępniający zasoby – drugą.

W analogicznej sprawie wypowiedział się Trybunał Europejski w wyroku z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 *Esaprojekt* motyw 54, zgodnie z którym art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w

ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, udostępnienie tych zasobów musi mieć charakter realny, a podmiot trzeci musi brać rzeczywisty udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

W tym przedmiocie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 roku w sprawie E-324/14 Partner A. D. . Trybunał stwierdził, iż o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób.

TS stwierdził, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że:

– przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz

– nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.

Izba nie uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Perceptus mimo iż są one niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie w jakim przystępujący Perceptus zaoferował zamawiającemu urządzenie dostępne (AccessPoint) niespełniające wymagań określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez przystępującego Perceptus urządzenie dostępne (AccessPoint) do sieci Wi-Fi nie spełnia wymagań technicznych określonych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia - - ust. VI lit. B SOPZ, stanowiącego załącznik do s.i.w.z. w zakresie:

- pkt 12 – urządzenie nie umożliwia uwierzytelniania administratora poprzez klucz SSH,
- pkt 13 – urządzenie nie umożliwia zasilania zasilaczem na napięcie 230V.

Na potwierdzenie stawianych zarzutów odwołujący powołał się na opinię dr. hab. inż. A. Z. oraz korespondencję mailową z producentem urządzenia.

Izba na rozprawie w dniu 1 marca 2019 roku dopuściła wnioskowany przez przystępującego dowód z prezentacji zaoferowanego urządzenia. Przeprowadzona prezentacja wykazała, że urządzenie spełnia zakwestionowane wymogi SOPZ

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby potwierdzenie spełniania przedmiotowych parametrów w oświadczeniu załączonym do oferty Perceptus nie jest prawidłowe ani wystarczające, bowiem oferowane rozwiązanie w zakresie urządzenia dostępowego (AccessPoint) nie spełnia ww. parametrów VI.B ppkt 12 i 17 ze str. 3 SOPZ. Innymi słowy, parametry wskazane w dokumentacji technicznej producenta sprzętu w sposób pełny opisują faktyczne właściwości techniczne zaoferowanego przez Perceptus urządzenia.

W pkt VI.C ppkt 1.1 s.i.w.z. zamawiający wskazał, że oświadczenie własne wykonawcy może zostać złożone

jedynie w przypadku, gdy „dokumentacja lub specyfikacja techniczna sprzętu udostępniona przez producenta sprzętu, o których mowa powyżej, nie zawiera wszystkich parametrów pozwalających na pełną weryfikację wymagań zawartych w s.i.w.z”.

Izba wskazuje, że nierzadko zdarzają się sytuacje, gdy standardowe urządzenie, dopuszczone do powszechnej sprzedaży nie posiada wymaganych funkcjonalności, ale posiadają je urządzenia dedykowane do określonego postępowania. W takiej sytuacji uznać należy, że wykonawca może wykazać, że jego urządzenie spełnia określone wymogi, poprzez złożenie stosownego oświadczenia.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Perceptus oraz wykonawcy Opteam z postępowania, pomimo iż wykonawcy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu - dotyczy informacji podanych przez Perceptus i Opteam dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz dostaw) określonego w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z..

W ocenie odwołującego, dostawa wykonana na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie (doświadczenie udostępnione przez Seven sp. z o.o.) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z. Zgodnie z informacjami wskazanymi przez Perceptus w wykazie dostaw (oraz wcześniej w uzupełnionym JEDZ) zamówienie wykonane w okresie 30.10.2015 r. - 23.12.2015 r. miało obejmować "dostawę 840 komputerów AllinOne na rzecz sądów powszechnych wraz z uruchomieniem w 57 lokalizacjach (ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego)". Oświadczenie w tym zakresie nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym, bowiem dostawa zrealizowana przez Seven sp. z o.o. nie obejmowała instalacji systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego. Wedle wiedzy odwołującego, zamówienie na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie dotyczyło sprzętu, który już fabrycznie przez producenta miał zainstalowane oprogramowanie (wykonawca nie wykonywał w tym zakresie jakichkolwiek czynności). Z treści warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w s.i.w.z. wynika natomiast, że dostawa przeprowadzona przez wykonawcę miała nastąpić wraz z uruchomieniem sprzętu, które zostało zdefiniowane w treści warunku jako m.in. "zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego (np. pakietu biurowego)". Ponadto dostawa komputerów na rzecz sądów powszechnych, jak wynika z protokołów odbioru, została wykonana do magazynów, czyli nie do miejsc docelowych w których następuje ich uruchomienie. Biorąc pod uwagę jednoznaczną treść warunku udziału w postępowaniu dostawa wykonana na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie nie może zostać uznana jako potwierdzająca wymagane doświadczenie.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu sformułowanym w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy legitymujący się następującym doświadczeniem: W przypadku składania oferty na jedną część zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 10 lokalizacji i każda licząca co najmniej 250 komputerów. W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia - co najmniej dwie dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do min. 20 lokalizacji i każda licząca co najmniej 500 komputerów. Przy czym przez uruchomienie rozumie się ustawienie w miejscu docelowym, zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego (np. pakietu biurowego).

Izba nie podziela przyjętej przez odwołującego interpretacji wskazanego wyżej warunku. Z doświadczenia życiowego wynika bowiem, że zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego nie odbywa się w miejscu realizacji zadania, ale znacznie wcześniej. Na zasadność takiego działania wskazuje logika życiowa i praktyka tego rodzaju usług. Zamawiający, formułując przedmiotowy warunek, nie wymagał, by czynności wykonane w ramach uruchomienia odbywały się dokładnie w takiej kolejności, tj. najpierw ustawienie w miejscu docelowym, potem zaś dopiero zainstalowanie systemu operacyjnego i oprogramowania.

Wskazując na powyższe Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentu umowy nr 43/ZP-U/2015 z dnia 30 października 2015 roku zawartej pomiędzy Skarbem Państwa – Sądem Apelacyjnym w Krakowie a Seven Sp. z o.o. Wskazany dowód został zgłoszony na okoliczność wykazania, że w zakres dostawy nie wchodziło wykonanie instalacji systemu operacyjnego i oprogramowania użytkowego. Okoliczności te nie były pomiędzy odwołującym a przystępującym Perceptus sporne. Spór dotyczył interpretacji wskazanego wyżej warunku, który to spór Izba rozstrzygnęła na korzyść przystępującego Perceptus.

Analogiczny zarzut podniesiony przez odwołującego wobec przystępującego OpTeam Izba oddaliła, uznając go za przedwczesny. Z oświadczenia zamawiającego złożonego na posiedzeniu w dniu 1 marca 2019 roku wynika, że postępowanie było prowadzone w procedurze odwróconej, w związku z czym zamawiający nie badał okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę OpTeam. Z tego samego powodu Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania OpTeam do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz dostaw) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 lit. b s.i.w.z.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....