Sygn. akt: KIO 1564/17

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca br. przez wykonawcę A. D. S. spółka akcyjna w G. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Katowice w K.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia C. spółka akcyjna w K. i V. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miastu Katowice powtórzenie badania i oceny ofert, oraz wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia C. spółka akcyjna w K. i V. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu niezbędnych zasobów. Pozostałe zarzuty oddala.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miasto Katowice i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę A. D. S. spółka akcyjna w G. tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od zamawiającego – Miasta Katowice na rzecz wykonawcy A. D. S. spółka akcyjna w G. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1564/17

Uzasadnienie

I. Miasto Katowice (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Realizacja projektu Miejskie Centrum Usług Wspólnych w K.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 11 kwietnia 2017 r., poz. 2017/S *071-134291.* Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z poźn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28 lipca 2017 r. wykonawca A. D. S. spółka akcyjna w G. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum C.-V., pomimo że treść oferty Konsorcjum C.-V. nie odpowiada treści SIWZ,
2. naruszenie przepisu art.,89 ust. 1 pkt 6) Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum C.-V.,. pomimo że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,
3. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum C.-V., w sytuacji, gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,
4. z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum C.-V. do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczenia podmiotu trzeciego (W. S.A.) o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji, pomimo iż oświadczenie to jest niekompletne, nieprecyzyjne, nie zawiera wszystkich informacji wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:
I. Niezgodność oferty Konsorcjum C.-V. z wymogami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).
Zgodnie z SIWZ w niniejszym postępowaniu częścią oferty (jej załącznikiem nr 1) jest formularz cenowy zawierający specyfikację dostaw i usług niezbędnych do prawidłowej instalacji i eksploatacji Systemu. Zamawiający doprecyzował w wyjaśnieniach treści SIWZ w jaki sposób i jakie elementy- kosztowe winny być uwzględnione w poszczególnych pozycjach danej tabeli formularza cenowego i tak, wskazał, iż:

---

1) „W poz. 3.3 [Tabeli nr 1 formularza cenowego - dop. Odwołującego] należy wskazać cenę za licencje wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym, które Zamawiający może kupić w ramach prawa opcji.” (odpowiedź Zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 604),
2) W odpowiedzi zaś na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 601 w brzmieniu: Prosimy o potwierdzenie, iż Tabela 2 oraz Tabela 3 winny uwzględniać odpowiednio ceny za Licencje oraz ceny za Infrastrukturę techniczną - bez rozszerzonego serwisu gwarancyjnego? Zamawiający wskazał, że: „Ceny podane w tabelach 3 i 4 powinny uwzględniać ceny za Licencje oraz ceny za Infrastrukturę techniczną wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym.” - przy czym w przypadku tej odpowiedzi wkradła się omyłka w odesłaniu do Tabel, bo pytanie dotyczyło Tabel 2 i 3, a nie 3 i 4.
Tabela nr 2 ww. formularza cenowego, zgodnie z pkt 3) tego formularza, stanowi rozbicie cenowe licencji na poszczególne moduły/aplikacje Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego oraz Systemowego. Rozbicie to jest o tyle istotne, iż zgodnie z pkt 5) umieszczonym pod Tabelą nr 2 „Zakup każdej dodatkowej licencji dla kolejnego użytkownika w okresie obowiązywania Umowy będzie równa wartości licencji wymienionej w tabeli nr 2”.
Z powyższego wynika, iż:
1) Zamawiający chcąc zrealizować prawo opcji w części tj. dla wybranych modułów/aplikacji bądź w całości polegające na możliwości zwiększenia zamówienia o maksymalnie 596 licencji na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne będzie kierował się wartościami/cenami tych licencji podanymi przez danego oferenta w Tabeli nr 2,
2) Ceny licencji odpowiednio dla poszczególnych modułów/aplikacji ujęte w Tabeli nr 2 powinny być cenami za licencje wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym, co potwierdza zresztą wprost wymóg wskazany w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ a dokładnie w §5 ust. 2 projektu umowy. W paragrafie tym, regulującym kwestie realizacji prawa opcji wprost wskazano, że wszystkie licencje wymienione zarówno w ust. 1 (tj. w gwarantowanej ilości minimalnej tj. 5804) jak i w ust. 2 (licencje dodatkowe w ilości 596) ww. paragrafu 5 objęte będą Rozszerzonym serwisem gwarancyjnym.
Powyższe wskazanie wymogów SIWZ w zakresie konieczności ujęcia kosztów licencji wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym w Tabeli nr 2 formularza cenowego zostały podane w celu skonfrontowania ich z treścią oferty Konsorcjum C.-V. i w konsekwencji wykazania niezgodności tej oferty z wymogami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.
Należy bowiem wskazać, iż Konsorcjum C.-V. w Tabeli nr 2 formularza cenowego nie podało ceny licencji odpowiednio dla poszczególnych modułów/aplikacji Standardowego

Oprogramowania Aplikacyjnego wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym, lecz cenę samych licencji. Fakt ten można potwierdzić konfrontując zapisy Tabeli nr 1 formularza cenowego i sposób jej wypełnienia przez Konsorcjum C.-V. z wartościami ujętymi w Tabeli nr 2 tego formularza. Jak łatwo można zauważyć wartość podana w poz. 3 Tabeli nr 1, czyli

wartość netto/brutto licencji oprogramowania wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym tj. 7 705 510,00 zł netto/9 477 777,30 zł brutto nie jest równa sumie wartości/kwot określonych w Tabeli nr 2 (4 133 829,00 zł netto/5 084 609,67 zł brutto) - a powinna z uwagi na fakt, iż Tabela nr 2 zawierać ma rozbicie cenowe wszystkich licencji oprogramowania zaoferowanych w niniejszym postępowaniu przez danego oferenta (w tym na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne) wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym (co wynika z przywołanych powyżej zapisów projektu umowy i udzielnych przez Zamawiającego wyjaśnień).

Treść oferty Konsorcjum C.-V. w ewidentny sposób, w ocenie Odwołującego, nie odpowiada więc wymogom SIWZ w zakresie konieczności określenia w Tabeli nr 2 formularza cenowego ceny za daną licencję wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym (w tym przede wszystkim licencje wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym do modułów/aplikacji Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego).

Niewłaściwe, a przede wszystkim niezgodne z wymogami SIWZ, wypełnienie Tabeli nr 2 formularza cenowego przez Konsorcjum C.-V. powoduje, iż nie jest m.in. wiadome jaka jest cena danej licencji za dany moduł/aplikację Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego wskazana w Tabeli nr 2 wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym - a ta informacja jest wymagana i potrzebna w przypadku chęci skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w zakresie możliwości zwiększenia zamówienia na wybrane moduły/aplikacje Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego maksymalnie o 596 licencji.

Wskazanej powyżej niezgodności nie można, zdaniem Odwołującego, potraktować jako omyłki pisarskiej, rachunkowej, czy wreszcie omyłki, o której mowa w art. art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż nie jest możliwe poprawienie formularza cenowego w sposób, który nie powodowałby istotnych zmian w treści oferty Konsorcjum C.-V.. Każda ewentualna zmiana w tym zakresie byłaby bowiem zmianą treści oświadczenia woli tego wykonawcy w sensie merytorycznym, gdyż nie jest możliwe wyliczenie kosztów rozszerzonego serwisu gwarancyjnego dla poszczególnych licencji odpowiednio do modułów/aplikacji wskazanych w rozbiciu w Tabeli nr 2 formularza ofertowego ż ogólnych kwot zbiorczych podanych w Tabeli nr 1 formularza cenowego.

W przedmiotowej sytuacji również skorzystanie z instytucji określonej w art. 87 ust.1 Prawa zamówień publicznych nie mogłoby sanować ww. niezgodności, gdyż wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Należy w tym miejscu podkreślić, że informacje zawarte w Tabeli nr 2 stanowią treść oferty obejmującą istotne postanowienia umowy, a dokładnie postanowienia, które odnoszą się do ceny wykorzystywanej na potrzeby zamówień w ramach opcji (par. 5 ust. 2 projektu umowy, który zawiera odesłanie do oferty w zakresie cen licencji dla poszczególnych modułów/aplikacji jakie mogą zostać zakupione w ramach prawa opcji).

Cena oferty oraz jej ceny jednostkowe/składowe stanowią tzw. część merytoryczną oferty (a nie formalną) i są jej istotną treścią, zatem również w tym zakresie oferta musi zostać

przygotowana merytorycznie zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podnosił, że zarówno Odwołujący jak i Konsorcjum firm: S. S. Sp. z o.o. (…) - Lider Konsorcjum S. S. P. Sp. z o.o. (…) - Członek Konsorcjum w złożonych przez siebie formularzach cenowych w Tabeli nr 2, podali ceny licencji wraz rozszerzonym serwisem gwarancyjnym, czyli zgodnie z SIWZ.

Opisana powyżej niezgodność oferty z SIWZ i wyjaśnieniami Zamawiającego doprecyzowującymi SIWZ nie jest, jak wskazywał Odwołujący, jedyną niezgodnością występującą w ofercie Konsorcjum C.-V.. Zamawiający w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 600 w brzmieniu: „W przypadku, gdy łączna cena netto oraz cena brutto wynikająca z poz. 1 -3 Tabeli 4 formularza cenowego ma być równa odpowiednio cenie netto oraz cenie brutto formularza oferty w pkt. 1) a), prosimy o informację czy:

1) w poz. 1 Tabeli 4 - należy wskazać ceny Licencji wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym - tj. analogicznie do elementu ceny netto formularza oferty w pkt. 1) a) oraz do poz. 3 Tabeli 1?
2) w poz. 2 Tabeli 4 - należy wskazać wszystkie Usługi związane z realizacją przedmiotu zamówienia z wyłączeniem rozszerzonego serwisu gwarancyjnego dla Licencji oraz Infrastruktury technicznej, w związku z pytaniem dotyczącym poz. 1 oraz poz. 2 niniejszego punktu?
3) w poz. 3 Tabeli 4 - należy wskazać ceny za Infrastrukturę techniczną wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym - tj. analogicznie do elementu ceny netto formularza oferty w pkt. 1) a) oraz do poz. 2 Tabeli 1?"
wskazał, iż: „W poz. 1 Tabeli nr 4. należy wskazać ceny Licencji wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym, w poz. 2 Tabeli nr 4 - należy wskazać wszystkie Usługi związane z realizacją przedmiotu zamówienia z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym i Usługami Rozwoju wraz z usługami szkoleniowymi, a w poz. 3 Tabeli nr 4 należy wskazać ceny za Infrastrukturę techniczną wraz z rozszerzonym, serwisem gwarancyjnym analogicznie jak dla pozycji 1-3 w Tabeli nr 1".
Konsorcjum C.-V. tego wymogu nie spełniło, gdyż w tabeli nr 4 w pozycji 1 zatytułowanej „Licencje" podało cenę samych licencji tj. kwotę 4 133 829 zł netto/5 084 609,67 zł brutto (bez rozszerzonego serwisu gwarancyjnego), zaś koszt rozszerzonego serwisu gwarancyjnego uwzględniło prawdopodobnie w pozycji 2 Tabeli nr 4 - co możemy wyczytać/stwierdzić analizując poz. 3 Tabeli nr 1 formularza cenowego i rozbicia kwotowe tej pozycji w poz. 3.1.-3.3. Analogiczna niezgodność z wymogami SIWZ występuje w przypadku pozycji 3 Tabeli nr 4 (infrastruktura techniczna).

Odwołujący podkreślał, iż wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści SIWZ, które wykonawcy muszą brać pod uwagę sporządzając ofertę (wyrok KIO z 12 maja 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 729/10).

Konsorcjum C.-V. złożyło ofertę z pominięciem wymogów Zamawiającego zawartych SIWZ oraz uzupełniających SIWZ wyjaśnieniach przez co nie odpowiada ona treści SIWZ. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. Mając na uwadze powyższe zaniechanie odrzucenia oferta Konsorcjum C.-V., pomimo że treść oferty Konsorcjum C.-V. nie odpowiada treści SIWZ stanowi naruszenie art.89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

II. Błędy w obliczeniu ceny lub kosztu w ofercie Konsorcjum C.-V..
Wskazana przez Odwołującego powyżej niezgodność oferty Konsorcjum C.-V. z SIWZ w kontekście wymogu podania cen/kosztów licencji wyszczególnionych w Tabeli nr 2 formularza cenowego z uwzględnieniem kosztów rozszerzonego serwisu gwarancyjnego w ocenie Odwołującego może zostać potraktowana również jako błędne określenie cen/kosztów jednostkowych w Tabeli nr 2 formularza cenowego, które skutkuje niemożnością wyliczenia ceny/kosztów licencji modułów/aplikacji Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego wraz rozszerzonym serwisem gwarancyjnym, jakie mogą zostać zakupione w ramach prawa opcji. Zamawiający chcąc skorzystać z prawa opcji w zakresie możliwości zwiększenia zamówienia o 596 licencji na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne, których cena wraz z rozszerzonym serwisem gwarancyjnym miała zostać podana z Tabeli nr 2 do formularza cenowego to w przypadku oferty Konsorcjum C.-V. nie będzie mógł tego uczynić. Nawet w przypadku podjęcia jakiejkolwiek próby wyliczenia kosztu rozszerzonego serwisu gwarancyjnego dla danej licencji nie jest wiadome, czy koszt ten będzie taki sam dla każdej z licencji, czy też różny dla różnych licencji na dany moduł/aplikację Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego - tak samo jak różny jest koszt samych licencji do poszczególnych modułów/aplikacji Standardowego
Oprogramowania Aplikacyjnego wskazany w ofercie Konsorcjum C.-V. (w Tabeli nr 2 formularza cenowego Konsorcjum C.-V. ceny za jedną licencję wynoszą odpowiednio 300 lub 400 zł netto w zależności od danego modułu/aplikacji Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego). A skoro nie jest możliwe odczytanie tych wartości to tym bardziej nie jest możliwa ich „poprawa" na podstawie art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych lub art. 87

ust,1. Prawa zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe i niezależnie od innych przestanek odrzucenia wskazanych przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu oferta Konsorcjum C.-V. winna zostać odrzucona z uwagi na wskazany powyżej błąd. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum C.-V. w zaistniałej sytuacji stanowi w ocenie Odwołującego naruszenie art.89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

III. Zaniechanie wezwania Konsorcjum C.-V. do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczenia podmiotu trzeciego (W. S.A.) o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji.

W Części IV SIWZ w pkt. 17 wymieniono oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawcy składane wraz z ofertą, gdzie m.in. wskazano:
„3) Jeśli Wykonawca będzie polegać na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów - zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (załącznik nr 2) ”.
Tym samym wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, winien przedłożyć oświadczenia i dokumenty zawierające co najmniej informacje określone w Załączniku nr 2a do SIWZ „Wzór Oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji”.
Z Załącznika nr 2a do SIWZ stanowiącego „Wzór Oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji” udostępnionego przez Zamawiającego wynika, iż w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, podmiot trzeci winien wskazać cześć zamówienia, która będzie realizował. Informacji tej jednak nie zawiera oświadczenie/zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone przez W. S.A., które Konsorcjum C.-V. złożyło razem z ofertą. W oświadczeniu tym nie podano bowiem informacji o tym jaką część zamówienia będzie realizował ten podmiot w ramach zadeklarowanego podwykonawstwa. Wskazano jedynie ogólnie na usługi „wsparcia w zakresie wdrożenia Systemu”, „wsparcia w zakresie infrastruktury technicznej”. Należy przy tym wskazać, iż ww. podmiot trzeci nie uszczegółowił na czym owe wsparcie będzie polegać, w jaki sposób to wsparcie miałoby być realizowane i w jakim zakresie. Wręcz przeciwnie, ze wzoru oświadczenia podmiot ten lub Konsorcjum C.-V. usunął zapis/wymóg Zamawiającego co do wskazania takich informacji jak imię, nazwisko oraz funkcja lub zakres wykonywanych czynności (w przypadku realizacji części zamówienia). Skoro Zamawiający, zgodnie zresztą z Prawa zamówień publicznych, wskazał na obowiązek podania części zamówienia, których wykonanie ma realizować podmiot udostępniający zasoby to zakres ten w ramach zadeklarowanego przez ten podmiot podwykonawstwa powinien odpowiadać zakresowi wskazanemu w udostępnionym doświadczeniu, a, jak widać tak się nie stało, bo w treści oświadczenia wskazanego powyżej podmiotu trzeciego (W. S.A.) nie ma mowy o realizacji części systemu.
Ponadto, zgodnie z pkt. 3 Załącznika nr 2a do SIWZ (tj. wzoru Oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji) Zamawiający zażądał dookreślenia dokumentów jakie zostaną przedłożone w celu udowodnienia, że ww. Wykonawca będzie dysponował zasobami mu udostępnionymi w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, że stosunek łączący firmę, którą reprezentuje z wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów mu udostępnionych.
Zgodnie z treścią Załącznika nr 2a do SIWZ tj. Wzoru Oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji, ,,3. W celu udowodnienia, że ww. Wykonawca będzie dysponował zasobami mu udostępnionymi w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, że stosunek łączący firmę którą reprezentuję

---

z wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów mu udostępnionych przedłożę niżej wymienione dokumenty:
Uwaga
1. Za dokumenty o których mowa w pkt. 3 Zamawiający uzna odpowiednio np. poświadczenia, oświadczenia, umowy.”
Jako spełnienie ww. wymogu podmiot trzeci (W. S.A.) wskazał bliżej nieokreślone „poświadczenie potwierdzające należyte wykonanie prac polegających na dostawie systemu informatycznego”, a przecież zgodnie z wymogiem z pkt 3 miał wskazać na dokumenty, które

potwierdzą, iż Wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia oraz które wskażą na to jaki stosunek będzie łączył podmiot trzeci z Wykonawcą i który gwarantować będzie realny dostęp do zasobów podmiotu trzeciego przez niego udostępnionych.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący stwierdzał, iż przedstawione przez Wykonawcę oświadczenie podmiotu trzeciego (W. S.A.) o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji jest niekompletne, nieprecyzyjne, nie zawiera wszystkich informacji wymaganych przez Zamawiającego i z ostrożności tj. w przypadku uznania braku podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum C.-V. (które to podstawy w ocenie Odwołującego zachodzą i na co wskazuje Odwołujący w zakresie pozostałych zarzutów) Zamawiający winien wezwać Konsorcjum C.-V. do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedmiotowego oświadczenia podmiotu trzeciego (W. S.A.), zaś zaniechanie tej czynności w ocenie Odwołującego narusza art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnieniu czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzuceniu oferty Konsorcjum C.-V., z uwagi na to, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ, zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

3) powtórzeniu czynności badania i oceny ofert,

4) - z ostrożności - w przypadku nieodrzucenia oferty Konsorcjum C.-V. - wezwanie Konsorcjum C.-V. do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczenia podmiotu trzeciego (W. S.A.) o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji,

5) wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia C. spółka akcyjna w K. i V. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

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

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

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu potwierdziły się.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Prawa zamówień publicznych, Izba podzieliła w całości stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, i stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się, a Odwołujący nie udowodnił swoich racji. Przeciwnie, z samego odwołania wynika, że jeżeli wystąpiła niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, to niezgodność ta miała charakter formalny, a nie merytoryczny, tym samym nie ziściła się konieczność odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ. Odwołujący argumentację odwołania opiera na odpowiedzi Zamawiającego udzielonej na pytanie nr 601 do SIWZ, dostrzegając w tejże odpowiedzi omyłkę – dla Odwołującego – oczywistą: ,,przy czym w przypadku tej odpowiedzi wkradła się omyłka w odesłaniu do Tabel, bo pytanie dotyczyło Tabel 2 i 3, a nie 3 i 4” (strona 5 odwołania). Omyłka oczywista dla Odwołującego nie musiała być oczywista dla innych wykonawców, dlatego Zamawiający, w ocenie składu orzekającego, postąpił zgodnie z Prawem zamówień publicznych, dokonując przeliczeń wartości umieszczonych przez

Przystępującego w poszczególnych pozycjach tabel formularza cenowego. Zamawiający prawidłowo przyjął, że nieścisłości w udzielonych przez niego odpowiedziach na pytania do SIWZ nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawców. Okoliczność, że kwestionowane odwołaniem wartości można wyliczyć z tabeli formularza cenowego Przystępującego, potwierdza sam Odwołujący w treści odwołania, zauważając, że ,,(…) Konsorcjum C.-V. tego wymogu [podania kosztu rozszerzonego serwisu gwarancyjnego] nie spełniło, gdyż w tabeli nr 4 w pozycji 1 zatytułowanej „Licencje" podało cenę samych licencji tj. kwotę 4 133 829 zł netto/5 084 609,67 zł brutto (bez rozszerzonego serwisu gwarancyjnego), zaś koszt rozszerzonego serwisu gwarancyjnego uwzględniło prawdopodobnie w pozycji 2 Tabeli nr 4 -

---

co możemy wyczytać/stwierdzić analizując poz. 3 Tabeli nr 1 formularza cenowego i rozbicia kwotowe tej pozycji w poz. 3.1.-3.3. Analogiczna niezgodność z wymogami SIWZ występuje w przypadku pozycji 3 Tabeli nr 4 (infrastruktura techniczna)" (strona 8 odwołania). Skoro sam Odwołujący dostrzega, w jakich pozycjach tabeli formularza cenowego Przystępującego został wskazany koszt rozszerzonego serwisu gwarancyjnego, to Izba nie dopatrzyła się podstawy odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił również zarzutu błędu w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego, który to błąd miał polegać na braku wskazania kosztu rozszerzonego serwisu gwarancyjnego dla licencji dodatkowych. Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył wyliczenia, w oparciu o dane zawarte w formularzu cenowym Przystępującego, z którymi Odwołujący skutecznie nie polemizował. Zamawiający oparł wyliczenia na wynikającym z formularza cenowego Przystępującego założeniu, że koszt rozszerzonego serwisu gwarancyjnego dla licencji dodatkowych wyniesie 6 % wartości licencji określonych w tabeli 2. Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji, dlaczego takie założenie Zamawiający jest nieuprawnione, dlatego Izba zarzut ten oddaliła.

Natomiast potwierdził się zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczenia podmiotu trzeciego ,,o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji", tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych.
Załącznik nr 2a do SIWZ, zatytułowany „Wzór Oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji" wymagał, aby podmiot trzeci wskazał cześć zamówienia, którą będzie realizował. Informacji tej jednak nie zawiera oświadczenie/zobowiązanie podmiotu trzeciego, które Przystępujący złożył wraz z ofertą. W oświadczeniu wskazano jedynie ogólnie usługi „wsparcia w zakresie wdrożenia Systemu", „wsparcia w zakresie infrastruktury technicznej". Wobec braku jakiegokolwiek uszczegółowienia w tym zakresie, należy dookreślić, na czym wsparcie będzie polegać, w jaki sposób będzie realizowane i w jakim zakresie. O ile w orzecznictwie przyjęto, że deklaracja w zakresie części zamówienia, która będzie realizowana przez podwykonawcę, ma charakter jedynie informacyjny, to jeżeli podmiot trzeci jest nie tylko podwykonawcą, ale i podmiotem udostępniającym zasoby, to zakres ten w ramach zadeklarowanego przez ten podmiot podwykonawstwa powinien odpowiadać zakresowi wskazanemu w udostępnionym doświadczeniu.

Również słusznie Odwołujący zauważał, że zgodnie z pkt. 3 Załącznika nr 2a do SIWZ (tj. wzoru Oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji) Zamawiający żądał określenia dokumentów, jakie zostaną przedłożone w celu udowodnienia, że wykonawca będzie dysponował zasobami mu udostępnionymi w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz ocenę, że stosunek łączący podmiot trzeci z wykonawcą, który złożył ofertę, gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów udostępnionych wykonawcy.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 2a do SIWZ tj. Wzoru Oświadczenia podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji, ,,3. W celu udowodnienia, że ww. Wykonawca będzie dysponował zasobami mu udostępnionymi w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, że stosunek łączący firmę którą reprezentuję z wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów mu udostępnionych przedłożę niżej wymienione dokumenty:
Uwaga

1. Za dokumenty o których mowa w pkt. 3 Zamawiający uzna odpowiednio np. poświadczenia, oświadczenia, umowy."

Za spełnienie powyższego wymogu nie można uznać „poświadczenia potwierdzające należyte wykonanie prac polegających na dostawie systemu informatycznego". Zamawiający powinien oczekiwać dookreślenia dokumentów, które potwierdzą, iż Przystępujący będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia oraz które wskażą na to, jaki stosunek będzie łączył podmiot trzeci z Wykonawcą, gwarantujący realny dostęp do zasobów podmiotu trzeciego przez niego udostępnionych.

Powyższe braki powinny być uzupełnione w toku postępowania, bowiem Zamawiający nie może polegać na subiektywnym przekonaniu (nieopartym na dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), że związek pomiędzy podmiotem trzecim a wykonawcą składającym ofertę jest na tyle ścisły, że korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego będzie realne. Takie postępowanie Zamawiający prowadzi do naruszenia podstawowej zasady Prawa zamówień publicznych – wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych (zgodnie z żądaniem odwołania) powinien domagać się dookreślenia, na czym wsparcie podmiotu trzeciego będzie polegać, w jaki sposób będzie realizowane i w jakim zakresie oraz dookreślenia dokumentów, jakie zostaną przedłożone w celu udowodnienia, że wykonawca będzie dysponował zasobami mu udostępnionymi w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz ocenę, że stosunek łączący podmiot trzeci z wykonawcą, który złożył ofertę, gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów udostępnionych wykonawcy.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, co może mieć wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji, odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

---

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……