Sygn. akt: KIO 2684/17
KIO 2685/17

WYROK
z dnia 11 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Beata Pakulska – Banach
Irmina Pawlik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **IUVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2684/17),
B. w dniu 18 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IND M. A. z w siedzibą Ostrowcu Świętokrzyskim** oraz **Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 2685/17),

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie,**

przy udziale:

A. wykonawcy **ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2684/17 oraz o sygn. akt: KIO 2685/17 po stronie Zamawiającego,
B. wykonawcy **IUVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2685/17 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.
A. oddala odwołanie wykonawcy **IUVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2684/17),

B. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IND M. A. z w siedzibą Ostrowcu Świętokrzyskim** oraz **Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 2685/17) i nakazuje Zamawiającemu **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IND M. A. z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim** oraz **Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę **IUVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2684/17) i Zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2685/17) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących wykonawcę **IUVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 2684/17) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IND M. A. z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim** oraz **Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 2685/17) tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IND M. A. z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim** oraz **Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 2685/17) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 2684/17
KIO 2685/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup urządzeń VTL/backup to disc (deduplikatory) na potrzeby systemu backupu w ARIMR* (znak postępowania: DPiZP.2610.17.2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 165-339575.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2684/17

W dniu 18 grudnia 2017 r. wykonawca IUVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 1"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że treść oferty spółki ADT Group Sp. z o.o. odpowiadała treści SIWZ;
2. art. 22 d) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki ADT Group Sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty pomimo tego, że ww. spółka nie wykazała spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu;
3. art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających, że spełniają warunki udziału w postępowaniu pomimo tego, że zachodziły uzasadnione wątpliwości, co do spełnienia warunków postawionych przez Zamawiającego;
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki ADT Group Sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty pomimo tego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa spółka przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia, co do posiadania stosownych referencji oraz poprzez zaniechanie wskazania jako podwykonawcy producenta sprzętu w zakresie określonym we wzorze umowy § 5 ust. 12 w zw. z § 7 ust. 1 wzoru umowy. Mając zaś na uwadze oferowany przedmiot zamówienia (jego producenta) to jedynie spółka Dell EMC powinna zostać wskazana, jako podwykonawca w zakresie określonym w § 5 ust. 12 w zw. z § 7 ust. 1 wzoru umowy;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty spółki ADT Group Sp. z o.o.;
2. wykluczenia z postępowania spółki ADT Group Sp. z o.o.;
3. odrzucenia oferty spółki ADT Group Sp. z o.o.;
4. ponownej oceny złożonych ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki IUVI Sp. z o.o.

Odwołujący 1 wskazał, że posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. IUVI Sp. z o.o. ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odnosząc się do kwestii interesu podniósł, że odwołująca spółka spełnia warunki uczestnictwa w postępowaniu, w wyniku zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania spółki ADT Group Sp. z o.o., spółka IUVI Sp. z o.o. straciła możliwość uzyskania zamówienia. W przypadku prawidłowego działania – Zamawiający dokonałby wyboru jako najkorzystniejszej oferty spółki IUVI Sp. z o.o. Z kolei w zakresie przesłanki szkody wskazał, że szkoda polegać będzie na tym, iż IUVI Sp. z o.o. pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu, może „przegrać" z wykonawcą, który winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego Odwołujący 1 wskazał, że sposób sformułowania wymagania Zamawiającego określonego w tabeli nr 1 formularza ofertowego, dotyczącego jawności dokumentu należy odnieść zarówno do obowiązku podania ogólnodostępnego dokumentu producenta w postaci instrukcji użytkownika lub dokumentu technicznego, który potwierdza spełnienie parametru, jak i PN czyli part numeru, numeru części. Wskazał, że wykonawca ADT Group Sp. z o.o. w części, w której Zamawiający wymagał podania jawnego, ogólnie dostępnego dokumentu producenta w postaci instrukcji użytkownika lub dokumentacji technicznej potwierdzającej spełnienie określonych parametrów - powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie podał wymaganych danych. W tabeli Formularz oferty Lp. od 1 do 49 ww. wykonawca przepisał wymaganie techniczne, wskazał dokument - Dell EMC Data Domain Deduplikatory Storeage System spec sheet. Utajnił natomiast numer PN - wskazując, że podany jest on w części utajnionej przez spółkę.

Dalej Odwołujący 1 przywołał treść art. 11 ust. 4 ustawy 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), [dalej „znku"], jak również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt: I CKN 304/00) dotyczący interpretacji tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadto przywołał fragment uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. w zakresie numerów części.

W ocenie Odwołującego 1, wykonawca ADT Group Sp. z o.o. czyniąc zastrzeżenie i nie ujawniając określonych informacji oraz uzasadniając swoje stanowisko w sposób oczywisty spowodował, że treść jego oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem, aby podano *strony oraz nazwy oficjalnego, aktualnego oraz ogólnodostępnego dokumentu producenta w postaci instrukcji użytkownika lub dokumentacji technicznej, który potwierdza spełnienie parametrów.* Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził zaś, że informacje te nie są publicznie dostępne, nie zostały ujawnione. Tym samym zastrzeżenie tych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa przeczy wymaganemu warunkowi ogólnej dostępności.

Inaczej mówiąc, poprzez wskazanie, że wymagane informacje techniczne są tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym nie mają cechy powszechnej dostępności wykonawca złożył ofertę, której treść nie odpowiadała treści SIWZ. Informacje, które miały zgodnie z wymaganiami Zamawiającego mieć cechę jawności - zgodnie z oświadczeniem złożonym przez samą stronę cechy takiej nie posiadają. Powyższe bez wątpliwości czyni treść oferty niezgodną z treścią SIWZ. Zamawiający dokonując określonego zastrzeżenia wskazał, że

cecha jawności wskazanych danych ma dla niego doniosłe znaczenie i może rezygnować z postawionych przez siebie wymagań.

W zakresie zarzutu drugiego oraz częściowo czwartego Odwołujący 1 przywołał treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Podniósł, że z informacji wynikających ze stron internetowych wynika, iż spółka ADT Group Sp. z o.o. nie zrealizowała w sposób samodzielny zamówienia na rzecz Narodowego Instytutu Audiowizualnego w Warszawie, a jego zakres był na tyle szeroki, iż Odwołujący 1 twierdzi, że referencja ta nie potwierdza w istocie dostawy urządzeń typu storeage czy też macierzy na kwotę trzech milionów złotych. Ponadto zdaniem Odwołującego 1 podana przez wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. w JEDZ informacja jest nieprawdziwa i wprowadzająca Zamawiającego w błąd, co do wartości realizowanego zamówienia.

Wskazał, że niedbalstwo to zwyczajnie brak zachowania należytej staranności w działaniu a wskazanie przez ADT Group Sp. z o.o., że wykonała zamówienie w wartości 300000 PLN, w przypadku gdy zamówienie to obejmowało szereg elementów jest niedopuszczalne. Wpływ złożonego oświadczenia na działania Zamawiającego jest oczywisty bowiem doszło do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty spółki ADT Group Sp. z o.o.

Przechodząc do zarzutu czwartego przywołał treść punktu 12 formularza ofertowego, jak również postanowienia § 5 ust. 12 wzoru umowy. Wskazał, że w ofercie spółki ADT Group Sp. z o.o. pkt 12 znalazło się oświadczenie, iż spółka powierza część zamówienia w ww. zakresie spółce EMC Computer System Poland Sp. z o.o. jedynie w odniesieniu do usług szkoleniowych określonych w § 7 ust. 5 i 6 wzoru umowy. Tym samym nie wskazano innych usług wynikających z wymagań serwisowych, których świadczenie jest ograniczone ze względu na ich rodzaj do osoby producenta Sprzętu IT. Mając na uwadze zapisy SIWZ oraz wymagania umowy, we wskazanej części konieczne było wskazanie, jako podwykonawcy producenta Sprzętu IT. Zdaniem Odwołującego złożone przez ADT Group Sp. z o.o. oświadczenie jest oświadczeniem wprowadzającym w błąd Zamawiającego, a jednocześnie oświadczenie to może mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Powyższe powoduje również, iż treść oferty w tej części jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący 1 podniósł, że konieczność wskazania jako podwykonawcy producenta sprzętu IT wynika ze sposobu sformułowania postanowień wzoru umowy. Zakres usług serwisowych skonstruowany jest bowiem w taki sposób, że jedynie producent sprzętu jest w stanie zrealizować zakres usług. Wpływ złożonego oświadczenia na działania Zamawiającego jest oczywisty, bowiem doszło do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty spółki ADT Group Sp. z o.o.

Odwołujący 1 podkreślał, że treść oferty spółki ADT Group Sp. z o.o. nie odpowiadała treści SIWZ i zaniechanie odrzucenia oferty spółki ADT Group Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jest rażącym naruszeniem przepisów. Skoro bowiem ADT Group Sp. z o.o. nie może zrealizować w tej części samodzielnie przedmiotu zamówienia, a wskazana przez nich spółka również nie posiada stosownych uprawnień to sposób realizacji będzie sprzeczny z SIWZ. Sformułowane przez Zamawiającego warunki realizacji zamówienia skutkują koniecznością zatrudnienia podwykonawcy przez każdego wykonawcę, który nie jest producentem sprzętu.

Na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 221/16, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 września 2016 r. sygn. akt: XXIII Ga 345/16, wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 898/15 oraz wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 2386/16.

Zamawiający, w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 stycznia 2018 r., wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w związku z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i wobec tego, że Odwołujący 1 nie wykazał zaistnienia drugiej z ustawowych przesłanek dopuszczalności odwołania, tj. nie wykazał, że poniósł lub że może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący

---

1, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2017 r., dopiero pismem z dnia 18 grudnia 2017 r. (doręczonym Zamawiającemu w tym samym dniu) poinformował

o przedłużeniu terminu związania ofertą. Z uwagi na to, że termin związania ofertą ww. wykonawcy upłynął w dniu 16 grudnia 2017 r. (sobota), oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą przekazane przez IUVI Sp. z o.o. w dniu 18 grudnia 2017 r. (poniedziałek) było nieskuteczne. Odwołujący 1 na skutek własnych zaniechań, nie zapewnił zatem ciągłości terminu związania ofertą. Zamawiający wskazywał, że działania tego wykonawcy należy traktować jako działania profesjonalisty działającego na określonym rynku i przykładać do nich taką właśnie miarę należytej staranności. Zamawiający wskazał, iż obligatoryjną konsekwencją takiego zaniechania wykonawcy jest nałożony na zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wskazywał, że nawet w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, czynność ta będzie musiała obligatoryjnie skutkować także odrzuceniem oferty wykonawcy IUVI Sp. z o.o., a zatem oferta ww. wykonawcy nie mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 6 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 151/17, wyrok z dnia 28 grudnia 2016 r. sygn. akt: KIO 2370/16 oraz wyrok z dnia 6 grudnia 2016 r. sygn. akt: KIO 2216/16.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego Zamawiający wskazał, że nie sformułował w SIWZ wymagania nakazującego, aby informacje podawane przez wykonawców w ofertach nie mogły zostać objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jak wywodzi Odwołujący 1. Wywody IUVI Sp. z o.o. w tym zakresie stanowią oczywistą nadinterpretację SIWZ. Co więcej, w ocenie Zamawiającego, ustanowienie takiego wymagania w SIWZ byłoby sprzeczne z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego to do zakresu uprawnień wykonawcy, w tym przypadku ADT Group Sp. z o.o., należało ewentualne wskazanie w jakim zakresie podane w jego ofercie informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i, stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca ten wykazał, nie później niż w terminie składania ofert, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przedłożył przy tym stosowne wyjaśnienia odnośnie dokonanych zastrzeżeń. Zamawiający zaś uznał je za wystarczające. Co istotne – żadne z wniesionych odwołań nie zawiera zarzutów referujących do sprzeczności z przepisami ustawy ani dokonania takiego zastrzeżenia, ani też niezakwestionowania go przez Zamawiającego. Podkreślał, że wykonawca ADT Group Sp. z o.o. zawarł w ofercie (łącznie w części jawnej i niejawnej) wszystkie wymagane w SIWZ informacje.

W zakresie zarzutu drugiego Zamawiający wskazał, że wykonawca ADT Group Sp. z o.o. w ofercie i dokumentach przedłożonych na wezwanie Zamawiającego wykazał łącznie dwie dostawy, a zatem jedną dostawę więcej niż to było wymagane w SIWZ, przy czym

---

dostawa wskazana w poz. 2 wykazu dostaw jest wystarczająca dla wykazania przez ADT Group Sp. z o.o., iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący 1 nie kwestionuje zaś w jakikolwiek sposób tej pozycji wykazu.

Ustosunkowując się do zarzutu czwartego Zamawiający podniósł, że zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 12 wzoru umowy, obowiązkiem wykonawcy było zapewnienie dostępu do serwisu producenta o zakresie wskazanym w pkt 1 – 5 ww. postanowienia. Standardem na rynku jest utrzymywanie tego rodzaju serwisu przez producentów sprzętu IT i stanowi on niewątpliwe element akcesoryjny w przypadku sprzętu IT tej klasy co deduplikatory. Nie wymaga ona konieczności zawierania odrębnej umowy przez wykonawców z producentami sprzętu IT. Świadczenia te są standardowym elementem dostawy tego właśnie sprzętu. W związku z powyższym, w tym przypadku wykonawcy nie mieli obowiązku wskazywania podwykonawstwa dla czynności wyspecyfikowanych w pkt 1 – 5 § 5 ust. 12 wzoru umowy. Zatem oferta wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. także w tym zakresie była zgodna z SIWZ i nie podlegała odrzuceniu. Zamawiający podniósł również, iż przywołany przez Odwołującego 1 wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r. (sygn. akt: KIO 898/15), w którym jak twierdzi IUVI Sp. z o.o., Izba uznała zawarcie odrębnej umowy serwisowej za podwykonawstwo, zapadł w specyficznym stanie faktycznym, którego uznane za istotne dla rozstrzygnięcia elementy nie zachodzą co do oferty ADT Group Sp. z o.o.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2685/17

W dniu 18 grudnia 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Michał Adamski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IND M. A. z

siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim oraz Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący 2”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przez wykluczenie Odwołującego 2, pomimo że nie przedstawił on informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego 2, pomimo że odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego 2 z postępowania o udzielenie zamówienia;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2;
3. unieważnienia wyboru oferty ADT Group Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
4. przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego 2 jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący 2 przywołał treść art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, definiującego umowę o podwykonawstwo. Wskazał, że koniecznym warunkiem podwykonawstwa jest więc nawiązanie pomiędzy wykonawcą a innym podmiotem umownego stosunku prawnego, w ramach którego świadczenie tego podmiotu trzeciego miałoby polegać na wykonaniu części zamówienia publicznego. *A contrario* taka umowa, która ma za przedmiot inne świadczenie niż wykonanie części zamówienia publicznego nie może być uznana za umowę o podwykonawstwo. Podkreślał, że obowiązująca w polskim systemie prawnym zasada swobody umów dotyczy także określenia świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego, tak więc to strony określają przedmiot umów. W tej sytuacji umowa, która według swojej treści miała za zasadniczy przedmiot świadczenie wykonywane na rzecz wykonawcy, które to świadczenie dopiero miało mu umożliwić wykonanie zamówienia publicznego, nie będzie kreowała podwykonawstwa. W szczególności dotyczy to umów sprzedaży rzeczy przez producenta na rzecz wykonawcy, która nie stanowi podwykonawstwa także w interpretacji Krajowej Izby Odwoławczej dokonywanej w orzeczeniach KIO/UZP 1213/08 i KIO 360/15.

W niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego 2, nie ulega wątpliwości, że usługi konsultacyjne, szkoleniowe i certyfikacyjne stanowią element akcesoryjny stałej oferty producenta sprzętu i nie wymagają zawierania osobnej umowy. Wynika to z treści oferty skierowanej przez producenta do Odwołującego 2, załączonej do pisma Odwołującego stanowiącego wyjaśnienia.

Nie zmieniał tego stanu rzeczy fakt, że usługom tym producent nadał numery produktów, gdyż pomimo tego stanowią one część jego świadczenia w umowie sprzedaży rzeczy na rzecz Odwołującego 2. Brak jest natomiast pomiędzy producentem osobnej umowy, jaką można by uznać za umowę o podwykonawstwo w rozumieniu art. 2 pkt 9b ustawy Pzp.

Wskazywał, że Odwołującemu 2 w tej sprawie nie można zarzucić lekkomyślności lub niedbalstwa w ustalaniu, iż będzie wykonywał zamówienie bez podwykonawcy, w sytuacji gdy nie zawarł, ani nie miał obowiązku zawrzeć umowy o podwykonawstwo opisanej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, a w świetle przywołanego wyżej orzecznictwa Izby można było przyjąć racjonalny pogląd o braku po stronie producenta sprzętu statusu podwykonawcy. Przyjęcia

odmiennej interpretacji Zamawiającego, Odwołujący 2 nie miał natomiast obowiązku przewidzieć. Oznacza to, że ewentualny błąd Odwołującego należałoby uznać za usprawiedliwiony.

Ponadto podniósł, iż w świetle orzecznictwa Izby oświadczenie o udziale podwykonawcy ma jedynie walor informacyjny, a brak podania tej informacji nie wywołuje

skutków prawnych (KIO 2755/15, KIO 2756/15, KIO 2819/15 oraz KIO 2826/15). Trudno więc doszukać się istotnego wpływu informacji o podwykonawcy zamówienia na dostawę na decyzję Zamawiającego, skoro sam rodzaj stosunków prawnych między producentem sprzętu a Odwołującym (umowa sprzedaży rzeczy albo umowa o podwykonawstwo) nie rozstrzyga o zdolności Odwołującego do wykonania zamówienia, gdyż w każdym wypadku wymagane przez SIWZ usługi konsultacyjne i szkoleniowe były zapewnione.

Odwołujący 2 w zakresie zarzutu drugiego podniósł, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie wskazał w piśmie z dnia 6 grudnia 2017 r. na żaden zapis SIWZ, z którym oferta miałaby być niezgodna. W § 7 wzoru umowy, przewidziano świadczenia wykonawcy o charakterze konsultacyjnym, certyfikacyjnym i szkoleniowym. Oferta Odwołującego świadczenia takie obejmuje. Wbrew poglądowi Zamawiającego, § 7 wzoru umowy nie zabrania wykonywania tych świadczeń bez udziału producenta sprzętu. Wprost przeciwnie, w § 7 ust. 5 i 6 wzoru umowy, że wymagane jest zapewnienie wystawienia certyfikatu przez producenta sprzętu oraz przeprowadzenie warsztatów w ośrodku szkoleniowym producenta. W tej sytuacji nie można domniemywać zakazu udziału producenta w usługach o jakich mowa w § 7 ust. 1 – 3 wzoru umowy.

Nadto zwrócił uwagę, że Zamawiający odrzucił jego ofertę nie z uwagi na jej materialną niezgodność z treścią SIWZ. Miałoby to miejsce gdyby wykonawca nie zaoferował usług wynikających z § 7 umowy. Zamawiający zaś odrzucił ofertę Odwołującego jedynie z uwagi na aspekt formalny, tj. niezakwalifikowanie producenta jako podwykonawcy. Wykonawca bowiem jednoznacznie zaoferował te usługi, co potwierdziły wyjaśnienia z dnia 23 listopada 2017 r. wskazujące konkretne oznaczenia numeryczne. Zamawiający nie kwestionuje w piśmie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego, że przedmiot oferty nie obejmuje części usługowej wymaganej w SIWZ. Wskazywał, że przyczyną odrzucenia jest jedynie odmienna oceny czy usługi te powinny być wykonane w ramach stosunku podwykonawczego. W tak zakreślonym stanie faktycznym ustalenie powyższych okoliczności, tj. czy producent będzie czy też nie podwykonawcą jest irrelewantne w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia. Skoro więc Odwołujący w toku badania i oceny ofert wykazał, że wykona wszystkie usługi wymagane w § 7 umowy to nie zachodzi w tym zakresie jakakolwiek niezgodność z treścią SIWZ.

Przywołał wyrok KIO 236/17 wskazujący, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

W zakresie zarzutu trzeciego, Odwołujący 2 przywołał treść art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że w rozpoznawanej sprawie wadliwe wykluczenie Odwołującego 2 z postępowania i bezpodstawne odrzucenie jego oferty, pociągnęło za sobą naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór oferty ADT Group Sp. z o.o., tj. oferty nie będącej najkorzystniejszą, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ze względu na zaoferowaną cenę netto w kwocie 3 080 000 zł oraz pozostałe elementy świadczenia wykonawcy stanowiące kryteria oceny ofert (termin dostawy, okres świadczenia serwisu gwarancyjnego, termin naprawy sprzętu i parametry techniczne sprzętu) jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego się konsorcjum.

Zamawiający, w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 stycznia 2018 r., wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający argumentował, że z analizy treści SIWZ oraz dwukrotnych wyjaśnień Odwołującego wynika, iż *de facto,* wbrew twierdzeniom konsorcjum, wykonanie przez niego zamówienia byłoby związane z korzystaniem z producenta sprzętu IT jako podwykonawcy w zakresie usług wskazanych w § 7 wzoru umowy. Podkreślał, że Odwołujący 2 we wniesionym odwołaniu nie zaprzecza, że usługi wskazane w § 7 wzoru umowy mają być realizowane przez producenta sprzętu IT, ale jedynie wskazuje, że wykonawca nie miał obowiązku wskazania ich jako zakres podwykonawstwa. Tymczasem, w ocenie Zamawiającego, przedmiotowe świadczenia nie są immanentnie związane z samym zakupem sprzętu IT przez Odwołującego 2 od jego producenta, lecz wymagają zawarcia odrębnej umowy w tym zakresie (tj. wykupienia dodatkowych usług producenta o określonych numerach produktów). Należy zatem je traktować jako podwykonawstwo.

W opinii Zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie ulegało wątpliwości, że część

usług wskazanych w § 7 wzoru umowy wykonywać ma (na rzecz Zamawiającego) odpłatnie inny podmiot niż Odwołujący 2, tym samym nie ulega wątpliwości, że konsorcjum będzie korzystało z podwykonawcy podczas realizacji zamówienia, a co za tym idzie, należało przedmiotowe usługi zakwalifikować, jako podwykonawstwo wykonywane przez producenta sprzętu IT przy realizacji zamówienia.

Zamawiający wskazał, że z oświadczeń składanych przez Odwołującego 2 w treści uzasadnienia jego odwołania, świadczenia wymienione w § 7 ust. 5 i 6 wzoru umowy, w przypadku wyboru w postępowaniu oferty konsorcjum, byłyby wykonywane przez producenta zaoferowanego przez konsorcjum sprzętu, nie zaś przez samo to konsorcjum. Nie

ulega wątpliwości i nie jest sporne, iż świadczenia te wykonywać miałby podmiot inny niż konsorcjum.

Podobnie należy stwierdzić co do elementu odpłatności. Jak potwierdza Odwołujący 2 w treści odwołania, wszystkie ww. świadczenia objęte są przedmiotem odpłatnej umowy zawartej pomiędzy konsorcjum a producentem oferowanego sprzętu.

Zdaniem Zamawiającego nie mogło też ulegać wątpliwości i nie było sporne, iż ww. świadczenia stanowią część zamówienia publicznego objętego postępowaniem.

Zamawiający argumentował, że faktycznie wykonanie to będzie miało miejsce na rzecz Zamawiającego, nie zaś wykonawcy. Wynika to już z samej analizy przedmiotowych postanowień wzoru umowy. Oczywistym jest, iż zapewnienie ścieżek certyfikacyjnych „zakończonych certyfikatem wystawionym przez producenta sprzętu IT", o którym mowa w § 7 ust. 5 wzoru umowy, jest świadczeniem wykonywanym przez producenta sprzętu IT, na rzecz Zamawiającego, nie zaś na rzecz wykonawcy. Także warsztaty, o których mowa w § 7 ust. 6 wzoru umowy w zw. z treścią § 7 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy, są „warsztatami dla pracowników Kupującego". Nie ulega zatem wątpliwości, iż także i to świadczenie jest wykonywane na rzecz Zamawiającego, nie zaś wykonawcy.

Podsumowując Zamawiający wskazał, że bezsporne jest, iż wszystkie ww. świadczenia miałby wykonywać producent sprzętu IT, nie zaś konsorcjum. Tym samym nie może zasługiwać na uwzględnienie w takich, bezspornych, okolicznościach faktycznych argumentacja konsorcjum podnoszona w odwołaniu, wskazująca na to, iż nie będzie kreowała podwykonawstwa umowa, której przedmiotem jest świadczenie wykonywane przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy, nie zaś na rzecz Zamawiającego, a które to świadczenie dopiero ma umożliwić wykonawcy wykonanie (samodzielnie) zamówienia publicznego.

Bez znaczenia w ocenie Zamawiającego pozostawała podnoszona przez konsorcjum okoliczność objęcia także i tych świadczeń jedną i tą samą umową zawartą pomiędzy konsorcjum a producentem sprzętu IT, która obejmowała zasadniczo dostawę tego sprzętu. Istnienie jednej bądź osobnych umów w tym zakresie należy uznać za kwestię o znaczeniu czysto formalnym, bez istotnego wpływu dla oceny materialnoprawnego znaczenia zawartego pomiędzy konsorcjum a producentem sprzętu IT kontraktu.

Za istotne Zamawiający uznał także i to, że standardowe warunki usługi serwisowych świadczonych przez producenta sprzętu IT zaoferowanego przez konsorcjum nie obejmują ww. elementów. Aby zostały spełnione zatem te konkretne wymagania Zamawiającego bez naruszenia warunków gwarancyjnych wykonawca jest zobowiązany do wykupienia dodatkowych świadczeń producenta sprzętu IT w jego autoryzowanym kanale sprzedaży. W istocie rzeczy potwierdza to samo konsorcjum, przyznając w uzasadnieniu odwołania, iż *„usługom tym producent nadał numery produktów".* Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest uznanie za przyznane, iż sam ten właśnie konkretny producent traktuje te świadczenia jako

usługi odrębne od samego świadczenia w postaci dostawy sprzętu i jego serwisu. Fakt formalnego faktycznego objęcia wszystkich świadczeń tą samą umową pomiędzy konsorcjum a producentem pozostaje tu bez znaczenia.

Tym samym Zamawiający stwierdził, iż konsorcjum w odwołaniu wskazuje jedynie tyle, że wystarczające dla zapewnienia ww. świadczeń było rozszerzenie zakresu świadczeń w ramach umowy sprzedaży sprzętu. Nie wykazał jednak, aby rozszerzenie gwarancji mogło nastąpić inaczej niż poprzez wykupienie dodatkowych usług, a wręcz przeciwnie – potwierdził zarówno taką konieczność, jak i fakt dokonania tego przez siebie samego. Tym samym

potwierdzony został przez konsorcjum fakt ziszczenia się okoliczności tożsamych z okolicznościami, na których Izba oparła w warstwie faktycznej rozstrzygnięcie jakiego dokonała w wyroku z dnia 3 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 2386/16.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołał również wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 221/16, z dnia 20 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 236/17 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 września 2016 r. sygn. akt: XXIII Ga 345/16.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 i 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W opinii Izby za niezasadną należy uznać argumentację podniesioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jakoby wykonawca IUVI Sp. z o.o. nie wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż oferta ww. wykonawcy, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp ze względu na nieprzedłużenie terminu związania ofertą, przed upływem pierwotnego terminu. Zdaniem Izby wykonawca, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert, w dacie wnoszenia niniejszego odwołania, wobec braku czynności Zamawiającego skutkującej eliminacją ww. wykonawcy z postępowania, posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku zarzucanych Zamawiającemu naruszeń. Kwestia ewentualnego odrzucenia oferty wykonawcy

---

IUVI Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp podlegałaby kontroli ze strony wykonawców w ramach przysługujących im środków ochrony prawnej, dopiero po dokonaniu przez Zamawiającego takiej czynności.

Zamawiający w dniu 19 grudnia 2017 r. powiadomił wykonawców o wniesionych odwołaniach. Izba dopuściła do udziału w postępowaniach odwoławczych wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do obu postępowań odwoławczych w dniu 21 grudnia 2017 r. po stronie Zamawiającego. W piśmie procesowym z dnia 8 stycznia 2018 r. oraz w trakcie rozprawy Przystępujący ADT Group Sp. z o.o. przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę IUVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego (sygn. akt: KIO 2685/17) w dniu 22 grudnia 2017 r. po stronie Zamawiającego. W trakcie rozprawy Przystępujący IUVI Sp. z o.o. przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem ww. zamówienia publicznego była sprzedaż i dostarczenie (dostawa do wskazanych lokalizacji łącznie z instalacją, wdrożeniem oraz świadczeniem serwisu gwarancyjnego) fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego używania, wraz z niezbędną infrastrukturą i oprogramowaniem niezbędnym do zachowania funkcjonalności — 2 sztuk urządzeń VTL/backup to disc (deduplikatorów), zgodnie ze specyfikacją przedstawioną w pkt 2.3) SIWZ na warunkach i zasadach określonych we wzorze umowy wraz z załącznikami.

W punkcie I.3. SIWZ, Zamawiający dopuścił powierzenie podwykonawcom wykonania części zamówienia. Nadto postanowił, że wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy oraz podania firm podwykonawców.

Z kolei pkt 12 formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) stanowił: *„Podwykonawcom zamierzamy powierzyć wykonanie następującej(-ych) części zamówienia*

(należy podać zakres prac oraz firmę podwykonawcy):
*a) …….****
*b) …….****
**** *W przypadku niewypełnienia Zamawiający uzna, że wykonawca nie zamierza powierzyć wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom".*

W § 5 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), Zamawiający postanowił, że serwis gwarancyjny świadczony będzie przez sprzedawcę przez zadeklarowaną w formularzu

---

ofertowym ilość miesięcy. Nadto zgodnie z ust. 2 ww. paragrafu, sprzedawca zobowiązuje się, że podczas trwania serwisu gwarancyjnego, po otrzymaniu zawiadomienia od kupującego, na własny koszt i ryzyko, naprawi lub wymieni w terminach określonych w niniejszym paragrafie wadliwy sprzęt IT na wolny od wad oraz usunie skutki tych wad. Naprawy będą dokonywane bezpośrednio przez sprzedawcę w lokalizacji kupującego, w której dokonano wdrożenia sprzętu IT. Jednocześnie sprzedawca zobowiązany był w ramach serwisu gwarancyjnego do dokonywania napraw sprzętu IT w ciągu zadeklarowanej w formularzu ofertowym ilości godzin, od momentu dokonania zgłoszenia serwisowego, przy czym naprawa w miejscu instalacji sprzętu IT powinna być dokonana przez serwisanta posiadającego właściwe kwalifikacje techniczne (§ 5 ust. 4). Nadto w ust. 12 ww. paragrafu Zamawiający postanowił, że w ramach serwisu gwarancyjnego kupujący będzie miał prawo dostępu do serwisu producenta sprzętu IT, w tym: 1) aktualizacji wersji oprogramowania (updates, upgrade, patches) oraz nowych wersji oprogramowania i udoskonaleń do wersji bieżących oprogramowania (nowych edycji oprogramowania, wydań uzupełniających, poprawek programistycznych); kupujący, w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy, uzyskuje prawo do zainstalowania, uruchamiania, przechowywania i nieograniczonego w czasie korzystania z aktualizacji dla osób wskazanych przez upoważnionych przedstawicieli kupującego, o których mowa w § 3 ust. 2; 2) monitorowania statusu zgłoszeń serwisowych; 3) samodzielnego lub za pośrednictwem sprzedawcy zgłaszania awarii do producenta; 4) samodzielnego lub za pośrednictwem sprzedawcy dostępu do bazy oprogramowania, bazy wiedzy, dokumentacji i forum dyskusyjnego producenta sprzętu IT, o ile takie istnieją oraz 5) dostępu do centrum kompetencyjnego producenta sprzętu IT, o ile takie istnieje (wymagane konta na stronach producenta sprzętu IT dla osób wskazanych przez upoważnionych przedstawicieli kupującego, o których mowa w § 3 ust. 2).

Z kolei w § 7 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający postanowił, że sprzedawca w ramach serwisu gwarancyjnego, o którym mowa w § 5, ma zapewnić kupującemu: 1) 300 (słownie: trzysta) godzin konsultacji w czasie trwania umowy, w zakresie problemów dotyczących sprzętu IT, aktualizacji oraz rekonfiguracji sprzętu IT. Konsultacje będą obejmowały analizy, audyty oraz rekomendację dotyczącą sprzętu IT, jak również wszelkiego rodzaju prace związane z oprogramowaniem, tj. konfiguracja, rekonfiguracja oraz pomoc przy pracach technicznych przeprowadzanych przez kupującego. Konsultacje mają być świadczone w języku polskim; 2) dostęp elektroniczny do informacji na temat posiadanych przez producenta aktualizacji, produktów, biuletynów technicznych, list dyskusyjnych, bazy danych problemów technicznych rejestrowanych przez pracowników działu asysty technicznej sprzedawcy; 3) warsztaty dla pracowników kupującego. Nadto zgodnie z ust. 3, sprzedawca zapewni również konsultacje udzielane pod adresem kupującego (…), z zastrzeżeniem, że takie konsultacje będą trwać min. 2 godziny oraz że sprzedawca zostanie poinformowany

---

o planowanych konsultacjach w siedzibie kupującego z wyprzedzeniem co najmniej 2 dni roboczych. Czasu związanego z dojazdem sprzedawcy do siedziby kupującego nie wlicza się w limit 300 godzin, o którym mowa w ust. 1 pkt 1.

W § 7 ust. 5 wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że sprzedawca zapewni, w ramach warsztatów, o których mowa w ust. 1 pkt 3, w czasie trwania umowy,

w terminach uzgodnionych z kupującym i w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy, pełne ścieżki certyfikacyjne dla dostarczonego sprzętu IT, obejmujące konfigurację i eksploatację a zakończone certyfikatem wystawionym przez producenta sprzętu IT dla 3 pracowników kupującego.

Z kolei zgodnie z § 7 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający postanowił, że warsztaty będą

przeprowadzane w czasie trwania umowy w ośrodku szkoleniowym producenta na terenie miasta Warszawa.

W tym miejscu zauważyć należy, iż w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 27 września 2017 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 16 wskazał, iż pojęcie „pełna ścieżka certyfikacji" oznacza przeprowadzenie pełnych dedykowanych szkoleń producenta sprzętu, których realizacja zostanie potwierdzona przez producenta sprzętu poprzez wystawienie certyfikatu. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 17 Zamawiający potwierdził, że warsztaty dla 3 pracowników kupującego (§ 7 ust. 5 wzoru umowy) w ośrodku szkoleniowym, o którym mowa w § 7 ust. 6 wzoru umowy, to te same warsztaty, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy.

Wykonawca ADT Group Sp. z o.o. w punkcie 12 formularza ofertowego oraz części II sekcji D JEDZ oświadczył, że spółce EMC Computer Systems Poland Sp. z o.o. zamierza powierzyć świadczenie usług szkoleniowych zgodnie z zakresem opisanym we wzorze umowy, tj. § 7 ust. 5 i 6. Z kolei Odwołujący 2 w ww. dokumentach oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców przy realizacji niniejszego zamówienia.

W dniu 6 grudnia 2017 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Oferta wykonawcy IUVI Sp. z o.o. uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Jednocześnie Zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wykluczył z postępowania Odwołującego 2. Zamawiający uzasadniał, iż wymagał w SIWZ wskazania części zamówienia, która ma być wykonana przez podwykonawców wraz ze wskazaniem tych firm. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego 2 do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy usługi o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1, ust. 5 i 6 wzoru umowy (stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ) należało zakwalifikować jako podwykonawstwo wykonywane przez producenta urządzeń przy realizacji zamówienia przez

---

Odwołującego 2. Wykonawca przedłożył wyjaśnienia (pismo z dnia 17 listopada 2017 r.), które w ocenie Zamawiającego wymagały doprecyzowania. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2017 r. zwrócił się o złożenie dodatkowych wyjaśnień, które Odwołujący 2 złożył w dniu 23 listopada 2017 r. Zamawiający w toku badania i oceny ofert ustalił, że Odwołujący 2 w formularzu ofertowym oraz wyjaśnieniach z dnia 17 listopada 2017 r. oświadczył, że nie będzie posługiwał się przy wykonaniu zamówienia podwykonawcami. Część uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego 2 z postępowania Zamawiający objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Na podstawie dokonanych ustaleń faktycznych Zamawiający uznał, iż pozostawały one w sprzeczności z treścią oświadczenia złożonego w ofercie przez Odwołującego 2, zgodnie z którym to oświadczeniem, wykonawca ten nie zamierza korzystać z podwykonawstwa.

W świetle ww. okoliczności, w ocenie Zamawiającego, ziściła się przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Nadto Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mając na uwadze okoliczności faktyczne uzasadniające wykluczenie Odwołującego 2 z postępowania w świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego 2 podlegała odrzuceniu, gdyż nie jest możliwe wykonanie części świadczeń bez udziału producenta. W ofercie wykonawca oświadczył, że nie korzysta z podwykonawstwa. Z kolei ewentualna zmiana oferty w tym zakresie (tj. uzupełnienie formularza ofertowego w pkt 12 o zakres podwykonawstwa) stanowiłaby niedopuszczalną zmianę treści oferty po jej złożeniu. Zatem w ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego 2 podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Sprawa o sygn. akt: KIO 2684/17

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegającą na zastrzeżeniu tajemnicą przedsiębiorstwa numerów części wbrew postawionemu przez Zamawiającego warunkowi ogólnej dostępności,

Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Oceny ww. zarzutu należało dokonać z uwzględnieniem brzmienia nagłówka kolumny nr 3 tabeli nr 1 formularza ofertowego opracowanego przez Zamawiającego, który stanowił: *„Parametr oferowany – wypełnia wykonawca (Wymaga się podania nr strony oraz nazwy oficjalnego, aktualnego oraz ogólnodostępnego dokumentu producenta w postaci instrukcji użytkownika lub dokumentacji technicznej, który potwierdza spełnienie parametru. Wymaga się również wskazania PN – part numer/numer części – dla każdej pozycji).”*

W opinii Izby literalna analiza ww. postanowienia formularza ofertowego będącego załącznikiem do SIWZ prowadziła do wniosku, iż wymóg ogólnodostępności dotyczył wyłącznie dokumentu producenta w postaci instrukcji użytkownika lub dokumentacji technicznej, który miał potwierdzać spełnienie określonego parametru, nie zaś, jak wywodził Odwołujący 1, także numerów części (PN).

Mając na uwadze powyższą wykładnię treści SIWZ, a także okoliczność, iż wykonawca ADT Group Sp. z o.o. w treści formularza ofertowego (kolumna 3 tabeli nr 1) wskazał wymagane przez Zamawiającego numery części tzw. part number, czyniąc zadość ciążącemu na nim obowiązkowi wynikającemu z SIWZ, a precyzyjnie z treści tabeli nr 1 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, niezakwestionowaną przez Odwołującego 1 w ramach wniesionego odwołania, nie sposób stwierdzić, że oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji.

Zarzut naruszenia art. 22 d) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp został cofnięty przez Odwołującego 1 podczas rozprawy, dlatego też nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania [prawdopodobnie wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. – Odwołujący 1 nie doprecyzował ww. kwestii] do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo tego, że zachodziły uzasadnione wątpliwości, co do spełnienia warunków postawionych przez Zamawiającego wskazać należy, iż zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę jako przywołany jedynie w części wstępnej odwołania, w tzw. petitum.

Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy

---

podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż w uzasadnieniu faktycznym odwołania, brak jest zarzutu (obejmującego nie tylko podstawę

prawną, ale wskazującego również okoliczności faktyczne) w zakresie podniesionego przez Odwołującego 1 naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Wskazać również należy, iż Odwołujący 1 podczas rozprawy przed Izbą nie przedstawił żadnej argumentacji odnoszącej się do powyższego zarzutu.

Przechodząc następnie do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. i odrzucenia oferty ww. wykonawcy pomimo tego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na zaniechanie wskazania, jako podwykonawcy producenta sprzętu w zakresie określonym we wzorze umowy w § 5 ust. 12 w zw. z § 7 ust. 1, Izba uznała, że powyższe zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

W ocenie Izby zasadnym jest łączne odniesienie się do ww. zarzutów z uwagi na oparcie ich przez Odwołującego 1 na tych samych okolicznościach faktycznych.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazać należy, iż powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać winę nieumyślną, która może

---

przybrać formę lekkomyślności lub niedbalstwa w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, stanowi, że przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Tym samym na gruncie przepisów ustawy Pzp, o podwykonawstwie można mówić w sytuacji, gdy część przedmiotu zamówienia realizowana jest przez podmiot inny aniżeli wykonawca.

Zgodnie zaś z treścią art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Dodatkowo wskazać należy, iż w orzecznictwie Izby prezentowany jest pogląd zgodnie, z którym informacje dotyczące nazw (firm) podwykonawców nie stanowią treści oferty w rozumieniu przepisów m. in. art. 87 oraz 89 ustawy Pzp (tak KIO w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 192/17).

Na wstępie podkreślić należy, iż kwestia zasadności zawarcia umowy o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim w przypadku świadczeń serwisowych winna być w dokonywana okolicznościach konkretnego przypadku, w szczególności z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie, po przeprowadzeniu analizy treści § 5 ust. 12 załącznika

nr 5 do SIWZ skład orzekający doszedł do przekonania, iż zakres świadczeń objętych ww. postanowieniem umownym nie wymagał zawarcia odrębnej umowy o podwykonawstwo

---

pomiędzy wykonawcą a producentem sprzętu IT, jak wywodził Odwołujący 1. W ocenie Izby, za Zamawiającym należy wskazać, iż zakres usług serwisowych określonych w § 5 ust. 12 wzoru umowy stanowił element akcesoryjny świadczeń związanych *stricte* z przedmiotem zamówienia, tj. dostarczanym sprzętem (deduplikatorami). Zamawiający wymagał bowiem oprócz dostawy sprzętu o określonych parametrach, także prawa dostępu do serwisu producenta sprzętu IT, sprowadzającego się w istocie do udostępnienia programu komputerowego (strony internetowej producenta sprzętu) o określonych funkcjonalnościach.

W opinii Izby nie sposób uznać, ażeby działalność producenta sprzętu IT polegająca na zapewnieniu Zamawiającemu prawa dostępu do istniejącego już serwisu internetowego, wymagała konieczności zawarcia stosownej umowy o podwykonawstwo między wykonawcą a producentem sprzętu IT. Trudno bowiem przyjąć, by działalność gospodarcza wiodącego producenta sprzętu IT polegająca na zapewnieniu ogółowi użytkowników sprzętu, dostępu do strony internetowej umożliwiającej przykładowo dostęp do bazy oprogramowania, forum dyskusyjnego, aktualizacji wersji oprogramowania itp., nakierowana była na realizację części przedmiotowego zamówienia publicznego w zakresie funkcjonalności określonych w postanowieniu § 5 ust. 12 wzoru umowy.

Ponadto Przystępujący ADT Group Sp. z o.o., podczas rozprawy podkreślał, że zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 1, 2 i 4, to na sprzedawcy (wykonawcy) spoczywał obowiązek świadczenia usług serwisowych na rzecz kupującego (zamawiającego). Z kolei udostępnienie strony internetowej, podania loginów i haseł do samodzielnego logowania się przez Zamawiającego do systemu serwisowego, było jednym z aspektów serwisu świadczonego przez wykonawcę. Jednocześnie zauważyć należy, iż zgodnie z § 5 ust. 12 wzoru umowy, to sprzedawca odpowiadał w ramach serwisu gwarancyjnego za zapewnienie przez producenta sprzętu IT dostępu do strony internetowej, bowiem to wykonawca zakładał będzie Zamawiającemu konto użytkownika na portalu serwisowym. Był to zatem element zobowiązania wykonawcy, niewymagający *de facto* ingerencji ze strony producenta sprzętu. W konsekwencji nie sposób uznać, że w tym zakresie wykonawca będzie zlecał producentowi wykonanie jakiejkolwiek części przedmiotu zamówienia, jak również iż mamy do czynienia w powyższej sytuacji z podwykonawstwem.

Wskazać również należy, iż Odwołujący 1 nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń, mimo ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, jak również z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), poprzestając jedynie na postawieniu tezy, jakoby zakres usług objętych ww. postanowieniem umownym wymagał udziału producenta sprzętu IT jako podwykonawcy, nie przedstawiając przy tym przekonywującej argumentacji.

Mając na uwadze powyższe za niezasadny Izba uznała zarówno zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. z udziału w przedmiotowym postępowaniu, który Odwołujący 1 oparł na nieprawidłowym, w ocenie Izby, założeniu że zakres usług serwisowych określonych w § 5 ust. 12 wzoru umowy wymagał wskazania w pkt 12 formularza ofertowego producenta sprzętu IT jako podwykonawcy, jak również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. z uwagi na brak możliwości samodzielnego świadczenia ww. usług serwisowych przez ww. wykonawcę, co w opinii Odwołującego 1, przesądzało o tym, iż sposób realizacji przedmiotowego zamówienia byłby sprzeczny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sprawa o sygn. akt: KIO 2685/17

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego 2 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo że nie przedstawił on informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego,

mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Odwołującego 2, mimo że odpowiadała ona treści SIWZ, w ocenie Izby, zasługiwały na uwzględnienie.

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie, bowiem wykluczenie Odwołującego 2 z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również odrzucenie jego oferty, zostało dokonane, jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 6 grudnia 2017 r., na podstawie tożsamych ustaleń faktycznych.

Za aktualną dla niniejszej sprawy uznać należy argumentację prawną zaprezentowaną powyżej dotyczącą ww. przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania, odrzucenia oferty, jak również kwestii podwykonawstwa.

Podkreślić należy, iż ocena czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego 2 z postępowania i odrzuceniu jego oferty winna być dokonana w kontekście uzasadnienia podjętej czynności wyrażonego w treści pisma z dnia 6 grudnia 2017 r. Zatem to w ww. piśmie Zamawiający prezentując motywy podjętej decyzji o wykluczeniu Odwołującego 2 z postępowania i odrzuceniu jego oferty winien był przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący i rzetelny, do czego też obliguje Zamawiającego treść art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Następnie wskazać należy, iż w okolicznościach rozpoznawanej przez Izbę sprawy, postanowienia wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ w pewnym stopniu determinowały zakres podwykonawstwa. W ocenie Izby analiza treści ww. załącznika, w szczególności § 7, prowadzi do wniosku, że sformułowane przez Zamawiającego warunki wykonania zamówienia skutkowały koniecznością powierzenia realizacji części zamówienia podmiotowi trzeciemu, zwłaszcza w zakresie świadczenia usług certyfikacyjnych. Ponadto na powyższą okoliczność, tj. wpływu postanowień treści SIWZ na obowiązek zaangażowania podmiotów trzecich w realizację zamówienia zwracali uwagę zarówno Przystępujący ADT Group Sp. z o.o., jak i wykonawca IUVI Sp. z o.o., ale i sam Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że *„natomiast z analizy treści SIWZ oraz dwukrotnych wyjaśnień Odwołującego wynika, iż de facto wbrew twierdzeniom konsorcjum, wykonanie przez niego zamówienia byłoby związane z korzystaniem z producenta sprzętu IT jako podwykonawcy w zakresie usług wskazanych w § 7 wzoru umowy."*

Tym samym Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego 2, iż usługi konsultacyjne, szkoleniowe i certyfikacyjne, jako stanowiące część świadczenia producenta zawartego w umowie sprzedaży urządzeń objętych zamówieniem na rzecz odwołującego się wykonawcy, nie będą kreowały stosunku podwykonawstwa. W opinii Izby nie ulega wątpliwości, iż usługi certyfikacyjne, których przeprowadzenia wymagał Zamawiający, polegające na przeprowadzeniu cyklu specjalistycznych szkoleń zakończonych wydaniem certyfikatu przez producenta sprzętu IT, byłyby świadczone bezpośrednio na rzecz Zamawiającego, nie zaś wykonawcy.

Podkreślić również należy okoliczność podniesioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz dostrzeżoną przez Izbę w toku rozprawy, iż Odwołujący 2 nie zaprzeczył, że usługi wskazane w § 7 wzoru umowy będą realizowane przez przedmiot trzeci na rzecz Zamawiającego, a jedynie argumentował, że wykonawca nie miał obowiązku wskazania ich jako zakresu podwykonawstwa w treści formularza ofertowego oraz JEDZ.

Następnie zauważyć trzeba, że nie było sporne między stronami to, że realizacja usług, o których mowa w § 7 wzoru umowy, tj. usług szkoleniowych, certyfikacyjnych i konsultacyjnych została uwzględniona przez Odwołującego 2 w treści oferty. Tym samym oferta Odwołującego 2 odpowiadała przedmiotowi zamówienia w ww. zakresie określonemu w SIWZ. Z kolei na podstawie informacji zawartych w formularzu ofertowym Zamawiający miał wiedzę co do nazwy producenta sprzętu oferowanego przez Odwołującego 2.

Konkludując powyższe, zdaniem składu orzekającego, w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający na podstawie treści oferty Odwołującego 2, złożonych przez niego dwukrotnych wyjaśnień oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia miał wiedzę zarówno co do nazwy podmiotu trzeciego, który świadczyłby na jego rzecz usługi określone w § 7 wzoru umowy, a także co do zakresu podwykonawstwa, który tworząc postanowienia

wzoru umowy, sam wykreował. Okoliczność ta została potwierdzona w toku postępowania odwoławczego, jak i podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że „oczywistym *jest, iż zapewnienie ścieżek certyfikacyjnych „zakończonych certyfikatem wystawionym przez producenta sprzętu IT", o którym mowa w § 7 ust. 5 wzoru umowy, jest świadczeniem wykonywanym przez producenta sprzętu IT, na rzecz Zamawiającego, nie zaś na rzecz wykonawcy. Także warsztaty, o których mowa w § 7 ust. 6 wzoru umowy w zw. z treścią § 7 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy, są „warsztatami dla pracowników Kupującego". Nie ulega zatem wątpliwości, iż także i to świadczenie jest wykonywane na rzecz Zamawiającego, nie zaś wykonawcy. Bezsporne jest, iż wszystkie ww. świadczenia miałby wykonywać producent sprzętu IT, nie zaś konsorcjum."* W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego 2 jako niezgodnej z treścią SIWZ, podjęta została, nie z uwagi na jej materialną niezgodność z treścią specyfikacji, a jedynie ze względu na aspekt formalny sprowadzający się do niezakwalifikowania przez Odwołującego 2 producenta sprzętu IT jako podwykonawcy, a w konsekwencji niewpisania nazwy producenta sprzętu IT (znanego Zamawiającemu), jak również zakresu podwykonawstwa (znanego Zamawiającemu) w treści formularza ofertowego oraz JEDZ. W ocenie Izby, z uwagi na opisane powyżej, konkretne okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy, wskazany aspekt formalny nie stanowił dostatecznej przesłanki do wykluczenia Odwołującego 2 z postępowania ani do odrzucenia jego oferty na podstawie powołanych przez Zamawiającego przepisów.

Oceniając czynności Zamawiającego stanowiące podstawę odwołania, tj. błędne uznanie, że Odwołujący 2 podlegał wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jak również że oferta odwołującego się wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oparte na tożsamych ustaleniach faktycznych, Izba uznała, że powyższe czynności nie znajdowały uzasadnienia w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

W konsekwencji powyższego za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Niezasadne bowiem odrzucenie oferty Odwołującego 2, jak również wykluczenie Odwołującego 2 z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w następstwie doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. niebędącej najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe zresztą potwierdził sam Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 stycznia 2018 r., wskazując że *„gdyby oferta konsorcjum podlegała ocenie punktowej, to zostałaby sklasyfikowana na pierwszej pozycji, co w konsekwencji prowadziłoby do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej (…)".*

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości wpis uiszczony przez Odwołujących, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Ponadto Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 2 (sygn. akt: KIO 2685/17) koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18.600 zł.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..