Sygn. akt KIO 2011/15
Sygn. akt KIO 2012/15

WYROK
z dnia 28 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 września 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 14 września 2015 r. przez wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**

B) w dniu 14 września 2015 r. przez wykonawcę **Itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa**

– w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2012/15 po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1a. Oddala odwołanie o sygn. akt 2011/15.

1b. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt 2012/15 i nakazuje dokonanie:

1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego Itprojekt;
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Itprojekt;
3) dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego Itprojekt;
4) zaproszenia odwołującego Itprojekt do udziału w aukcji elektronicznej;
5) unieważnienie aukcji elektronicznej i ponowne przyprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, w tym z udziałem odwołującego Itprojekt.

---

2. Kosztami postępowania obciąża **w sprawie o sygn. KIO 2011/15** wykonawcę **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** i **w sprawie o sygn. KIO 2012/15 zamawiającego Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy zł) uiszczoną przez **wykonawcę Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** i **Itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań (po 15 000 zł),

2.2) zasądza od **wykonawcy Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** na rzecz **zamawiającego Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa** kwotę **3 600 zł** 00 **gr** (słownie: trzy tysiące sześćset zł) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,

2.3) zasądza od **zamawiającego Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa** na rzecz **wykonawcy Itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa** kwotę 15 000 **zł** 00 **gr** (słownie: piętnaście tysięcy) 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 (Dz. **U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478)** 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: ……

Sygn. akt: KIO 2011/15
Sygn. akt: KIO 2012/15

Uzasadnienie

Zamawiający Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rozbudową sprzętową centralnych zasobów informatycznych Policji, nr sprawy 60/BŁiI/l5/MP; Zadanie nr 3«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **23.05.2015 r.** pod nrem **2015/S 099-179314.**

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej, o której mowa w **art. 91a-91c Pzp.**

Sygn. akt: KIO 2011/15

Zamawiający w szczególności zawiadomił **03.09.2015 r.** o zaproszeniu do aukcji elektronicznej **wykonawcy Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma.**

Wykonawca QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134, 02-676 Warszawa (dalej odwołujący Qumak), zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,** wniósł **14.09.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez **wykonawcę Polcom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej jako **„wykonawca Polcom")** oraz oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **[1] Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) i [2] Comp S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej jako **„Konsorcjum Enigma")** jako ofert sprzecznych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ" lub „specyfikacja" bez bliższego określenia);
2) zaproszeniu **wykonawcy Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący Qumak zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez **wykonawcę Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma,** pomimo że oferty tych **wykonawców** są sprzeczne z treścią SIWZ;
2) **art. 91b ust. 1 Pzp** przez zaproszenie **wykonawcy Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że oferty tych **wykonawców** podlegały odrzuceniu.

Odwołujący Qumak wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;
2) nakazanie **zamawiającemu** unieważnienia czynności zaproszenia **wykonawców Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** do udziału w aukcji elektronicznej;
3) nakazanie **zamawiającemu** dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia ofert **wykonawców Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** jako sprzecznych z treścią **SIWZ;**
4) zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz **odwołującego Qumak** kosztów

postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

3.09.2015 r. zamawiający poinformował **odwołującego Qumak** o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Jak wynika z tego pisma takie samo zaproszenie otrzymał **wykonawca Polcom** oraz **wykonawca Konsorcjum Enigma.**

Aukcja elektroniczna odbyła się **9.09.2015 r.** Najkorzystniejszą ofertę w aukcji elektroniczną złożył **wykonawca Polcom,** a drugą w kolejności była oferta **wykonawcy Qumak (odwołującego Qumak).**

Na chwilę składania odwołania **zamawiający** nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty.

Fakt, że **zamawiający** zaprosił wykonawców do udziału w ocenie ofert oznacza, w świetle **art. 91b ust. 1 Pzp,** że **zamawiający** dokonał już oceny ofert pod kątem tego czy nie podlegają one odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 Pzp.** Inaczej nie mógłby zaprosić **wykonawców** do udziału w tej aukcji. Tym samym już na tym etapie postępowania, tj. jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, **wykonawca Qumak** zakwestionował czynność zaproszenia **wykonawcy Polcom** oraz **wykonawcy Konsorcjum Enigma** do udziału w aukcji elektronicznej.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

Zamawiający w **załączniku nr 9 do SIWZ** „Opis przedmiotu zamówienia – zadanie 3" – (dalej **„opz")** określił szczegółowe parametry techniczne jakie powinien spełniać przedmiot dostawy. Jednocześnie już na etapie składania ofert **wykonawcy** zobowiązani byli, przez uzupełnienie tzw. „formularza asortymentowego" (wzór **załącznik nr 2 do SIWZ),** do wskazania konkretnych urządzeń (macierzy, przełączników SAN, bibliotek) jakie zostały zaoferowane **zamawiającemu.** W tym kontekście oferowane przez **wykonawców** urządzenia lub sprzęty muszą być zgodne z wymogami określonymi przez **zamawiającego** w **opz,** a wszelkie niezgodności w tym zakresie skutkować powinny odrzuceniem oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ

1. Zamawiający w **SIWZ** – **opz** dla **zadania 3 pkt 4** (pt. Zakup 2 bibliotek taśmowych na potrzeby systemów niejawnych każda w konfiguracji minimum), „element konfiguracji – niezawodność" s. 30 postawił następujące wymaganie:

Niezawo- Biblioteka musi być wyposażona w redundantne moduły zasilające.
dność Biblioteka musi umożliwiać automatyczne przełączenie ścieżki zarządzającej robotyką w przypadku jej uszkodzenia.
Biblioteka musi umożliwiać automatyczne przełączenie ścieżek danych pomiędzy dwoma portami FC napędu taśmowego w przypadku awarii jednego z tych portów.

Szczególnie **odwołujący Qumak** podkreślił wymaganie **zamawiającego,** aby biblioteka umożliwiała automatyczne przełączenie ścieżki zarządzającej robotyką w przypadku jej uszkodzenia.

Wykonawca Polcom, jak wynika z treści formularza asortymentowego, zaoferował bibliotekę taśmową **Oracle StorageTek SL 150** (por. **str. 21 i 22 oferty).** Ten sam produkt został zaoferowany przez **wykonawcę Konsorcjum Enigma.**

Zdaniem **odwołującego Qumak** z powszechnie dostępnej dokumentacji technicznej **producenta Oracle** wynika, że zaoferowana bibliotek taśmowa nie spełnia wymogu automatycznego przełączenia ścieżki zarządzającej robotyką w przypadku uszkodzenia.

Odwołujący **Qumak,** cytując dokumentację producenta (źródło: https://does.oracle.com/cd/E35103 Q7/SLQFU/E24606-09.pdf) wskazał na następującą treść: »Biblioteka *taśmowa SL150 komunikuje się ze stacją bazową za pomocą jednej, zunifikowanej* ścieżki *sterowania danych. Aplikacja stacji bazowej wysyła rozkazy obejmujące pozycjonowanie robotyki, zwiększające i zmniejszające pojemność biblioteki, przeprowadzające oczyszczanie napędów i generujące zapytania o status komponentów przez ten sam interfejs, który jest wykorzystywany do wysyłania i odbierania*

przechowywanych danych. Dane i polecenia są przesyłane do Serial Attached SCSI (SAS) lub światłowodowego *interfejsu danych na dedykowanym napędzie taśmowym opartym o technologię Linear Tape Open (LTO) z zastosowaniem mostka. Napęd mostkowany obsługuje całość komunikacji biblioteki lub jej partycji. Sygnały poleceń i sterowania są przesyłane do LUN1 (jednostki logicznej nr 1) lub napędu mostkowanego konfigurowanego jako zmieniacz mediów SCSI. Zmieniacz mediów SCSI komunikuje się ze sterownikiem biblioteki SL150 przez interfejs ADI na napędzie mostkowanym. Dane są przesyłane do pozostałych LUN na napędzie mostkowanym lub do LUN na innych napędach nieposiadających mostka na partycji, skonfigurowanych jako urządzenia (taśmowe) z dostępem sekwencyjnym do SCSI. Domyślny napęd mostkowany jest przypisywany automatycznie podczas konfiguracji biblioteki i partycji. Obecnie, biblioteka SL150 obsługuje dostarczane przez Oracie napędy taśmowa Hewlett-Packard LTO-5 i LTO-6 oraz IBM LTO-6 o połówkowej wysokości, z interfejsami SAS lub* światłowodowymi«.

W konsekwencji **odwołujący Qumak** wskazał, że biblioteka komunikuje się z robotyką przez pojedynczy port współdzielony ze ścieżką danych (za pośrednictwem karty komunikacyjnej ADI – Automation Device Interface). Oznacza to, że nie ma możliwości zapewnienia automatycznego przełączenia ścieżki zarządzania robotyką.

Ponadto, w żadnym z dokumentów technicznych producenta oferowanej biblioteki StorageTek SL150 nie ma informacji o możliwości zapewnienia takiego mechanizmu (co jest opisywane w dokumentacji wyższych modeli bibliotek taśmowych tego producenta). W konsekwencji wyżej opisany wymóg nie jest spełniony przez bibliotekę taśmową Oracle StorageTek SL 150.

2. Zamawiający w **SIWZ – opz** dla **zadania 3 pkt 4** (pt. Zakup 2 bibliotek taśmowych na potrzeby systemów niejawnych każda w konfiguracji minimum), „element konfiguracji – obsługa systemów" s. 30 postawił następujące wymaganie:

»Obsługa systemów Windows, UNDC, Linux

Zaoferowana przez **wykonawcę Polcom** jak i **wykonawcę Konsorcjum Enigma** biblioteka taśmowa Oracle StorageTek SL 150, jak wynika z powszechnie dostępnej dokumentacji technicznej producenta Oracle (źródło: http://www.oracle.com/us/Droducts/servers-storaae/storage/tape-storaae/sl150-modular-tape-librarv/oracle-stk-s115Q-ds-1665043.pdf) nie spełnia wymogu obsługi systemu Linux, bo obsługuje jedynie takie systemy jak:

Compatibilty
Supported host platforms Oracle Solaris. UNIX, Windows, 0roete Linux (lPv4, fPv6)

tłumaczenie:

Kompatybilność

Obsługiwane platformy Oracle Solaris, UNIX, Windows, Oracle Linux (IPv4, IPv6)
stacji bazowej

W konsekwencji także i z tego powodu oferta **wykonawcy Polcom** i oferta **wykonawcy Konsorcjum Enigma** powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z treścią **SIWZ.**

Odwołujący Qumak przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 14.09.2015 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **16.09.2015 r.** (art. **185 ust. 1 in initio Pzp).**

Do 19.09.2015 r. żaden wykonawca nie złożył pisma o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

Sygn. akt: KIO 2012/15

Zamawiający zawiadomił **03.09.2015 r.** m.in. o odrzuceniu oferty **wykonawcy Itprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa,** gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Wykonawca Itprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa (dalej odwołujący Itprojekt), zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,** wniósł

14.09.2015 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **części nr 3.**

Odwołujący Itprojekt zarzucił **zamawiającemu:**

1) naruszenie **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez bezpodstawne uznanie, że **odwołujący Itprojekt** będzie podlegał wykluczeniu (alternatywnie: że podlega wykluczeniu) **z** uwagi na nieuzasadnione przyjęcie, że **odwołujący Itprojekt** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji uznanie, że oferta **odwołującego Itprojekt** będzie podlegała odrzuceniu (alternatywnie: że podlega odrzuceniu) na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp;**
2) naruszenie (w świetle zarzutu określonego w pkt 1) **art. 26 ust. 2b w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kodeksu cywilnego** przez błędną wykładnię **art. 26 ust. 2b Pzp** polegającą na zobowiązaniu **odwołującego Itprojekt** do złożenia dowodu, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego, podczas gdy ww. przepis nie przyznaje **zamawiającemu**

takiego uprawnienia, co skutkowało nieważnością postanowienia **rozdz. VII ust. 2 zdanie drugie i trzecie SIWZ;**
3) naruszenie (w świetle zarzutu określonego w pkt 1) **art. 26 ust. 2b w zw. z. art. 7 ust. 1 Pzp** przez brak uznania, że **odwołującemu Itprojekt** zostały skutecznie udostępnione zasoby podmiotu trzeciego;
4) naruszenie (w świetle zarzutu określonego w pkt 1) **art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień **odwołującego Itprojekt** w zakresie okoliczności, czy realizowana dostawa na rzecz **Ministerstwa Finansów** obejmowała świadczenie usługi wsparcia oraz zaniechania wezwania **odwołującego Itprojekt** do wyjaśnienia treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów w zakresie umocowania osób podpisujących ww. oświadczenie;
5) naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez bezpodstawne uznanie, że oferta **odwołującego Itprojekt** będzie podlegała odrzuceniu (alternatywnie: podlega odrzuceniu) z uwagi na nieuzasadnione przyjęcie, że treść oferty **odwołującego Itprojekt** nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ");
6) z ostrożności naruszenie **art. 91b ust. 1 Pzp** przez zaniechanie zaproszenia **odwołującego Itprojekt** do udziału w aukcji elektronicznej pomimo, że oferta **odwołującego Itprojekt** nie podlegała odrzuceniu;
7) z ostrożności naruszenie **art. 91a ust. 1 Pzp** przez niedopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej **odwołującego Itprojekt,** pomimo że jego oferta nie powinna być uznana za odrzuconą;
8) z daleko posuniętej ostrożności **odwołujący Itprojekt** wskazuje, że zawiadomienie z **3.09.2015 r.** informuje, że **zamawiający** zaprosił **wykonawców,** którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu do aukcji elektronicznej. Stosownie do poglądu KIO „Przesłanie zaproszenia do udziału w aukcji jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu. Tym samym od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty" (wyrok KIO z dnia 06.05.2013 r., KIO 939/13). Pomimo tego, że zawiadomienie **zamawiającego** z **3.09.2015 r.** informuje, że oferta **odwołującego Itprojekt** będzie podlegała odrzuceniu, a ponadto **odwołujący Itprojekt** będzie podlegał wykluczeniu, to w ocenie **odwołującego Itprojekt** termin na wniesienie odwołania rozpoczyna swój bieg od dnia otrzymania tego zawiadomienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 15.06.2012 r., KIO 1086/12, „Postulowanym stanem, zwiększającym przejrzystość postępowania, a także zabezpieczającym

należycie interesy zamawiającego, jest zatem informowanie wykonawców o fakcie ich wykluczenia, czy też odrzucenia złożonych przez nich ofert, jeszcze przed otwarciem aukcji. Pozwoliłoby to bowiem wykluczyć możliwość pominięcia w gronie

zaproszonych do udziału w aukcji wykonawców tych, których Zamawiający pierwotnie zaprosić nie zamierzał. Nie przekazanie informacji o wykluczeniu przed rozpoczęciem aukcji pozbawia wykonawcę możliwości skutecznego

Wobec niekonsekwencji zakwestionowania czynności zamawiającego".

zamawiającego w określeniu czy **odwołujący ltprojekt** już został formalnie wykluczony oraz odrzucony, czy dopiero będzie to **odwołujący ltprojekt** wskazał wyżej alternatywną podstawę zarzutu.

Odwołujący ltprojekt wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie **zamawiającemu:**

1) z ostrożności unieważnienia czynności wykluczenia **odwołującego ltprojekt;**
2) z ostrożności unieważnienia czynności odrzucenia oferty **odwołującego ltprojekt;**
3) dokonania ponownego badania i oceny oferty **odwołującego ltprojekt;**
4) zaproszenia **odwołującego ltprojekt** do udziału w aukcji elektronicznej;
5) z ostrożności na wypadek przeprowadzenia aukcji elektronicznej bez udziału **odwołującego ltprojekt** – unieważnienie aukcji elektronicznej i ponowne przyprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, w tym z udziałem **odwołującego;**
6) obciążenie **zamawiającego** kosztami postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa procesowego.

Argumentacja odwołującego ltprojekt

Odwołujący ltprojekt nie zgadza się z wynikami oceny oferty **odwołującego ltprojekt** w ramach zadania nr 3 i podnosi, co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie **odwołującego ltprojekt** z uwagi na nieuzasadnione przyjęcie, że **odwołujący ltprojekt** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

W **rozdz. VII ust. 2 specyfikacji** (Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy) **zamawiający** określił, że: „Wykonawca *powołując się na zasoby podmiotu trzeciego musi złożyć wraz z ofertą pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego (w formie oryginału) do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dowody, że osoba podpisująca takie*

zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Pełnomocnictwo należy składać w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem".

Mając na uwadze powyższe wymaganie **SIWZ zamawiający** zarzucił **odwołującemu ltprojekt,** że ten nie wykazał możliwości faktycznego polegania na zasobach innych podmiotów w związku z niezałączeniem żadnego dowodu potwierdzającego uprawnienie do przekazania zasobów przez osoby, które podpisały złożone oświadczenie o udostępnieniu zasobów z **1.07.2015 r.** W konkluzji **zamawiający** stwierdził, że **odwołujący ltprojekt** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub w **SIWZ,** ani też w sposób dorozumiany, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia **zamawiającego** żaden przepis Pzp ani rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Katalog dokumentów, których może żądać **zamawiający** jest ściśle określony w przepisach Pzp oraz przepisach tego rozporządzenia.

Ponadto z treści przepisu **art. 26 ust. 2b Pzp** także nie wynika obowiązek złożenia pełnomocnictw lub KRS, potwierdzających umocowanie, osób podpisujących dane zobowiązanie. **Odwołujący ltprojekt** w całości przychyla się do stanowiska wyrażonego przez KIO w wyroku z dnia 18 marca 2011 r., KIO 447/11; KIO 449/11; KIO 452/11, wg którego:

„Zgodnie z zacytowanym wyżej przepisem, zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów jest dokumentem wskazanym przez ustawodawcę jedynie przykładowo, o czym

świadczy użycie zwrotu „w szczególności". Wskazany dokument należy uznać jednocześnie za dokument, który spełnia wymóg przepisu co do obowiązku udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zwrot „w szczególności" wskazuje także, że ustawodawca pozostawił wykonawcy swobodę w zakresie decyzji co do rodzaju dokumentów, które składa zamawiającemu w celu udowodnienia wymaganych w tym przepisie okoliczności. Jest to uprawnienie wykonawcy nadane mu mocą przepisu ustawy, a wobec powyższego, wykonawcy nie można pozbawić tezo uprawnienia ani go ograniczyć w wyniku zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu (lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia) odmiennych postanowień. Zamawiający nie może zatem ograniczyć prawa wykonawcy do samodzielnego wyboru dokumentów, jakie złoży w celu wykazania, że będzie dysponował wymaganymi zasobami, udostępnionymi mu przez podmiot trzeci".

Argumentacja ta przesądza w sposób oczywisty o tym, że w świetle przepisu **art. 26 ust. 2b Pzp,** wystarczającym jest złożenie przez **odwołującego ltprojekt** pisemnego

zobowiązania podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. W konsekwencji konieczne jest stwierdzenie, że **zamawiający** dopuścił się naruszenia **art. 26 ust. 2b w zw. z art. 25 ust. 2 Pzp.** Wobec czego – w ocenie **odwołującego ltprojekt** – przedmiotowe postanowienie **SIWZ,** które ogranicza ustawowe prawo **wykonawcy,** w zakresie wyboru sposobu udowodnienia dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, nie może być wiążące stosownie do **art. 14 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kodeksu cywilnego.**

Z szeroko pojętej ostrożności **odwołujący ltprojekt** podnosi, że **zamawiający** przyjął błędną wykładnię **rozdz. VII ust. 2 SIWZ.** Mianowicie **zamawiający** wymagał, aby **wykonawca** wraz z pisemnym zobowiązaniem podmiotu trzeciego złożył dowody, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Dalej **zamawiający** określił, że pełnomocnictwo należy składać w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Zdaniem **odwołującego ltprojekt** z przedmiotowego postanowienia **SIWZ** w żaden sposób nie wynikał obowiązek złożenia właściwego odpisu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. **Zamawiający** przesądził jedynie, że w przypadku gdyby umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie wynikało z pełnomocnictwa, to wówczas wykonawca jest zobowiązany do złożenia dokumentu pełnomocnictwa w określonej formie. Innymi słowy, **zamawiający** drugim zdaniem ograniczył katalog wymaganych dowodów tylko do pełnomocnictw. *A contrario* gdyby **zamawiającemu** zależało również na uzyskaniu odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS to z pewnością określiłby stosowną formę składania tego dokumentu, w tym datę wystawienia. **Zamawiający** jednak nie określił w jakiej formie powinien być składany KRS, jak to zrobił w przypadku pełnomocnictwa. Zresztą takie zaniechanie żądania odpisu z rejestru przedsiębiorców wydawało się logiczne dla **odwołującego ltprojekt,** bo Krajowy Rejestr Sądowy jest ogólnodostępny w sieciach teleinformatycznych Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego. Wobec czego **zamawiający** – na każdym etapie – mógł z łatwością zweryfikować członków zarządu spółki **Symmetry sp. z o.o.** przez samodzielne pobranie wydruku komputerowego aktualnej informacji o tym podmiocie.

Wobec tego **odwołujący ltprojekt** był przekonany, że nie ma obowiązku złożenia odpisu rejestru przedsiębiorców w sytuacji, gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało podpisane przez osoby, których uprawnienia do reprezentacji wynikają z KRS. Wymaga przy tym podkreślenia, że zobowiązanie spółki Symmetry z **1.07.2015 r.** zostało właśnie podpisane przez członka zarządu oraz prokurenta, a więc zgodnie z reprezentacją określoną w KRS, bez konieczności składania odrębnych pełnomocnictw.

Ponadto, jeżeli **zamawiający** miał jakiekolwiek wątpliwości, czy osoby podpisujące takie zobowiązanie, były uprawnione do działania w imieniu podmiotu trzeciego, powinien

skorzystać z procedury przewidzianej w przepisie **art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp,** tj. zwrócić się do **odwołującego ltprojekt** o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonego dokumentu. Bowiem zaniechanie wyjaśnień prowadzi do podjęcia niewłaściwej decyzji w toku oceny ofert, a tym samym skutkuje naruszeniem przepisów Pzp, z czym niewątpliwie

mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie.

Należy bowiem podkreślić, że mechanizm z przepisu **art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 Pzp** jest mechanizmem pozwalającym na rzetelne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 sierpnia 2013 r., KIO 1463/15, „art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych nie daje zamawiającemu swobody przy ocenie czy ma on wzywać czy też nie, ale stanowi oblig wezwania w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości związane ze złożonymi przez wykonawców dokumentami lub oświadczeniami". Żadne elementy treści oferty nie mogą pozostać niewyjaśnione. Ponadto, niedopuszczalne jest odrzucenie oferty bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie i na zasadach przepisu **art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp.**

Konstatacja ta prowadzi do wniosku, że **odwołującemu Itprojekt** zostały skutecznie udostępnione zasoby przez **spółki Symmetry,** a przynajmniej, że wykluczenie **odwołującego Itprojekt** z postępowania było przedwczesne.

Jako drugą podstawę wykluczenia **odwołującego Itprojekt** z przedmiotowego postępowania **zamawiający** wskazał niespełnienie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w **rozdz. VI ust. 2 pkt 1 zadanie nr 3 SIWZ.** Stosownie do tego postanowienia cyt. »Dla *Zadania numer 3 – wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej 2 dostaw macierzy dyskowych oraz bibliotek taśmowych wraz z instalacją, konfiguracją i wsparciem w okresie rocznym, o wartości co najmniej 1 500 000 brutto każda«.*

Zamawiający zarzucił **odwołującemu Itprojekt,** że nie spełnia on warunku wiedzy i doświadczenia, bowiem wskazana przez **odwołującego Itprojekt** dostawa na rzecz Ministerstwa Finansów nie obejmuje wsparcia w okresie rocznym. W dalszej części **zamawiający** argumentuje, że poświadczenie wystawione przez Ministerstwo Finansów „punktuje wszystkie elementy składające się na zamówienie". Tym samym – zdaniem **zamawiającego** – **odwołujący Itprojekt** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wymaga wskazanie, że z treści zawiadomienia z **3.09.2015 r.** nie wynika, żeby **zamawiający** kwestionował w jakikolwiek sposób wykonaną dostawę na rzecz **spółki Verbicom S.A.** Należy zatem uznać, że kwestią sporną jest ocena, czy dostawa realizowana

na rzecz Ministerstwa Finansów odpowiada warunkowi określonemu w **rozdz. VI ust. 2 pkt 1 zadanie nr 3 SIWZ.**

Odwołujący Itprojekt złożył wykaz głównych dostaw, gdzie wskazał m.in. realizację dostawy na rzecz **Ministerstwa Finansów,** Departament Strategii Systemu Informacyjnego. Na potwierdzenie należytego wykonania dostawy **odwołujący Itprojekt** złożył poświadczenie wystawione przez **Ministerstwo Finansów** z **28.05.2015 r.** Dodatkowo wraz z tymi dokumentami **odwołujący Itprojekt** złożył oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez **spółkę Symmetry** z **1.07.2015 r.** Z treści tego oświadczenia wynika, że dostawa wykonana dla **Ministerstwa Finansów** obejmowała dostawę macierzy i bibliotek wraz z wdrożeniem i świadczeniem wsparcia technicznego na kwotę ponad **1 500 000 zł.**

Odwołujący Itprojekt przyznaje, że w treści wykazu głównych dostaw, w odniesieniu do dostawy realizowanej dla **Ministerstwa Finansów,** nie wpisał świadczenia wsparcia technicznego. Nie może to być jednak automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wykluczenie **odwołującego Itprojekt** z postępowania bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Poza tym **zamawiający** przemilczał okoliczność, że **spółka Symmetry** w treści swojego oświadczenia o udostępnieniu zasobów w sposób wyraźny wskazała, że w zakres dostawy świadczonej dla **Ministerstwa Finansów** wchodziło również świadczenie wsparcia technicznego. **Zamawiający** przed podjęciem decyzji eliminującej **wykonawcę** z postępowania powinien dać **odwołującemu Itprojekt** możliwość wyjaśnienia wątpliwości powstałych na tle złożonych przez niego dokumentów. Jest to również w interesie **zamawiającego,** który powinien być zainteresowany uzyskaniem wyczerpujących informacji w celu podjęcia prawidłowej decyzji. Zresztą przy analizie treści oferty należy analizować wszystkie oświadczenia i dokumenty składające się na treść oferty, a więc także brać pod uwagę złożone w ofercie oświadczenia **wykonawcy,** jak i innych podmiotów. W dokumencie o udostępnieniu zasobów z **01.07.2015 r. spółka Symmetry** w sposób

jednoznaczny i oczywisty określiła, że udziela referencji w zakresie obejmującym wymagania **SIWZ,** tj. przez udzielenie wiedzy i doświadczenia w dostawie macierzy dyskowych i bibliotek taśmowych wraz ze wsparciem serwisowym w okresie jednego roku, w formie następującego sformułowania, cyt. „[...] *zobowiązujemy się do oddania Wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez udzielenie referencji w zakresie dostawy i wdrożenia macierzy i bibliotek wraz z instalacją, konfiguracją i wsparciem w okresie rocznym, o wartości ponad 1 500 000 zł brutto. Oświadczamy, że jako dowód należytego wykonania dostaw załączamy dwie referencje, odpowiednio od firmy YERBICOM SA. oraz od Departamentu Strategii Systemu Informacyjnego Ministerstwa Finansów. Obie dostawy w swym zakresie obejmowały dostawą macierzy i bibliotek wraz z wdrożeniem i* świadczeniem *wsparcia technicznego na kwotą ponad 1 500 000 zł".* Z powyższego wynika wprost, że podmiot użyczający wiedzy i doświadczenia wykonał dostawy obejmujące świadczenie wsparcia w okresie rocznym, oraz

że właśnie tymi dzieli się z **odwołującym Itprojekt** dla potrzeb **postępowania. Zamawiający** nie wziął jednak pod uwagę tak precyzyjnych informacji i zadecydował, że **odwołujący Itprojekt** będzie podlegał wykluczeniu, a tym samym nie dopuścił go do udziału w aukcji elektronicznej.

Ponadto nieprawdziwe są twierdzenia, że poświadczenie wystawione przez **Ministerstwo Finansów** „punktuje wszystkie elementy składające się na zamówienie". **Zamawiający** nie zauważył albo celowo pominął stwierdzenie znajdujące się w poświadczeniu, że »Przedmiot *umowy obejmował dostawę sprzętu oraz oprogramowania, a także wykonanie usług towarzyszących dostawie, w szczególności takich jak [...]«.* Niewątpliwe posłużenie się zwrotem „w szczególności" sugeruje, że poświadczenie nie wymienia pełnego katalogu usług towarzyszących dostawie.

Niezależnie od powyższego – zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO – „Referencja służy tylko potwierdzeniu jakości usługi [dostawy] a nie jej zakresowi i innym danym odnoszącym się do usługi a co wynika z treści ***art. 25 ust. 1 i 2 Pzp*** *w związku z* ***§ 1 ust. 1 pkt 3*** *rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może* żądać *zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Czyli referencje służą tylko i wyłącznie w zakresie dowodów, czy usługi zostały lub są wykonywane należycie" [wyrok KIO z 14 kwietnia 2015 r., KIO 550/15]. Podobnie np. wyrok KIO z 09 czerwca 2014 r., KIO 1048/14. Jedyną informacją jaka powinna znaleźć się w treści poświadczenia jest potwierdzenie należytego wykonania danej dostawy.*

Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia **odwołującego Itprojekt** na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,** bo dostawa realizowana na rzecz Ministerstwa Finansów obejmuje świadczenie usługi wsparcia technicznego.

Następnie z ostrożności **odwołujący Itprojekt** sygnalizuje, że nie sposób odnieść się do uzasadnienia zawiadomienia z **3.09.2015 r.** w zakresie **Zadania nr 3,** zamieszczonego na **str. 3, akapit czwarty od góry. Zamawiający:**

po pierwsze nie przywołuje, które warunki udziału w postępowaniu nie zostały przez **odwołującego Itprojekt** spełnione,

a po drugie nie wyjaśnia z jakich powodów **odwołujący Itprojekt** nie wykazał ich spełnienia. Niezrozumiałe jest także przywołanie w treści uzasadnienia okresu realizowania przez **odwołującego Itprojekt** zamówienia dla **Ministerstwa Finansów,** które trwało od **10.11.2014 r. do 30.04.2015 r.**

W tym kontekście przypuszczać można, że w zamyśle **zamawiającego** było, aby po zakończeniu dostawy upłynął **odwołującemu Itprojekt** roczny okres wsparcia, a tym samym, że **odwołujący Itprojekt** nie spełnił akurat tego konkretnego warunku, bo zakończył

zamówienie **30.04.2015 r.,** podczas gdy termin na złożenie oferty upływał **2.07.2015 r.** Zaznaczyć trzeba, że gdyby przyjąć zaprezentowany wyżej tok rozumowania **zamawiającego,** to w ocenie **odwołującego** nie jest on prawidłowy.

Przede wszystkim **zamawiający** błędnie wywodzi z postanowienia **SIWZ** dotyczącego Zadania nr 3 jakoby **wykonawca** najpóźniej w dniu złożenia oferty miał spełniać warunek polegający na tym, że dokonał co najmniej dwóch dostaw i jednocześnie zakończony został

roczny okres wsparcia. Uwypuklić w tym miejscu należy, że sam **zamawiający** dopuszcza do udziału w postępowaniu **wykonawcę,** który prowadziłby działalność w okresie krótszym niż trzy lata przed upływem terminu składania ofert. To zaś niewątpliwie prowadzi do uznania, że w sytuacji, gdyby do postępowania zgłosił się podmiot prowadzący działalność przez okres jednego roku, to oczywiste jest, że nie zakończy on – po wykonaniu co najmniej dwóch dostaw – rocznego okresu wsparcia. Tym samym zauważyć wypada, że przedstawiony przez **zamawiającego** wymóg dotyczący okresu prowadzenia działalności nie jest zbieżny z wymogiem co do okresu trwania wsparcia. O ile wątpliwości wykładni językowej nie budzi okres prowadzenia przez **wykonawcę** działalności, o tyle wątpliwe jest znaczenie warunku w zakresie okresu wsparcia.

Z wyrażenia „z wsparciem w okresie rocznym" nie da się wyprowadzić założenia, że okres roczny wsparcia miałby zostać zakończony przed upływem terminu składania ofert. Co najważniejsze, przywołane postanowienie pozwala na przyjęcie co najmniej dwóch interpretacji. W pierwszej interpretacji można byłoby przyjąć, że przed upływem terminu składania ofert muszą być wykonane przynajmniej dwie dostawy i powinien być realizowany (ewentualnie powinien rozpocząć się) roczny okres wsparcia. Druga interpretacja natomiast odnosiłaby się do sytuacji, w której wykonano dwie dostawy i jednocześnie (przed upływem okresu składania ofert) zakończono roczny okres wsparcia.

Odwołujący ltprojekt przyjął właśnie ten pierwszy sposób interpretacji warunku dotyczącego okresu wsparcia, co prowadzić musi do wniosku, że **odwołujący ltprojekt** spełnił ten warunek.

*KIO zauważyła w wyroku z 16 marca 2015 r., **KIO 430/15,** „Zgodnie z jednolicie obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą – wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść **wykonawcy,** skoro to **zamawiający** – mogąc zastosować różne sformułowania – wprowadza do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie o niejednoznacznej treści". Podobnie m.in. wyrok KIO z 03 lipca 2014 r., KIO 1256/14; wyrok KIO z 13 maja 2014 r., KIO 816/14.*

Ocena spełnienia wymagań powinna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez **zamawiającego** wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości **zamawiającego** na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy, **zamawiający** na etapie oceny ofert nie może interpretować wymagań SIWZ

wbrew literalnemu brzmieniu danego postanowienia specyfikacji (por. np. wyrok **KIO z 9 stycznia 2013 r., KIO 2791/12).**

Wobec niesformułowania przez **zamawiającego** treści opisu warunku Zadania nr 3 w sposób jednoznaczny i stanowczy, który nie budziłby wątpliwości interpretacyjnych, konieczne jest dopuszczenie wszystkich możliwych interpretacji. Inne stanowisko skutkowałoby naruszeniem fundamentalnych na gruncie zamówień publicznych zasad – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bo **zamawiający** – w sposób nieuprawniony – uniemożliwił **odwołującemu ltprojekt** uzyskanie zamówienia.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty **odwołującego ltprojekt** z uwagi na nieuzasadnione przyjęcie, że treść oferty **odwołującego ltprojekt** nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Odnosząc się do ostatniego akapitu na stronie 3 zawiadomienia z **3.09.2015 r.,** wskazać trzeba na nieprawidłowości w rozumieniu przez **zamawiającego** wymogów tam określonych. Zgodnie z **SIWZ zamawiający** oczekiwał od **wykonawcy,** że wszystkie zaoferowane sloty w bibliotece będą: po pierwsze dostępne, a po drugie będą obsadzone taśmami LTO-6.

Zamawiający przy tym zastrzegł, że wszystkich dostępnych i jednocześnie obsadzonych taśmami slotów powinno być minimum 60.

Podkreślenia wymaga, że **odwołujący ltprojekt** bezspornie spełnił ww. warunki. Jak wynika z oświadczenia producenta z 20.08.2015 r., mimo że zaoferowana biblioteka standardowo zawiera miejsce na 114 slotów czyli pozwala na dodatkowe możliwości rozbudowy o sloty ponad minimalnie określonymi wymogami, to jednak stosownie do oczekiwań zamawiającego wśród 114 slotów wyłącznie 60 slotów jest fizycznie i programowo dostępnych i posiadających taśmy.

Dodatkowo, na co zwraca uwagę wprost producent, pozostałe sloty należy traktować jako nieaktywne, innymi słowy jako niedostępne, jakby ich po prostu nie było. To zaś

niewątpliwie potwierdza, że zgodnie z **SIWZ** „wszystkie *słoty dostępne w bibliotece [są] obsadzone taśmami LTO-6". Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem* **zamawiającego,** że *„nie wszystkie sloty dostępne w bibliotece są obsadzone taśmami LTO-6",* podczas gdy **odwołujący Itprojekt** zaoferował wszystkich dostępnych i obsadzonych slotów 60.

Należy podkreślić że **odwołujący Itprojekt** w ramach wyjaśnień przedstawił wyczerpujące stanowisko **Producenta** biblioteki opisujące jasno: „Obudowa biblioteki posiada konstrukcyjnie moduł pozwalający na instalacje 114 slotów, równocześnie sloty nieaktywne są jedynie miejscami, które mogą być wyposażone w funkcjonalność slotu i są fizycznie i softwareowo (programowo) nieaktywne, niedostępne". **Zamawiający** posiada

pełną informacje potwierdzająca fakt że wszystkie dostępne sloty są obsadzone taśmami LTO-6.

Trzeba wskazać również, że **zamawiający** ma świadomość, że zaoferowana biblioteka spełnia wszystkie wymogi — w tym 60 slotów obsadzonych taśmami, wszystkie dostępne sloty są obsadzone. **Odwołujący Itprojekt** oferuje w korzystnej cenie większą bibliotekę niż minimalne wymogi. Zaoferowana konstrukcja ma już fizyczne miejsca na instalacje dodatkowych slotów dostarczane w ramach tej oferty – w przeciwieństwie do innych ofert, w których wymaga to dostawy kolejnych – płatnych modułów do rozbudowy ze slotami. Łatwość rozbudowy biblioteki o dodatkowe sloty – co oszczędzi w przyszłości pieniądze **zamawiającego,** nie może być powodem do odrzucenia oferty **wykonawcy Itprojekt.**

Dla uznania oferty **odwołującego Itprojekt** za niezgodną z **SIWZ** i odrzucenia jej na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści **SIWZ.** Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z **SIWZ.**

Niemniej **odwołujący Itprojekt** bez najmniejszych wątpliwości wykazał, m.in. składając oświadczenie **producenta** oraz wyjaśnienia, że zaoferowana przez **odwołującego Itprojekt** biblioteka taśmowa odpowiada warunkom określonym przez **zamawiającego** w **SIWZ.** W związku z tym niezrozumiałe jest odrzucenie oferty **odwołującego Itprojekt** na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,** co stanowi jaskrawe naruszenie zasady równego traktowania **wykonawców,** a także dowodzi dyskryminacji **odwołującego Itprojekt** ze względu na zaoferowany przez niego produkt.

Odwołujący Itprojekt przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 14.09.2015 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **14.09.2015 r.** (art. **185 ust. 1 *in initio* Pzp).**

18.09.2015 r. wykonawca **Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego Itprojekt,** pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp).**

Na podstawie **art. 172 ust. 3 pkt 3 Pzp** – Prezes Izby zarządził łączne rozpoznanie odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez:

1) **odwołującego Qumak – dowód nr 1 –** wyciąg z instrukcji w jęz. angielskim z tłumaczeniem istotnych fragmentów, **z których odwołujący Qumak wywodził,** że **produkt oferowany przez wykonawców Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma musi być zmodyfikowany;**
2) **odwołującego Qumak – dowód nr 2** wyciąg z instrukcji biblioteki SL3000 z tłumaczeniem istotnego fragmentu – na okoliczność, że biblioteka SL150 nie ma tej

funkcjonalności, a np. biblioteka SL3000 posiada tę funkcjonalność, o czym wytwórca wskazał w swojej instrukcji;

3) **odwołującego Qumak – dowód nr 3 –** instrukcja instalacji, ze wskazaniem szczególnie rysunku (dlatego bez tłumaczenia); z rysunku wynika, że nie ma możliwości innej instalacji niż przedstawiona na rysunku dotyczącym instalacji SL150;
4) **odwołującego Qumak – dowód nr 4** dokument, który był przytoczony na końcu odwołania (dlatego bez tłumaczenia) z pokazaniem, że kompatybilność biblioteki dotyczy Oracle Solaris Unix Windows i Oracle Linux (IPV4, IPV6) bez pełnej możliwości zastosowania kompatybilności do wymaganych przez **zamawiającego** Linux;
5) **odwołującego Itprojekt – dowód nr 5 – SIWZ w postępowaniu przed Ministerstwem Finansów,** gdzie są przedstawione te same numery (numer sprawy SIWZ i numer umowy z **Ministerstwem Finansów)** i w **rozdz. 3 ust. 1 i 2 SIWZ** wyraźnie jest pokazane, że **obecny odwołujący Itprojekt** udziela gwarancji na okres 3 lat dla **Ministerstwa Finansów;**
6) **odwołującego Itprojekt – dowód nr 6 – umowa z Ministerstwem Finansów,** gdzie wskazane jest na str. 4 co znaczy zgłoszenie serwisowe, interwencja serwisowa itd., na str. 5 zgłoszenia, a na str. 19 § 10 ust. 1, 2 i 5 warunki terminowe gwarancji, serwis gwarancji i zobowiązanie do świadczenia usług gwarancyjnych oraz ust. 11 (str. 21) zobowiązanie do przeprowadzania serwisu prewencyjnego oraz ust. 15, 17, 19, 20 dotyczący zobowiązań **odwołującego Itprojekt** w stosunku do **Ministerstwa Finansów**

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o **sygn. akt KIO 2011/15** nie jest zasadne, natomiast odwołanie w sprawie o **sygn. akt KIO 2012/15** jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp,** to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **obu odwołujących.**

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego,** potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Sygn. akt KIO 2011/15

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp –** przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez **wykonawcę Polcom** i oferty złożonej przez **Konsorcjum Enigma,** pomimo że oferty tych **wykonawców** są sprzeczne z treścią **SIWZ** oraz zarzut drugi naruszenia **art. 91b ust. 1 Pzp –** przez zaproszenie **wykonawcy Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że oferty tych **wykonawców** podlegały odrzuceniu – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający zapraszając wykonawców **Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** do aukcji elektronicznej faktycznie zawiadomił, że nie odrzucił ani nie uznał ofert tych **wykonawców** za odrzucone, czyli **zamawiający** uznał, że ci wykonawcy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. **Odwołujący Qumak** złożył odwołanie na zaniechanie odrzucenia tych ofert.

Zdaniem **odwołującego Qumak zamawiający** tym zaniechaniem odrzucenia naruszył **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,** który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3« i naruszył **art. 91b ust. 1 Pzp,** który to przepis brzmi »Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu«.

Odwołujący Qumak na rozprawie złożył dowody na poparcie swoich zarzutów. **Dowód nr 1** – wyciąg z instrukcji w jęz. angielskim z tłumaczeniem istotnych fragmentów, z których **odwołujący Qumak** wywodził, że produkt oferowany przez **wykonawców P i E (Polkom i Enigma)** musi być zmodyfikowany. Jednak **odwołujący Qumak** nie uwzględnił, że ogólne instrukcje są przeznaczone do standardowych produktów. **Odwołujący Qumak** nie dowiódł, że przedstawiona ogólna instrukcja będzie obowiązywała w zaoferowanym produkcie.

Izba stwierdza, że z ogólnej wiedzy i doświadczenia wiadomo, że producenci na ogólnej linii technologicznej produkują podobne urządzenia i dopiero w ostatniej fazie wytwarzania dołączają lub wyłączają określone funkcjonalności, dlatego urządzenia o odmiennych charakterystykach nawet wizualnie są do siebie bardzo zbliżone. Producenci ponadto bardzo często dostosowują finalny produkt do konkretnych zamówień nie zmieniając nazwy ani symboli produktu. Ponadto zmiany produktów mogą być dokonywane przez odpowiednio wykwalifikowanych pracowników dystrybutora czy finalnego sprzedawcy. Dlatego **Izba** uznała za wiarygodne wyjaśnienia zaprezentowane przez **zamawiającego,** które to wyjaśnienia **zamawiający** otrzymał od **wykonawców Polkom i Enigma** na żądanie złożenia wyjaśnień wystosowane **27.08.2015 r.**

Ponadto **Izba** musi stwierdzić, że same dokumenty zamieszczane w Internecie przez producenta czy dystrybutora dotyczące jakiegoś przedmiotu nie mogą być uznawane bez zastrzeżeń za dokumentację konkretnego produktu, gdyż w trakcie produkcji czy ostatecznej konfiguracji produktu zdarzają się odstępstwa od pokazanych mniej czy bardziej szczegółowo dokumentów. Wiele funkcjonalności produktów jest uzyskiwanych nie tylko dzięki konstrukcji, ale także dzięki odpowiedniej konfiguracji czy odpowiedniemu oprogramowaniu, co podniósł **zamawiający.** Dlatego nie może być bez zastrzeżeń wiarygodny sam wydruk ze strony internetowej, jego fragmentaryczne dobranie, tłumaczenie jeszcze mniejszych fragmentów, chociaż podpis tłumaczącego jest możliwy do zidentyfikowania. Jednak Izba za wskazaniem **zamawiającego** także stwierdza, że w żadnym z dokumentów złożonych przez **odwołującego Qumak** nie zostało napisane, że zaoferowana biblioteka nie posiada wymaganej funkcjonalności. Zdaniem **Izby** uwaga **zamawiającego** złożona do protokołu odnośnie braku podpisu tłumaczącego nie może być brana pod uwagę, gdyż na tym tłumaczeniu widnieje podpis pełnomocnika i oświadczył on do protokołu rozprawy, że dokonał sam tego tłumaczenia.

Wykonawcy **Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** załączyli **31 sierpnia 2015 r.** do swoich wyjaśnień treści oferty stanowiska **podmiotu Oracle** odnośnie niektórych funkcjonalności zaoferowanych przedmiotów zamówienia, a zwłaszcza odnośnie możliwości uzyskania wymaganych funkcjonalności. **Zamawiający** wziął pod uwagę te wyjaśnienia z oświadczeniami **podmiotu Oracle** i uznał, że wymagane dostawy spełniają wymagania postawione w specyfikacji. Jednak **odwołujący Qumak** nie zgadza się z takim stanowiskiem **zamawiającego** podkreślając brak pełnomocnictw do reprezentowania **podmiotu Oracle** do złożenia oświadczenia odnośnie funkcjonalności przedmiotu zamówienia – biblioteki SL150.

Zdaniem **Izby** ma znaczenie, że załączone do wyjaśnień **wykonawców** z **31.08.2015 r.** oświadczenie podmiotu **Oracle Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** jest oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli. W związku z tym nie można wymagać do takiego dokumentu wykazania takiego samego ciągu pełnomocnictw, jakiego powinno się

wymagać od podmiotu składającego oświadczenie woli. **Odwołujący Qumak** nie wykazał, że osoby podpisane na tym oświadczeniu wiedzy nie są uprawnione do składania oświadczeń wiedzy i nie mają właściwych kompetencji, a szczególnie wiedzy o możliwych faktycznych i technicznych działań **podmiotu Oracle** w zakresie instalacji czy dokonywania konfiguracji konkretnych produktów. Izba stwierdza, że **zamawiający** zasadnie przyjął te oświadczenia, a **odwołujący Qumak** nie wykazał, że oświadczenia wiedzy **podmiotu Oracle** wykraczają poza kompetencje osób podpisanych pod tymi oświadczeniami.

W zakresie dowodu nr 2 **odwołujący Qumak** nie wykazał, że zaoferowany przedmiot nie może mieć wymaganych funkcjonalności, a jedynie **odwołujący Qumak** przestawił, że przedmiot inny niż zaoferowany przez wykonawców **Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** – system biblioteki SL3000 posiada właściwe zabezpieczenia. Jednak **odwołujący Qumak** nie

wykazał, że zaoferowane systemy przez wykonawców **Polcom** oraz **Konsorcjum Enigma** nie posiadają wymaganych zabezpieczeń (funkcjonalności) lub że nie można tych cech uzyskać przez odpowiednie zainstalowanie i skonfigurowanie systemu.

Podobnie **Izba** stwierdza, że **odwołujący Qumak** dowodem nr 3 – rysunkiem dotyczącym instalacji nie wykazał, że zaoferowany przedmiot – system biblioteki SL150 nie ma odpowiedniego zabezpieczenia, gdyż z rysunku nie można jednoznacznie wywnioskować, że zaoferowany przedmiot nie ma i w szczególności nie może mieć zabezpieczeń, których wymagał w specyfikacji **zamawiający.**

Wreszcie **dowód nr 4** miał wykazać, że zaoferowany system biblioteki SL150 nie obejmował swoją kompatybilnością systemu Linux, a jedynie Oracle Linux (IPV4, IPV6). Jednak tłumaczenia **zamawiającego** są dla Izby na podstawie doświadczenia wiarygodne. **Zamawiający** stwierdził, że cyt. »system Linux to jądro i wystarczy, że jedna z dystrybucji Linux, to jest Oracle Linux, jest kompatybilna z biblioteką taśmową. W tym momencie wiadomo, że wszystkie wersje Linux oparte o jądro Red Hat Enterprise Linux będą kompatybilne z biblioteką taśmową«.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego Qumak** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp,** czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Sygn. akt KOI 2012/15

Izba stwierdza, że żaden z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie odnosi się do mających nastąpić w przyszłości wykluczeń **wykonawców** ani nie odnosi się mających nastąpić w przyszłości odrzuceń ofert. Dlatego Izba przyjęła treść zarzutów **odwołującego Itprojekt** w stosunku do wykluczenia tego **wykonawcy** i podlegania odrzuceniu oferty tego **wykonawcy.**

W ocenie **Izby,** zarzut pierwszy – naruszenia ***art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp*** *przez bezpodstawne uznanie,* że ***odwołujący Itprojekt podlega wykluczeniu*** *z uwagi na nieuzasadnione przyjęcie,* że ***odwołujący Itprojekt*** *nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji uznanie,* że *oferta* ***odwołującego Itprojekt*** *podlega odrzuceniu na podstawie* ***art. 24 ust. 4 Pzp,*** zarzut drugi naruszenia ***art. 26 ust. 2b w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kodeksu cywilnego*** *przez błędną wykładnię* ***art. 26 ust. 2b Pzp*** *polegającą na zobowiązaniu* ***odwołującego Itprojekt*** *do złożenia dowodu,* że *osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego,* zarzut trzeci naruszenia ***art. 26 ust. 2b w zw. z. art. 7 ust. 1 Pzp*** *przez brak uznania,* że ***odwołującemu Itprojekt*** *zostały skutecznie udostępnione zasoby podmiotu trzeciego* i zarzut czwarty naruszenia ***art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp*** *przez zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień* ***odwołującego Itprojekt*** *w zakresie okoliczności, czy realizowana dostawa na rzecz* ***Ministerstwa Finansów*** *obejmowała* świadczenie *usługi wsparcia* – zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że **zamawiający** wymagał w **rozdz. VII ust. 2 SIWZ,** cyt. »Wykonawca powołując się na zasoby podmiotu trzeciego musi złożyć wraz z ofertą pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego (w formie oryginału) do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dowody, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Pełnomocnictwo należy składać w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem«.

Jednak zamawiający nie wziął pod uwagę przepisu **§ 3 ust. 4 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), który stanowi »Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w **art. 22 ust. 1 ustawy [Pzp],** polega na zasobach innych podmiotów na

zasadach określonych w **art. 26 ust. 2b ustawy [Pzp],** a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w **ust. 1-3«.**

Dlatego **zamawiający** nie mógł żądać od **wykonawcy** nic ponad żądanie dokumentów wymienionych w tym przepisie. **Odwołujący** wyraźnie w swojej ofercie (sporządzonej zgodnie z formularzem opracowanym przez **zamawiającego)** wskazał, że polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, który nie będzie brać udziału w realizacji zamówienia. Zgodnie z oświadczeniem tego podmiotu, podmiot ten zobowiązał się tylko do cyt. »dzielenia się z [odwołującym **ltprojekt]** naszym know-how oraz doświadczeniem oraz zapewniamy aktywne wsparcie dla [odwołującego **ltprojekt]** uczestnicząc w dostawie w charakterze konsultanta i stałego doradcy wykonawcy [odwołującego **ltprojekt]«.**

Zamawiający nie wykazał, że **odwołujący** w rozpoznawanej dostawie musi posługiwać się w trakcie realizacji zamówienia – dostawy – czymś więcej niż konsultacjami z podmiotem trzecim czy innym wsparciem, nie polegającym jednak na braniu udziału w wykonywaniu zamówienia bądź części zamówienia.

Drugą podstawą wykluczenia **odwołującego ltprojekt** z przedmiotowego postępowania było dla **zamawiającego** niespełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w **rozdz. VI ust. 2 pkt 1 zadanie nr 3 SIWZ.** Stosownie do tego postanowienia cyt. »Dla *Zadania numer 3 – wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej 2 dostaw macierzy dyskowych oraz bibliotek taśmowych wraz z instalacją, konfiguracją i wsparciem w okresie rocznym, o wartości co najmniej 1 500 000 brutto każda«.*

W ocenie **Izby wykonawca** miał wykazać, że przedmiotem umowy była dostawa macierzy dyskowych oraz bibliotek taśmowych wraz z instalacją, konfiguracją i wsparciem w okresie rocznym. Natomiast okres wsparcia przy tak ukształtowanym warunku stanowił element przedmiotowy wykazywanej umowy dostawy, ale z zacytowanego postanowienia specyfikacji wynika, że **wykonawca** mógł wykazać spełnienie dostawy, a w umowie dotyczącej tej dostawy musiał znaleźć się passus o usłudze co najmniej rocznego wsparcia. Tak też wykazał **odwołujący ltprojekt.** Stosowne postanowienie specyfikacji można odczytać jako wykonanie dostawy z zagwarantowaniem wykonania usługi, jednak już nie można tego odczytywać jako wykonywania przez jakiś okres usługi wraz z dostawą, na czym skupił się **zamawiający.**

Ponadto **zamawiający** mając wątpliwości do treści oferty może zażądać wyjaśnień treści oferty, co jest unormowanie w **art. 87 ust. 1 Pzp,** który brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«. Zamawiający może także wezwać do wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów dołączonych do oferty na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp,** który brzmi »Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1«. Jednak **zamawiający** nie dość wykorzystał te możliwości, a **odwołujący ltprojekt** mógł wyjaśnić swoje stanowisko dopiero na rozprawie. Dlatego Izba musi uwzględnić także zarzut czwarty naruszenia przepisów ***art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 Pzp.***

Wobec przedstawienia na rozprawie odpowiednich wyjaśnień na podstawie **art. 26 ust. 4 ani art. 87 ust. 1 Pzp** przez **odwołującego ltprojekt zamawiający** nie musi już żądać kolejnych wyjaśnień i może oprzeć się na materiale dowodowym z rozprawy.

Wobec powyższego **Izba** uwzględnia zarzuty od pierwszego do czwartego.

Trzecim kwestionowanym przez **zamawiającego** elementem oferty **odwołującego ltprojekt** jest, że treść oferty **odwołującego ltprojekt** nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z tym **odwołujący ltprojekt** sformułował zarzut piąty, że zamawiający naruszył **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez bezpodstawne uznanie, że oferta **odwołującego ltprojekt** podlega odrzuceniu z uwagi na nieuzasadnione przyjęcie, że treść oferty **odwołującego ltprojekt** nie odpowiada treści specyfikacji.

Zamawiający oczekiwał od **wykonawców,** że w ofertach zostanie zaoferowana biblioteka taśmowa na co najmniej 60 slotów i wszystkie zaoferowane sloty w urządzeniu będą: po pierwsze dostępne, a po drugie będą obsadzone taśmami LTO-6. **Odwołujący ltprojekt** zaoferował w bibliotece taśmowej wymaganą przez **zamawiającego** liczbę slotów, które są dostępne, aktywne i obsadzone taśmami LTO-6. Jednak **odwołujący ltprojekt** zaoferował 114 slotów, z których tylko wymagana przez **zamawiającego** liczba 60 slotów jest dostępna, aktywna i obsadzona taśmami LTO-6. Wszystkie pozostałe sloty można traktować jakby ich nie było, a dopiero w przyszłości będą mogły być ewentualnie uaktywnione.

Zamawiający nie wykazał, że w specyfikacji zakazał oferowania dodatkowych slotów, które nie byłyby aktywne. Wymaganie obsadzenia taśmami należy odnosić do minimalnej wymaganej liczby slotów, a nie można tego wymagania rozciągać na sloty zaoferowane ponad minimum, które to sloty **odwołujący ltprojekt** zaoferował niejako dodatkowo.

Izba stoi na stanowisku, że wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji za zaoferowanie czegoś ponad wymagania **zamawiającego,** gdy **zamawiający** tego nie zakazał w specyfikacji. **Zamawiający** wymagał na stronie 30 rubryka 4 od góry załącznika nr 9 do

---

SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia" cyt. »Wszystkie sloty dostępne w bibliotece (min. 60) obsadzone taśmami LTO-6 [...]«. **Zamawiający** nie wpisał, że zaoferowanie większej liczby slotów będzie uznawane za zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego ze specyfikacją. Dlatego należy rozpatrzyć ofertę **odwołującego ltprojekt** jako spełnienie wymagań **zamawiającego** przez zaoferowanie 60 slotów aktywnych i obsadzonych taśmami LTO-5 oraz do tego **odwołujący ltprojekt** zaoferował dodatkowe 54 sloty nieaktywne bez obsadzonych taśm. Nie może to być powodem uznania, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, szczególnie biorąc pod uwagę regułę, iż wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść **wykonawcy,** skoro to **zamawiający** – mogąc zastosować różne sformułowania – wprowadza do specyfikacji postanowienie o niejednoznacznej treści (podobnie wypowiedziała się wielokrotnie KIO, np. wyrok z 16 marca 2015 r. sygn. akt 430/15). O podobnej sytuacji mówi łacińska paremia »In dubio contra profermentem«, czyli wątpliwości należy rozstrzygać przeciw sporządzającemu tekst, a skoro całą specyfikację, a w tym opis przedmiotu zamówienia, sporządza zamawiający, to wszystkie niejednoznaczności należy interpretować przeciw niemu, a opowiadać się za wykonawcą. Dlatego takie znaczenie ma opracowanie treści specyfikacji, które wraz z załącznikami liczą setki stron, a w rozpoznawanym przypadku ponad 100 stron.

Wobec powyższego Izba musi przychylić się do zarzutu piątego **odwołującego ltprojekt** i stwierdzić, że zamawiający naruszył ***art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp*** *przez bezpodstawne uznanie, że oferta* ***odwołującego ltprojekt*** *podlega odrzuceniu ze względu na przyjęcie, że treść oferty* ***odwołującego*** **ltprojekt** *nie odpowiada treści specyfikacji.*

W związku z brakiem podstaw do wykluczenia odwołującego **ltprojekt** ani odrzucenia oferty tego **odwołującego,** obowiązkiem **zamawiającego** jest zaproszenie do aukcji elektronicznej **odwołującego ltprojekt.** obowiązek ten wynika z przepisu **art. 91b ust. 1 Pzp,** który brzmi »Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu« i przepisu **art. 91a ust. 1 Pzp,** który brzmi »Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4-6 nie stosuje się«. Dlatego szósty i siódmy zarzut **odwołującego ltprojekt,** które dotyczą braku zaproszenia **odwołującego ltprojekt** do aukcji elektronicznej

muszą zostać uwzględnione przez Izbę.

25

W zarzucie ósmym **odwołujący** nie wskazał naruszenia przepisu przez zamawiającego. Zarzut ten jest w zasadzie częścią uzasadnienia odwołania. Dlatego zarzut nie mógł podlegać innemu rozpoznaniu niż część uzasadnienia.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – naruszył **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b** i **ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91a ust. 1** i **art. 91b ust. 1 Pzp.**

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp,** czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……

26