

sygn. akt: **KIO 2724/23**

WYROK

z dnia 26 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2023 r. przez wykonawcę **IT Challegne sp. z o.o., ul. Bieżanowska 83; 30-826 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, al. Niepodległości 188 b; 00-608 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **Xcomp sp. z o.o. sp. k., ul. Białowieska 6b; 71-010 Szczecin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddała odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **IT Challegne sp. z o.o., ul. Bieżanowska 83; 30-826 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IT Challegne sp.**

z o.o., ul. Bieżanowska 83; 30-826 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **IT Challegne sp. z o.o., ul. Bieżanowska 83; 30-826 Kraków** na rzecz zamawiającego **Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, al. Niepodległości 188 b; 00-608 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 2724/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Dzierżawa sprzętu serwerowego i oprogramowania wraz z możliwością wykupu sprzętu i oprogramowania*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z dnia 7 lipca 2023 r., pod nr 2023/S 129-406973.

Dnia 5 września 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 15 września 2023 roku, wykonawca IT Challegne sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp.k. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych oświadczeń lub dokumentów składanych w postępowaniu, w zakresie wskazanym

w uzasadnieniu odwołania, celem potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu względnie wykazania braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania,

2.art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie prowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z uznaniem, że Xcomp sp. z o.o. sp. k. wykazał spełnianie warunków udziału względnie wykazał brak przesłanek do jego wykluczenia,

3.art. 17 ust. 2 Pzp przez udzielenie zamówienia Xcomp sp. z o.o. sp. k, mimo iż nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z pominięciem przepisów nakazujących zamawiającemu badanie zaistnienia przesłanej wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

-unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

-powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp.k. (dalej „Xcomp”) i w konsekwencji wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, dokumentów,

oświadczeń lub w zakresie wskazanym

w odwołaniu, a w przypadku ich niezpełnienia odrzucenie jego oferty oraz wykluczenie tego wykonawcy,

-dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

-przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania oraz przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Oferta odwołującego nie została odrzucona. Odwołujący jest w stanie wykazać spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, a jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, jeżeli zamawiający unieważni dotychczas dokonane czynności badania, oceny i wyboru oferty wykonawcy Xcomp, które to czynności zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wykazuje naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp w zakresie wyżej wykonanych czynności. Tym samym odwołujący, w przypadku nie podjęcia środków ochrony prawnej, poniesie szkodę w postaci braku uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz braku możliwości osiągnięcia zakładanego zysku.

Odwołujący podniósł, co następuje.

1. Przystępujący Xcomp, zgodnie z treścią złożonej oferty, zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia min. z wykorzystaniem 2 przełączników FC, deklarując, że ich producentem jest Lenovo, przełączniki FC są z typu ThinkSystem, a ich model nosi oznaczenie DB620S. Wykonawca ten, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, przedstawił w wykazie osobę, która będzie skierowana do realizacji zamówienia i której kwalifikacje, uprawnienia i doświadczenie potwierdzają spełnianie wyżej wskazanego warunku udziału. Jednakże osoba wskazana przez wykonawcę Xcomp legitymuje się certyfikatem innego producenta przełączników FC niż przełączniki zaoferowane, a mianowicie zgodnie z oświadczeniem wykonawcy, wskazana osoba posiada certyfikat Brocade Switch Installation and Configuration (INST – 120), a nie certyfikat producenta oferowanego urządzenia, jako którego wskazano w ofercie Lenovo.

Odwołujący potwierdza, że producentem przełącznika FC ThinkSystem o modelu DB620S jest firma Lenovo, a nie firma Brocade. Powyższe wynika z dokumentów katalogowych urządzenia, które odwołujący przedstawił jako dowód w sprawie podczas rozprawy. Niezależnie jednak wskazujemy, że dokumenty te dostępne są ogólnie w sieci Internet pod adresem: <https://lenovopress.lenovo.com/lp0580-lenovo-thinksystem-db620s-32gb-fc-san-switch>. W treści zawartych tam informacji jest co prawda odwołanie do firmy Brocade, jednak analiza tych informacji prowadzi do wniosku, że firma Brocade jest jedynie dostawcą modułów lub pewnych technologii przełącznika wyprodukowanego i wprowadzonego na rynek przez Lenovo.

Ustalając status producenta urządzenia, należy mieć na uwadze również przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej, która dotyczy sprzętu takiego jak przełączniki FC, i która definiuje producenta jako osobę fizyczną lub prawną, która wytwarza aparaturę lub zleca zaprojektowanie lub wytworzenie aparatury i oferuje tę aparaturę pod własną nazwą lub znakiem towarowym. Zgodnie z deklaracją zgodności UE w zakresie norm zharmonizowanych, w tym kompatybilności elektromagnetycznej, dotyczącej wyżej wskazanego urządzenia, jego producentem jest Lenovo Global Technology HK Limited

z siedzibą w Quarry Bay, Hong Kong, natomiast przedstawicielem producenta na terenie UE jest Lenovo z siedzibą w Bratysławie na Słowacji (dowód nr 1, załącznik do odwołania). Firma Brocade jest natomiast producentem własnych przełączników, posiadających zupełnie inne oznaczenia niż urządzenie zaoferowane przez Xcomp.

Na potwierdzenie powyższego, odwołujący wystąpił do firmy Lenovo, celem uzyskania informacji czy podmiot ten jest jedynym producentem oferowanego przez Xcomp urządzenia, a także, jakie certyfikaty techniczne wydawane są przez Lenovo potwierdzające kompetencje techniczne w zakresie min. przełączników FC (oświadczenie złożone w imieniu producenta stanowi dowód nr 2 i jest załącznikiem do odwołania). Z załączonego dokumentu jednoznacznie wynika, że Lenovo Certified Data Center Technical Sales Professional jest jedynym certyfikatem technicznym producenta potwierdzającym kompetencje techniczne obejmujące przełączniki FC dla modelu Lenovo ThinkSystem DB620S.

Reasumując, w przypadku, gdy wykonawca Xcomp zaoferował w ofercie przełączniki producenta Lenovo, zobowiązany był, zgodnie z zapisami SWZ, wykazać się dysponowaniem osobą posiadającą odpowiednie certyfikaty firmy Lenovo, czego na dzień składania dokumentów wymaganych przez zamawiającego wykonawca ten nie wypełnił. Brak jest również podstaw do innej interpretacji warunku udziału, w tym ewentualne uznanie, że wystarczającym było wykazanie się certyfikatem pochodzącym od producenta innego niż zaoferowane urządzenia czy też uznania, że skoro producent Lenovo polega na podzespołach czy technologiach innego producenta, to obydwaj mogą być uznani za jego producenta. SWZ we wskazanych wyżej zapisach, w sposób bezsprzeczny, odwołuje się do certyfikatu producenta oferowanych urządzeń. W sposób bezsporny Xcomp wskazał jako producenta konkretnego modelu przełącznika firmę Lenovo.

Powyższe stanowi w rzeczywistości brak wykazania spełnienia warunków udziału przez Xcomp, a zatem zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest do wezwania tego wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentu w wyznaczonym terminie

w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, chyba, że zająd okoliczności do odrzucenia oferty Xcomp. Zaznaczyć należy, że zamawiający zaniechał dokonania tej czynności i w konsekwencji dokonał wyboru oferty wykonawcy, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału, czym naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

2. Zgodnie z zapisami rozdziału 8 pkt 8.1.4 lit c) SWZ zamawiający wymagał aby wykonawca, na potwierdzenie spełnienia warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, wykazał dysponowanie osobami umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, posiadającymi określone kwalifikacje zawodowe i doświadczenie, to jest:

- minimum 1 inżynier z min. 5 letnim doświadczeniem w zakresie konfiguracji, wdrożeń

i administrowania zaoferowanym sprzętem tj. serwerem, macierzą dyskową, przełącznikami FC oraz posiadający kwalifikacje techniczne potwierdzone aktualnym certyfikatem producenta oferowanych urządzeń;

- minimum 1 inżynier techniczny z min. 5 letnim doświadczeniem w zakresie: instalacji, konfiguracji, zarządzania oferowanym oprogramowaniem do wirtualizacji posiadający certyfikat producenta oprogramowania w wersji v7 lub wyższej a w zakresie konfiguracji, wdrożeń i administrowania zaoferowanym sprzętem tj. serwerem, macierzą dyskową, przełącznikami FC oraz posiadający kwalifikacje techniczne potwierdzone aktualnym certyfikatem producenta oferowanych urządzeń.

Na potwierdzenie powyższego wykonawca zobowiązany był złożyć na wezwanie zamawiającego wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nią czynności, zgodnie ze wzorem załączonym do SWZ (Załącznik 11).

Wykonawca Xcomp przedłożył na wezwanie wykaz osób, oświadczając, że do realizacji skieruje wskazane w nim osoby. Jednocześnie w wykazie tym Xcomp wskazał jedną i tą samą osobę na potwierdzenie spełnienia obydwu warunków. Odwołujący zaznacza, że z treści SWZ nie wynikało, że wykonawcy mogą łączyć w tym zakresie kompetencje i wskazać dla obydwu warunków dotyczących personelu tą samą osobę. Wręcz przeciwnie, z literalnej wykładni postanowień SWZ wynika, że zamawiający oczekiwał więcej niż jednej osoby dla łącznego wykazania się spełnianiem warunków. Zamawiający konsekwentnie w SWZ i w Załączniku 11 posługuje się sformułowaniem „osobami”, a nie „osobami lub osobą”. Nie jest możliwe

w ocenie odwołującego aktualnie, po terminie składania ofert, uznanie, że intencją zamawiającego było dopuszczenie, by w realizacji zamówienia brała udział jedynie jedna osoba, łącząca wszystkie kompetencje i całe wymagane doświadczenia, szczególnie biorąc pod uwagę sformułowanie, że ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcy mają dysponować „osobami umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości”. Z powyższego wynika, że zamawiający na tamtym etapie uznawał, że zapewnienie odpowiedniego poziomu jakości ma nastąpić przez dwie osoby, z czego jedna ma być inżynierem posiadającym kompetencje z jednego obszaru, a druga inżynierem technicznym posiadającym kompetencje z innego obszaru. Analizując postawione wymagania należy dojść do wniosku, że zamawiający oczekiwał, by wykonawca dysponował co najmniej dwoma osobami posiadającymi odpowiednie certyfikaty, a nie jedną. Zmiana interpretacji wymogu wpływa na zmianę kręgu podmiotów, które mogły ubiegać się o udzielenie zamówienia, co potwierdzać może okoliczność złożenia oferty tylko przez dwa podmioty, przy dość dostępnym przedmiocie zamówienia oraz niewygórowanym wymaganym doświadczeniu w zakresie zdolności technicznej. W powyższym zakresie odwołujący odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 marca 2023 w sprawie o sygn. KIO 432/23, wyroku Sądu Najwyższego

z 8 maja 1998 roku sygn. I KKN 664/97, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 sierpnia 2022 roku w sprawie o sygn. KIO 1879/22 oraz z 20 stycznia 2022 roku w sprawie o sygn. KIO 3748/21.

W związku z powyższym Xcomp w rzeczywistości nie wykazał spełnienia warunków udziału, a zatem zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest do wezwania tego wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentu w wyznaczonym terminie

w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, chyba, że zająd okoliczności do odrzucenia oferty Xcomp. Zaznaczyć należy, że zamawiający zaniechał dokonania tej czynności i w konsekwencji dokonał wyboru oferty wykonawcy, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału, czym naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

3. Zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający zastrzegł, iż wykluczy

z postępowania wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1) w brzmieniu nadanym rozporządzeniem

Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1). Przesłanki te odnoszą się także do podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na których zdolności polega wykonawca w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych w przypadku, gdy przypada na nich ponad 10% wartości zamówienia.

Celem wykazania braku podstaw do wykluczenia, wykonawca zobowiązany był do złożenia szeregu oświadczeń własnych. Między innymi zamawiający oczekiwał, by wykonawcy złożyli oświadczenie dotyczące dostawcy, na którego przypada ponad 10% wartości zamówienia.

W tym przypadku Xcomp wskazał, że podmiotem będącym dostawcą, na którego przypada ponad 10% wartości zamówienia jest on sam. Jednocześnie oświadczył, że nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 5k rozporządzenia 833/2014

w brzmieniu nadanym mu rozporządzeniem 2022/576.

Niezależnie, Xcomp w celu wykazania spełniania warunków udziału opierał się na doświadczeniu podmiotu trzeciego – Optimus sp. z o.o. W zobowiązaniu do udostępnienia potencjału, Optimus sp. z o.o. oświadczył, że będzie brał udział w realizacji zamówienia jako dostawca do Xcomp sprzętu komputerowego zakupionego przez ten podmiot w Optimus sp. z o.o. na potrzeby realizacji zamówienia, pod warunkiem dostępności towaru. Podmiot ten nie określił górnej granicy uczestnictwa w zamówieniu, a jedynie dolną, warunkując udział

w realizacji zamówienia dostępnością towaru. Oznacza to, że podmiot ten, zgodnie z jego oświadczeniem może zrealizować 0% przedmiotu zamówienia jak i 90% w zakresie zapewnienia sprzętu.

Zamawiający w powyższym zakresie prowadził postępowanie wyjaśniające, w ramach którego Xcomp złożył 23 sierpnia 2023 roku oświadczenie, że przedmiot zamówienia wykona osobiście, Optimus nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca,

a Xcomp nie posiada obowiązku nabycia sprzętu i oprogramowania od Optimus sp. z o.o.

W ocenie Xcomp oświadczenie Optimus sp. z o.o. w zakresie udziału w realizacji zamówienia należy traktować wyłącznie jako mające charakter informujący o dostępnych możliwościach jakie Xcomp posiada. Xcomp jednocześnie oświadczył, że wartość świadczeń podmiotu udostępniającego zasoby - Optimus sp. z o.o. - jest mniejsza niż 10% wartości zamówienia. Dalej w treści wyjaśnień Xcomp oświadczył, że nie będzie wykonywać zamówienia z „udziałem podwykonawców czy dostawców, na których zdolności polega się w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE, o których mowa w art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 roku dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, w przypadku, gdy przypada na nich ponad 10% wartości zamówienia”.

Odwołujący wskazuje na niespójność złożonych przez Xcomp powyższych oświadczeń. Odwołujący przyznaje rację Xcomp, że zobowiązanie podmiotu o udostępnieniu zasobów samo w sobie nie rodzi obowiązku nabycia sprzętu i oprogramowania w tym postępowaniu od Optimus sp. z o.o. Odwołujący zgadza się również z tym, że art. 118 ust. 2 Pzp, nie ma zastosowania do podmiotu, który udostępnia zasoby w postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa. Niemniej jednak, nadal należy mieć na uwadze w takiej sytuacji ust. 4 art. 118 Pzp, który wskazuje, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby ma potwierdzać stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem z gwarancją rzeczywistego dostępu do zasobów i określać w szczególności zakres dostępnych zasobów oraz sposób i okres ich udostępnienia wykonawcy zasobów i wykorzystania przez niego zasobów tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Te postanowienia są niezależne od tego, czy podmiot udostępniający potencjał będzie podwykonawcą wykonawcy w postępowaniu czy też nie. Co istotne natomiast, wskazują na konieczność określenia sposobu i okresu wykorzystania przez wykonawcę zasobów podmiotu. Informacja ta w zobowiązaniu musi się znaleźć również dlatego, że zobowiązanie ma potwierdzać i gwarantować rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu udostępniającego. Inaczej, udostępnienie to uznać należy za fikcyjne. Optimus sp. z o.o. wskazał w zobowiązaniu zakres dostępnych zasobów, tj. wiedzę i doświadczenie nabyte w zakresie realizacji umowy na leasing sprzętu serwerowego HPE Super dome dla systemu ERP. W efekcie tego oświadczenia, Xcomp mógł wykazać się doświadczeniem tego podmiotu w celu uzyskania zamówienia. Doświadczeniem, którego, jak rozumie odwołujący, Xcomp sam nie ma. Można zatem postawić wniosek, że bez tego doświadczenia, Xcomp nie spełniłby warunków udziału i nie mógłby się ubiegać o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu. Optimus sp. z o.o. oświadczył również, że upoważnia Xcomp do korzystania ze zdolności technicznych i zawodowych oraz wiedzy i doświadczenia, a przekazanie niezbędnych zasobów nastąpi w szczególności przez konsultacje i doradztwo na etapie realizacji zamówienia oraz nadzór nad realizacją zamówienia. W zakresie dostawy natomiast, jak wyżej wskazano, Optimus sp. z o.o. oświadczył, że będzie brał udział pod warunkiem dostępności towaru.

W kontekście tych oświadczeń, Xcomp w wyjaśnieniach z 23 sierpnia 2023 roku, stwierdził, że oświadczenie Optimus sp. z o.o. dotyczące udziału w realizacji zamówienia ma jedynie charakter informacyjny o dostępnych możliwościach jakie posiada Xcomp jako wykonawca. Takie oświadczenie nie potwierdza gwarancji do rzeczywistego dostępu przez Xcomp do zasobów Optimus sp. z o.o. w deklarowanym zakresie konsultacji i doradztwa czy nadzoru nad realizacją

zamówienia. Nawet jeżeli udostępniający potencjał nie musi być podwykonawcą, to nadal udostępnienie potencjału musi gwarantować możliwość czerpania przez wykonawcę z udostępnionego potencjału, jak stanowi art. 118 ust. 4 Pzp. Inaczej zobowiązanie do udostępnienia i powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego pozostaje w sferze tzw. handlu referencjami i pozostając sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu udostępniającego zasoby, nie jest uważane za wykonywanie prawa

i nie korzysta z ochrony. Pamiętać należy, że potencjał Optimus sp. z o.o. był udostępniony na okoliczność wykazania, czyli posiadania doświadczenia w zakresie dzierżawy sprzętu IT

o wartości rocznej dzierżawy min. 400.000 zł, z możliwością wykupu sprzętu IT po zakończeniu okresu dzierżawy. Jak rozumie odwołujący doświadczenie takie miało wykazać, że podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia będzie miał wiedzę w zakresie umów dzierżawy

z opcją wykupu, być może ich finansowania, ale także ich dostawy i obsługi w zakresie utrzymania sprzętu, chociażby w ramach jego gwarancji. Jeżeli Xcomp przyjmując zobowiązanie Optimus sp. z o.o. odnośnie jego doświadczenia, aktualnie twierdzi, że podmiot ten nie będzie brał udziału w zamówieniu jako podwykonawca (co zrozumiałe), ale również nie będzie dostawcą sprzętu, a jeżeli nawet to o poniżej 10% wartości zamówienia, to pytanie

w jaki sposób Xcomp będzie korzystał z udostępnionego mu potencjału na etapie realizacji zamówienia. W jakim zakresie będzie miał on dostęp do wiedzy i doświadczenia Optimus sp. z o.o., zakładając, że może zdarzyć się tak, że podmiot ten nie będzie dostarczał sprzętu

w ogóle, nawet w zakresie mniejszym niż 10%. W jaki sposób zatem Optimus sp. z o.o. będzie świadczył usługę konsultacji i doradztwa w zakresie realizacji umowy dzierżawy z opcją wykupu, jeżeli nie będzie brał w niej udziału jako dostawca. W zobowiązaniu Optimus sp.

z o.o. co prawda odwołał się do nieznanymi i nieokreślonych niezbędnych umów

i porozumień, ale nie określił ich charakteru cywilnoprawnego. Te wątpliwości nie zostały przez zamawiającego wyjaśnione, a zatem nie jest on w stanie ocenić, czy udostępnienie potencjału jest realne i będzie prowadzić do współpracy pomiędzy Xcomp i Optimus sp. z o.o. w ramach której Optimus sp. z o.o. rzeczywiście udostępni wiedzę i doświadczenie dotyczące konkretnego wdrożenia w sposób inny aniżeli zezwolenie na użycie referencji w celu uzyskania zamówienia. Pamiętać bowiem należy o celu udostępnienia potencjału i zakazie fikcyjnego udostępniania potencjału jedynie celem wykazania spełniania warunków bez dalszego, realnego korzystania z tego potencjału w toku realizacji zamówienia.

Jednocześnie wskazać należy, że istnieje niespójność w oświadczeniu Xcomp w zakresie podmiotu będącego dostawcą powyżej 10%, w którym Xcomp wskazał wyłącznie siebie

i pozostałymi dokumentami postępowania, w szczególności wyjaśnieniami z 23 sierpnia 2023. W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że zamawiający zobowiązany jest wykluczyć

z udziału w postępowaniu wykonawców, wobec których zachodzą podstawy wykluczenia na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1) w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111

z 8.4.2022, str. 1). Jak wyżej wskazano przesłanki te odnoszą się także do podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na których zdolności polega wykonawca w rozumieniu dyrektyw

w sprawie zamówień publicznych w przypadku, gdy przypada na nich ponad 10% wartości zamówienia. Wykazanie braku zaistnienia tej przesłanki ciąży na wykonawcy

i może być dokonane w dowolny sposób, na przykład oświadczeniami własnymi. Zamawiający w postępowaniu oczekiwał złożenia oświadczenia odpowiednio w odniesieniu do podmiotów, na zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega, oświadczenia dotyczącego podwykonawcy, na którego przypada ponad 10% wartości zamówienia oraz niezależnie oświadczenia dotyczącego dostawcy, na którego przypada ponad 10% wartości zamówienia. Xcomp nie złożył oświadczeń w zakresie podmiotu udostępniającego oraz podwykonawcy, co jest zgodne z aktualnym stanem faktycznym, natomiast złożył oświadczenie dotyczące dostawcy, wskazując tam jedynie siebie. Na wezwanie zamawiającego, 23 sierpnia 2023 roku oświadczył natomiast, że nie będzie wykonywać zamówienia z udziałem podwykonawców czy dostawców, na których zdolności polega w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE, o których mowa

w rozporządzeniu Rady nr 833/2014. Oświadczenie to pomija w zupełności innych dostawców niż udostępniający potencjał, mimo że rozporządzenie wyraźnie wskazuje na konieczność badania sytuacji podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na których zdolności polega wykonawca. Oświadczenie Xcomp zatem, w tym stanie faktycznym nie niesie żadnej wartości, bo nie dotyczy każdej i wszystkich kategorii podmiotów objętych rozporządzeniem UE 833/2014. Tymczasem Xcomp w innej części wyjaśnień wskazał, że kompletowanie sprzętu

i oprogramowania na potrzeby zamówienia będzie następowało z różnych dostępnych źródeł, w tym nabycia od Optimus sp. z o.o. lub innych podmiotów.

Ustawa Pzp nie definiuje terminu dostawca. Jednak zgodnie z odpowiedziami na często zadawane pytania, opublikowanymi na stronie internetowej Komisji Europejskiej (https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-09/faqs-sanctions-russia-consolidated_en_0.pdf), 10% limit wskazany w rozporządzeniu UE 833/2014 liczony jest indywidualnie w odniesieniu do każdego podwykonawcy, dostawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby. Ponadto, jak przyjmuje Komisja Europejska, przepis ten znajduje zastosowanie do wszystkich dalszych podwykonawców oraz dostawców znajdujących się

w całym łańcuchu dostaw w związku z realizacją zamówienia publicznego, a nie tylko bezpośrednich podwykonawców czy dostawców, nawet zatem gdy podmioty te są jedynie podmiotami pośredniczącymi. Skoro Xcomp nie jest producentem ani autoryzowanym przedstawicielem producenta sprzętu, który ma być przedmiotem dostawy (dzierżawy), oczywiste jest, że będzie korzystał z innych dostawców, a nie tylko z własnych zasobów. Nawet jeżeli zatem będzie dokonywał zakupu urządzeń od podmiotów trzecich, to w rozumieniu art. 5k rozporządzenia UE 833/2014 w aktualnym brzmieniu, podmioty te będą uznane za dostawców. Przyglądając się natomiast wartości zamówienia, zauważyć należy, że chociażby wartość serwerów wymaganych niniejszym zamówieniem przekracza 10% wartości zamówienia. Zatem brak złożenia przez Xcomp oświadczenia względem innych dostawców, aniżeli on sam, jest nierealne i winno zostać przez zamawiającego zakwestionowane.

W szczególności zaś zamawiający powinien wezwać Xcomp do złożenia podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 128 ust. 2 Pzp, czego zaniechał.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż osoba wskazana przez wykonawcę Xcomp legitymuje się certyfikatem producenta przełączników FC odpowiadającym za oferowanym przełącznikom - wskazana osoba posiada certyfikat Brocade Switch Installation and Configuration (INST-120).

Odwołujący zarzuca, iż wykonawca Xcomp nie posiada certyfikatu producenta oferowanego urządzenia jako którego wskazano w ofercie Lenovo.

Z powyższym stanowiskiem nie zgodził się zamawiający wskazując, iż w trakcie sprawdzania ofert oraz weryfikacji oferowanych urządzeń i kompetencji wykonawcy Xcomp, uznał, że przedstawiony certyfikat Brocade Switch Installation and Configuration (INST-120) jest certyfikatem potwierdzającym wymagania zamawiającego dotyczące instalacji i konfiguracji zaofertowanego przełącznika Lenovo Thinksystem DB620s. Możliwość uznania przedstawionego certyfikatu sprawdzono korzystając z informacji umieszczonych na stronie producenta urządzenia <https://lenovopress.lenovo.com/lp0580-lenovo-thinksystem-db620s-32gb-fcsan-switch> (<https://lenovopress.lenovo.com/lp0580.pdf>), gdzie Lenovo w sposób jednoznaczny przyznaje, że przełącznik w pełni zbudowany jest w oparciu o technologię Brocade oraz komponenty wykorzystywane w jego budowie pochodzą również od Brocade.

Ww. informacje pozwoliły na uznanie przedstawionego certyfikatu jako odpowiedniego dla instalacji i konfiguracji oferowanego przełącznika. Dodatkowo należy wskazać,

iż przedstawiony przez wykonawcę Xcomp certyfikat jest oficjalnym dokumentem na liście certyfikatów Brocade, co można sprawdzić pod poniższym linkiem - <https://www.broadcom.com/support/education/brocade/courses>

Jednocześnie zamawiający wskazuje na cel postawionego przez siebie wymagania. Zamawiający wymagał, aby wykonawca, na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, wykazał dysponowanie osobami umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, posiadającymi w szczególności opisane w SWZ doświadczenie, a także kwalifikacje potwierdzone aktualnym certyfikatem producenta oferowanych urządzeń. Celem przytoczonego postanowienia było zapewnienie przez wykonawcę osób, które w sposób profesjonalny uruchomią i skonfigurują dostarczony sprzęt oraz będą wsparciem w integracji dostarczonego sprzętu ze infrastrukturą zamawiającego. Zaofertowany przełącznik technologicznie i konfiguracyjnie w całości oparty jest na rozwiązaniach firmy Brocade (fizyczny producent) i z punktu widzenia technicznego osoba posiadająca doświadczenie potwierdzone certyfikatem firmy Brocade spełnia cel zamawiającego postawiony w wymaganiu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Xcomp jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na łączenie osób ze wskazanym doświadczeniem, zamawiający wskazał, iż wymagał, aby wykonawca, na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, wykazał dysponowanie osobami umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, posiadającymi określone kwalifikacje zawodowe i doświadczenie, to jest (...).

Na potwierdzenie powyższego wykonawca zobowiązany był złożyć na wezwanie zamawiającego wykaz osób

skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, zgodnie ze wzorem załączonym do SWZ (załącznik 11).

Zamawiający zaznacza, że z treści SWZ nie wynikało, że wykonawcy nie mogą łączyć w tym zakresie kompetencji i wskazać dla obydwu warunków dotyczących personelu tę samą osobę.

W świetle powyższego, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający wskazuje, iż z postanowień SWZ nie wynika, że zamawiający oczekiwał więcej niż jednej osoby dla łącznego wykazania się spełnianiem warunków uznając, iż wykonawca Xcomp spełnił warunki udziału w postępowaniu przedstawiając personel wskazany w wykazie. Nie doszło zatem do naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Xcomp jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak zdaniem odwołującego spełnienia warunku w zakresie doświadczenia podmiotu trzeciego, zamawiający wskazał, iż prowadził postępowanie wyjaśniające, w ramach którego Xcomp złożył 23 sierpnia 2023 roku oświadczenie, że przedmiot zamówienia wykona osobiście, Optimus sp. z o.o. nie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca,

a Xcomp nie posiada obowiązku nabycia sprzętu i oprogramowania od Optimus sp. z o.o.

W ocenie Xcomp oświadczenie Optimus sp. z o.o. w zakresie udziału w realizacji zamówienia należy traktować wyłącznie jako mające charakter informujący o dostępnych możliwościach jakie Xcomp posiada. Xcomp jednocześnie oświadczył, że wartość świadczeń podmiotu udostępniającego zasoby - Optimus sp. z o.o. – jest mniejsza niż 10% wartości zamówienia. Dalej w treści wyjaśnień Xcomp oświadczył, że nie będzie wykonywać zamówienia z „udziałem podwykonawców czy dostawców, na których zdolności polega się w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE, o których mowa w art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 roku dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, w przypadku, gdy przypada na nich ponad 10% wartości zamówienia”.

Zamawiający zaprzecza jakoby oświadczenia złożone przez Xcomp były niespójne. Zamawiający wskazuje, że zobowiązanie podmiotu o udostępnieniu zasobów samo w sobie nie rodzi obowiązku nabycia sprzętu i oprogramowania w tym postępowaniu od Optimus sp.

z o.o. Nadto, jak wskazał odwołujący art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, nie ma zastosowania do podmiotu, który udostępnił zasoby w postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa.

W ocenie zamawiającego, oświadczenia złożone przez Xcomp wypełniają wymagania określone w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp – bowiem określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Nadto odwołujący zdaje się całkowicie ignorować fakt, iż ww. przepis wskazuje na informacje, które mają być udzielone w szczególności, co oznacza, iż przepis nie ma charakteru wymogu zamkniętego. Zamawiający w żadnym z dokumentów nie dopatrywał się również jakiegokolwiek niespójności w zakresie złożonych przez Xcomp oświadczeń, uznając je za prawidłowe.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego – wykonawca Xcomp, podzielił stanowisko zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym złożonym do akt sprawy, przystępujący wskazał, co następuje.

Z punktu widzenia postawionego warunku kluczowe znaczenie ma to kto jest producentem oferowanych przełączników oznaczonych w ofercie jako Lenovo Think System DB 620S.

Sam zamawiający nie wyjaśnił, jak rozumieć sformułowanie producent, a jak zostanie wykazane poniżej w tym konkretnym przypadku, sprzedaży OEM można to pojęcie rozumieć dwojako.

Przystępujący oznaczył oferowany przełącznik podając „Lenovo”, gdyż jest to produkt Lenovo, jednak faktycznym producentem - wytwórcą tych przełączników jest Broadcom Company, zaś Lenovo jest jedynie tzw. OEM Partnerem dla marki produktów - Brocade. Oznacza to, że wytwórca daje prawo swoim OEM Partnerom do sprzedaży swoich przełączników pod ich własną marką. Z tego powodu przełącznik sprzedawany jest przez Broadcom jako Brocade G 620, zaś Lenovo, Fujitsu, Dell i inni partnerzy sprzedają to samo urządzenie jako własne produkty, przy czym Lenovo sprzedaje ten przełącznik pod nazwą handlową: Lenovo Think System DB 620S. Urządzenie Brocade G 620 jest więc tym samym urządzeniem, co Lenovo Think System DB 620S. Jest to dokładnie identyczne, to samo, urządzenie sprzedawane albo przez Broadcom bezpośrednio albo przez OEM Partnerów, którzy nadają temu urządzeniu

oznaczenia swojej marki, a co za tym idzie traktują je jako swoje produkty. Nie jest prawdziwe twierdzenie odwołującego, iż osoba wskazana przez wykonawcę Xcomp legitymuje się certyfikatem innego producenta przełączników FC niż przełączniki zaofertowane jak również twierdzenie, że firma Brocade jest jedynie dostawcą modułów lub pewnych technologii przełącznika wyprodukowanego i wprowadzonego na rynek przez Lenovo.

Po pierwsze, wytwórcą oferowanych przełączników jest Broadcom, który jedynie zezwala na sprzedaż swoich urządzeń m.in. Lenovo pod własną marką. Lenovo znajduje się na liście producenta Broadcom w kategorii OEM Partner, co jest potwierdzone pod adresem: .

Przystępujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z informacji z ww. strony internetowej na okoliczność wykazania, iż Lenovo jest OEM Partnerem produktów Brocade a więc nie jest wytwórcą tych urządzeń - załącznik nr 1.

Po drugie, Broadcom jest dostawcą całego przełącznika a nie jego części. Co więcej jako producent-wytwórca również przekazuje swoim OEM Partnerom źródłową dokumentację techniczną, świadczy usługi serwisowe i rozwiązuje problemy techniczne. Co więcej, Broadcom dla swoich przełączników, niezależnie od partnera przekazuje dostęp do wszystkich upgradów, aktualizacji oraz opracowuje łatki bezpieczeństwa. Broadcom, jako wytwórca, a więc podmiot, który odpowiedzialny jest za technologię urządzenia, dba o jego jakość i rozwój, stanowi pierwsze i źródłowe ogniwo w procesie produkcji. To nie inżynierowie Lenovo znają najlepiej oferowany przełącznik, lecz właśnie inżynierowie Broadcom, którzy je konstruowali i do których w przypadku problemów zwraca się każdy OEM Partner w ramach gwarancji.

W obliczu ww. faktów źródłowym certyfikatem w zakresie konfiguracji, wdrożeń i administrowania jest certyfikat techniczny Brocade, zaś certyfikat sprzedażowo - techniczny Lenovo jest dokumentem wtórnym, wydanym przez partnera wytwórcy, zapewne przeszkolonego przez wytwórcę.

Przystępujący, w celu wykazania powyższych twierdzeń przedstawia poniżej analizę faktów popartą stosownymi dowodami.

Przystępujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z informacji ze strony internetowej <https://www.broadcom.com/how-to-buy/hardware-partners/fibre-channel-networking/lenovo>

na potwierdzenie, że produkty marki Brocade, w tym oferowany przełącznik są sprzedawane przez Lenovo w ramach systemu OEM pod marką własną Lenovo, a więc na potwierdzenie, że to Broadcom Company jest właściwym wytwórcą tych urządzeń - załącznik nr 2 wraz z tłumaczeniem.

We wszystkich materiałach technicznych i handlowych publikowanych przez Lenovo dla przełącznika SAN 620S, jak wskazuje sam odwołujący w odwołaniu, jest więc odesłanie do produktów Brocade np. Brocade Gen6 na zdjęciach i grafikach. Co więcej materiały handlowe Lenovo opisują rozwiązanie poprzez notoryjne odesłania do dokumentacji wytwórcy Broadcom w celu poznania dalszych szczegółów, jak i pobrania oprogramowania czy jego aktualizacji.

Z informacji zawartych na stronie internetowej Lenovo wynika ponadto, że w przełącznikach są naklejane etykiety BROCADE i plomby FIPS 140-2 0 wysokim poziomem bezpieczeństwa co jednoznacznie potwierdza, że jest to produkt Brocade, producenta Broadcom.

Na potwierdzenie, że Lenovo opisuje oferowany przełącznik jako rozwiązanie Broadcom przystępujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z wyciągu ze strony internetowej Lenovo opisującej ten produkt pod adresem: - załącznik nr 3 oraz opis techniczny Lenovo ze strony: - załącznik 4 wraz z tłumaczeniem

Z załącznika nr 4 stanowiącego tabelę porównawczą wynika jednoznacznie, iż przełącznik Thinksystem DB 620S to produkt Brocade Gen6, konkretnie G620. Przystępujący wnosi o przeprowadzenie ww. dowodu w celu zaprzeczenia twierdzeniom odwołującego. W kolumnie dla przełącznika LENOVO THINKSYSTEM DB620S w tabeli zawartej w zał. 4 wskazano wprost oznaczenie stosowane przez Broadco tj. Brocade G620, co oznacza, że jest to jeden i ten sam produkt. Na potwierdzenie tezy, że urządzenie 620S jest tym samym sprzętem, sprzedawanym przez Broadcom i jego partnerów przystępujący wnosi o przeprowadzenie dowodów zawierających zestawienie zdjęć ww. urządzenia sprzedawanego przez DELL, Lenovo, Fujitsu:

- zestawienie graficzne - załącznik nr 5
- karta katalogowa - szybki przewodnik Lenovo - załącznik nr 6

Z ww. dokumentów wynika, że zdjęcie każdego przełącznika, z różnych kanałów sprzedaży dotyczy tego samego urządzenia. Mamy, wobec tego do czynienia z sytuacją, w której konkretny przełącznik, wytwarzany przez Broadcom jest sprzedawany zarówno przez niego, jak i zostaje udostępniony do sprzedaży pod marką partnerów wytwórcy. Z tego powodu w tym wyjątkowym modelu handlowym należy uznać, że za producenta przełączników SAN 620S można uznać zarówno Lenovo jako wprowadzającego do obrotu to urządzenie jak i Broadcom jako wytwórcę urządzenia i wprowadzającego do obrotu.

Powyższa konkluzja wynika z analizy ustawodawstwa i orzecznictwa. Stosownie do art. 5 pkt 20 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tj. z dnia 24 listopada 2022 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 215 ze zm.) przez

producenta należy rozumieć „osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem”. Praktycznie identyczna definicja ustawowa producenta została zamieszczona w art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (tj. z dnia 22 lipca 2022 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1854 ze zm.), zgodnie z którym przez producenta należy rozumieć „osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która wytwarza wyrób albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem towarowym”. Również podobnie została sformułowana definicja producenta w art. 3 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (tj. z dnia 22 stycznia 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 222 ze zm.), tj.: „2) producent:

a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt”.

Zasadniczo należy wywieść, że wytwórca (tu Broadcom) zawsze będzie w świetle ww. regulacji producentem z przyczyn oczywistych - konstruuje produkt, opracowuje technologię, dba o jego jakość i rozwój, bierze za niego odpowiedzialność i wprowadza na rynek pod własną marką. Jeśli jednak określony produkt zostaje wytworzony dla określonego podmiotu, w celu wprowadzenia do obrotu pod własną marką to statut producenta ma również ów podmiot (tu Lenovo). Broadcom zezwala na sprzedaż swoich przełączników również przez inne podmioty pod własną marką. Nie jest to więc klasyczna sytuacja, gdzie produkcja urządzenia odbywa się np. w chińskiej fabryce na zlecenie wiodącego producenta, który w całości obejmuje opiekę nad produktem a fabryka po wytworzeniu nie ma z nim związku. Wówczas oczywistym byłoby, że wytwórca nie jest producentem. Z uwagi jednak na to, że to Broadcom a nie Lenovo wciąż jest odpowiedzialny za rozwój produktu, jego serwis i aktualizacje, wprowadza go do obrotu pod własną marką, a jednocześnie pozwala na sprzedaż przez inne podmioty pod ich marką to niewątpliwie Broadcom posiada status producenta w sensie prawnym. Skoro zamawiający nie ustanowił w SWZ własnej definicji producenta, zatem na potrzeby interpretacji warunku udziału w postępowaniu należy kierować się definicjami tego pojęcia zawartymi w przytoczonych powyżej aktach prawnych. Powyższe ma pełne oparcie w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku z dnia 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1880/22, oraz w wyroku z dnia 25 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 929/22. Na uwagę w tym zakresie zasługuje uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-10-06, KIO/KD 27/22, która dotyczy sprzedaży w systemie OEM, gdzie Izba wręcz nie uznała jako producenta wiodących firm branży IT jak DELL czy Fujitsu w przypadku, gdy sprzedaż dotyczyła OEMowanych urządzeń wytwarzanych przez Cisco i Schneider. Zasadniczo bowiem należy wskazać za cytowanymi wyżej przepisami,

że producentem jest wytwórca. W przypadku urządzeń Brocade mamy do czynienia z sytuacją szczególną, w której zasadniczo wytwórca sprzedaje produkt samodzielnie i za niego odpowiada, a wybrani przez niego i zweryfikowani OEM Partnerzy mogą po spełnieniu specjalnych warunków brandować ten produkt i sprzedawać go pod własną marką niejako obok sprzedaży przez wytwórcę. Kwestią notoryjną i powszechnie wiadomą w branży jest, że przełączniki tej kategorii, sprzedawane przez Lenovo, Fujitsu i innych partnerów *de facto* przełączniki Brocade. Wobec tego mamy na rynku do czynienia ze stosowaniem różnych oznaczeń (marki) tego samego przełącznika produkowanego przez jednego wytwórcę - Broadcom.

Zamawiający formułując treść warunku udziału w postępowaniu nie wyjaśnił, jak należy rozumieć producenta, a co za tym idzie, jeśli w tym konkretnym przypadku z uwagi na system sprzedaży OEMowej można rozumieć to pojęcie dwojako, to zamawiający nie ma możliwości wyciągania negatywnych konsekwencji wobec żadnego wykonawcy, gdyż wszelkie niejednoznaczności SWZ nie mogą obciążać wykonawcy. Dlatego w ocenie przystępującego właściwe jest uznanie przez zamawiającego zarówno certyfikatu technicznego Brocade - jako wytwórcy - dla inżyniera wskazanego przez Xcomp, jak również certyfikatu sprzedażowo - technicznego Lenovo - jako podmiot dystrybuujący, OEM Partner - o którym mowa w piśmie Lenovo, stanowiącym załącznik do odwołania.

Celem zapewnienia, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z certyfikatu, żądanego przez zamawiającego na potwierdzenie, iż osoba ta posiada stosowne kwalifikacje, wystawionego przez producenta Broadcom - załącznik 7.

Znamienne jest, że jak wynika z treści odwołania, odwołujący zadał Lenovo pytanie - czy Lenovo jest jedynym producentem oferowanego przez Xcomp urządzenia i na tak postawione pytanie nie uzyskał odpowiedzi Lenovo. Z całą pewnością na tak postawione pytanie Lenovo musiałoby odpowiedzieć, że nie - nie jest wyłącznym producentem tych przełączników. Lenovo złożyło natomiast oświadczenie, w którym wskazało wyłącznie, że przełącznik SAN DB620s jest

produktem firmy Lenovo i jest opatrzony znakiem firmowym Lenovo.

Wobec tego, Izba powinna wziąć pod uwagę, że na pytanie o to czy Lenovo jest producentem nie udzielono odpowiedzi. Faktem jest bowiem, że wskazany przełącznik jest produktem markowanym przez Lenovo, ale jest on wytwarzany przez Broadcom (marka Brocade). Lenovo nie może więc złożyć oświadczenia, że jest wyłącznym producentem, gdyż poświadczyłoby nieprawdę. Ta konstatacja z kolei potwierdza tezę przystępującego, że producentem wytwórcą oferowanych przełączników oznaczonych jako produkt Lenovo jest Broadcom.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, iż nie było możliwe w świetle SWZ powołanie jednej osoby na wykazanie dwóch warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej należy wskazać, że w ocenie przystępującego, postanowienia SWZ nie stały temu na przeszkodzie. Posiadanie certyfikatów i doświadczenia w zakresie zarówno sprzętu jak

i oprogramowania jednocześnie wskazuje bowiem na wyższe kompetencje ocenianej osoby, niż osoby, która posiada stosowne kwalifikacje tylko w obszarze sprzętu albo tylko w obszarze oprogramowania. Co więcej, realizacja zadania polegającego na konfiguracji, montażu

i administrowaniu sprzętem i oprogramowaniem jednocześnie może jedynie oznaczać większą efektywność działania takiej osoby aniżeli dwóch niezależnych inżynierów osobno. Z uwagi na to, że zamawiający w SWZ nie zakazał powołania jednej osoby należało uznać, że jest to możliwe. Posłużenie się liczbą mnogą w treści warunku „osoby” należy rozumieć tak,

że zamawiający nie chciał zawęzić warunku poprzez żądanie jednej osoby, ale nie można na tej podstawie uznać, iż wykluczył taką możliwość. Co więcej, z treści warunku wynika,

że zamawiający ustanowił warunek kierując się zapewnieniem wysokiego poziomu jakości zamówienia, a to jak wskazano zostanie uzyskane poprzez zaangażowanie specjalisty - inżyniera posiadającego kompleksową wiedzę.

Kolejnym zarzutem Odwołującego jest również brak złożenia przez Xcomp oświadczenia względem innych dostawców, aniżeli on sam, co w ocenie odwołującego jest nierealne i winno zostać przez zamawiającego zakwestionowane. W szczególności zaś Zamawiający powinien wezwać Xcomp do złożenia podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 128 ust. 2 Pzp, czego zaniechał.

W ocenie przystępującego zarzut ten jest nieskutecznie postawiony z uwagi na to, że nie da się z powołanego uzasadnienia określić co konkretnie zarzuca odwołujący zamawiającemu i uzupełnienia jakiego konkretnie dokumentu się domaga - czy oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu z uwagi na przepisy sankcyjne czy też zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Ani jeden ani drugi dokument w ocenie przystępującego nie powinien być uzupełniany, gdyż złożone pierwotnie oświadczenia są poprawne. W zakresie zobowiązania do użyczenia zasobów wykonawca wyjaśnił w piśmie z 23.08.2023 r., iż podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą z uwagi na to, że w tego typu umowie stanowiącej jeden z rodzajów dostawy nie ma zastosowania art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Jedynie bowiem dla usług i robót budowlanych konieczne jest zapewnienie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, co zresztą odwołujący przyznał. Z tego powodu zaangażowanie Optimus w formie określonej w zobowiązaniu, w zakresie mniejszym niż 10% zamówienia nie przesądza o braku realizmu użyczonych zasobów. Z załączonego do oferty zobowiązania wynika bowiem w jaki sposób nastąpi przekazanie potencjału, a więc przez:

- 1.konsultacje oraz doradztwo na etapie realizacji zamówienia,
- 2.nadzór nad realizacją zamówienia,
- 3.udział OPTIMUS sp. z o.o. w realizacji zamówienia jako dostawca do Xcomp spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. sprzętu komputerowego zakupionego przez ten podmiot w OPTIMUS sp. z o.o. na potrzeby realizacji ww. zamówienia, pod warunkiem dostępności towaru.

Poza więc punktem trzecim, na którym skupia się odwołujący, jest również punkt 1 i 2, zgodnie z którymi podmiot trzeci będzie świadczył wsparcie w realizacji i wykona nadzór nad realizacją. Wzięcie udziału w postępowaniu w sposób określony w pkt 1 i 2 jest wystarczające celem wykazania realizmu użyczonych zasobów.

Z kolei odnosząc się do ewentualnego żądania odwołującego w zakresie konieczność uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z uwagi na przepisy sankcyjne należy wyjaśnić, że skoro, jak ustalono powyżej, co wyjaśnił również wykonawca w toku postępowania, udział dostawców jest poniżej 10% to nie był on zobowiązany do składania takiego oświadczenia. Skoro jednak zarzut jest na tyle nie precyzyjny, iż trudno jest odczytać z niego intencję odwołującego, nie sposób nawet szerzej odnieść się do niego, a co za tym idzie już z tego powodu zarzut należy w ocenie przystępującego uznać za nie zasadny.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość

szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniami pkt 8.1.4 lit. c SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej - za spełniających warunek zamawiający uzna wykonawców, którzy wykażą, że dysponują osobami umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia posiadające następujące kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:

- minimum 1 inżynier z min. 5 letnim doświadczeniem w zakresie konfiguracji, wdrożeń i administrowania zaoferowanym sprzętem tj. serwerem, macierzą dyskową, przełącznikami FC oraz posiadający kwalifikacje techniczne potwierdzone aktualnym certyfikatem producenta oferowanych urządzeń;

- minimum 1 inżynier techniczny z min. 5 letnim doświadczeniem w zakresie: instalacji, konfiguracji, zarządzania oferowanym oprogramowaniem do wirtualizacji posiadający certyfikat producenta oprogramowania w wersji v7 lub wyższej a w zakresie konfiguracji, wdrożeń i administrowania zaoferowanym sprzętem tj. serwerem, macierzą dyskową, przełącznikami FC oraz posiadający kwalifikacje techniczne potwierdzone aktualnym certyfikatem producenta oferowanych urządzeń.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu zamawiający żądał złożenia (pkt 9.4.6 SWZ) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz

z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia

i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - załącznik nr 11 do SWZ.

Wykonawca przystępujący złożył stosowny wykaz, w którym, dla osoby, która będzie świadczyła usługę z ramienia wykonawcy, podał wymagane przez zamawiającego informacje. W szczególności przystępujący podał, iż wskazana osoba posiada - Certyfikat Brocade Switch Installation and Configuration (INST-120), który dotyczy oferowanych przez wykonawcę przełączników FC.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego i przystępującego.

Na wstępie Izba wskazuje, że nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, który w treści odwołania podał, iż „*że firma Brocade jest jedynie dostawcą modułów lub pewnych technologii przełącznika wyprodukowanego i wprowadzonego na rynek przez Lenovo*”, gdyż jak to wynika z dowodów przedstawionych przez zamawiającego i przystępującego, ale także odwołującego, firma Brocade jest także producentem kompletnych przełączników, które również mogą stanowić przedmiot oferty.

Bezsporną w sprawie jest okoliczność, iż:

- przystępujący zaoferował przełączniki FC firmy Lenovo, co wynika wprost z treści złożonej przez wykonawcę oferty (Specyfikacja oferowanego sprzętu - Przełącznik FC Lenovo ThinkSystem DB620S, str. 9),

- osoba wskazana przez wykonawcę posiada Certyfikat Brocade Switch Installation and Configuration (INST-120).

Przedmiot sporu dotyczy okoliczności związanej w wymaganiem zamawiającego (opisanym powyżej), przedmiotem oferty przystępującego oraz Certyfikatu jakim legitymuje się osoba wskazana przez przystępującego, która będzie skierowana do realizacji zamówienia.

Zgodnie z wymaganiem zamawiającego, osoba skierowana przez wykonawcę do realizowania zamówienia musiała legitymować się m.in. doświadczeniem w zakresie: instalacji, konfiguracji, zarządzania oferowanym oprogramowaniem do wirtualizacji posiadający certyfikat producenta oprogramowania w wersji v7 lub wyższej a w zakresie konfiguracji, wdrożeń i administrowania zaoferowanym sprzętem tj. serwerem, macierzą dyskową, przełącznikami FC oraz posiadający kwalifikacje techniczne potwierdzone aktualnym certyfikatem producenta oferowanych urządzeń.

Nie jest zatem zasadne twierdzenie odwołującego, że osoba taka miała legitymować się doświadczeniem w zakresie świadczenia usługi serwisowej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego nie jest zasadny. Jak bowiem ustaliła Izba w przedmiotowej sprawie, co potwierdzają dowody zgłoszone przez przystępującego, producentem – wytwórcą

oferowanych przełączników jest firma Broadcom Company. Na zasadzie umów OEM Partner przełączniki wytwarzane przez firmę Broadcom Company są udostępniane OEM Partnerom do sprzedaży pod ich własną marką. Oznacza to, że przełączniki FC firmy Lenovo, sprzedawane przez tą firmę pod oznaczeniem Lenovo Think System DB 602 S są *de facto* tymi samymi przełącznikami, co przełączniki firmy Broadcom sprzedawane jako Brocade 620. Oznacza to, że osoba, która posiada odpowiednie doświadczenie w świadczeniu usług opisanych przez zamawiającego (powyżej) dla oznaczonego typu przełączników, potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu, albowiem bez znaczenia dla uznania odpowiednich kompetencji i doświadczenia pozostaje kwestia indywidualnego oznaczenia produktu (przełączników) do sprzedaży na rynku. Skoro bowiem mamy do czynienia z jednym produktem, to nie sposób twierdzić, że w zależności od jego rynkowego oznaczenia odmiennie należy traktować i oceniać doświadczenie osoby legitymującej się stosownym Certyfikatem.

Oczywiście Izba dostrzega uformowanie wynikające z treści SWZ, gdzie zamawiający podał, cyt.: „(...)posiadający kwalifikacje techniczne potwierdzone aktualnym certyfikatem producenta oferowanych urządzeń” ale przy ocenie spełniania tego warunku nie można dostrzec, że specyfika tego typu produktów dopuszcza możliwość interpretacji ukierunkowaną na cel postawionego warunku. Zamawiający wymagał bowiem aby osoba wskazana przez wykonawcę posiadała odpowiednie kwalifikacje techniczne i osobie takiej (ze strony przystępującego) takich kwalifikacji nie sposób odmówić. Fakt, iż akurat w tym przypadku OEM partnerem oferującym produkty firmy Broadcom Company jest firma Lenovo, która tym produktem nadaje własne oznaczenie pozostaje bez związku przy ocenie doświadczenia.

Dowody powołane przez odwołującego, tj. oświadczenia firmy Lenovo (zarówno te załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie), potwierdzają jedynie następujące okoliczności. W oświadczeniu załączonym do odwołania, przedstawiciel firmy Lenovo potwierdza jedynie, że *Lenovo Certified Data Center Technical Sales Professional jest jedynym certyfikatem technicznym producenta potwierdzającym kompetencje techniczne obejmujące przełączniki FC dla modelu Lenovo ThinkSystem DB620S*. Zamawiający

i przystępujący okoliczności tej nie zaprzeczyli. Dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. W oświadczeniu złożonym na rozprawie, przedstawiciel firmy Lenovo potwierdził m.in., że *jedynie certyfikat Lenovo Certified Data Center Technical Sales Professional potwierdza kompetencje w zakresie obsługi serwisowej i gwarancyjnej przełączników Lenovo ThinkSystem DB620S oraz pakietów serwisowych oferowanych przez Lenovo*. Dowód ten

w żadnej mierze nie odnosi się do Certyfikatu przedstawionego przez przystępującego i nie zaprzecza, iż osoba posiadająca certyfikat firmy Broadcom nie posiada odpowiedniego doświadczenia do wykonywania zakresu czynności opisanych przez zamawiającego w SWZ.

Zarzut nr 2.

W zakresie omawianego zarzutu, Izba stwierdziła, że jest on niezasadny. Zdaniem Izby ze wskazanego opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie wynika obowiązek przedstawienia dwóch osób, zamawiający takiego obostrzenia nie postawił. Skoro zatem wykonawca wskazał osobę, która spełnia wymagania kwalifikacyjne w zakresie wszystkich parametrów opisanych przez zamawiającego w dwóch podpunktach, to z punktu widzenia celu dla którego ten warunek zamawiający postawił, zbędne i nieracjonalne byłoby interpretowanie go w sposób w jaki prezentuje je odwołujący. Nadto interpretacja taka mogłaby wywoływać negatywne skutki dla wykonawcy, co zgodnie z obowiązującą w orzecznictwie Izby, Sądu Okręgowego oraz doktryny interpretacją, wszelkiego rodzaju wątpliwości czy nieścisłości bądź wątpliwości wynikające z treści dokumentacji opracowanej przez zamawiającego nie mogą negatywnie wpływać na ocenę wykonawcy

Zarzut nr 3

W zakresie omawianego zarzutu, Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego. Zdaniem Izby przystępujący w sposób precyzyjny i jednoznaczny określił zarówno sposób jak i zakres zasobów z jakich zamierza skorzystać

w zakresie podmiotu udostępniającego swoje zasoby.

Jak słusznie podnosił przystępujący, w zakresie zobowiązania do użyczenia zasobów wykonawca wyjaśnił w piśmie z 23.08.2023 r., iż podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą z uwagi na to, że w tego typu umowie stanowiącej jeden z rodzajów dostawy nie ma zastosowania art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Jedynie bowiem dla usług i robót budowlanych konieczne jest zapewnienie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, co zresztą odwołujący przyznał. Z tego powodu zaangażowanie Optimus w formie określonej w zobowiązaniu, w zakresie mniejszym niż 10% zamówienia nie przesądza o braku realizmu użyczonych zasobów, co jednoznacznie wykluczało obowiązek do składania takiego oświadczenia. Tym samym brak było podstaw to twierdzenia, iż wobec przystępującego zachodzą podstawy wykluczenia na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 13 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014) w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi

sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....