Sygn. akt: KIO 865/15

WYROK
z dnia 14 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 kwietnia 2015 r.** przez **Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie, pl. Teatralny 2, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **Infocomp Sp. z o.o., ul. Szosa Chełmińska 191, 87-100 Toruń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie:
a) nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 17.04.2015 r. w zakresie części J, nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części J w ramach, której nakazuje Zamawiającemu wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp Przystępującego - Infocomp Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu w zakresie części J i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp w zakresie części J;
b) w zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Kujawsko-Pomorskie, pl. Teatralny 2, 87-100 Toruń** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie, pl. Teatralny 2, 87-100 Toruń** na rzecz **Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 865/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Modernizację i uzupełnienie infrastruktury informatycznej Partnerów modułu e-Zdrowie realizowanego w ramach projektu e-Usługi - e-Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych Województwa Kujawsko-Pomorskiego”,* części H i J, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 225-397383 z 21.11.2014 r., przez Województwo Kujawsko-Pomorskie, pl. Teatralny 2, 87-100 Toruń zwane dalej: *„Zamawiającym”.*

W dniu 17.04.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy Infocomp Sp. z o.o., ul. Szosa Chełmińska 191, 87-100 Toruń zwanej dalej: *„Infocomp Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”.* Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła w części H i J: Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina zwana dalej: *„Polcom Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”.* W dniu 21, 22.04.2015 r. Zamawiający udostępnił jedynie część zawnioskowanej przez Polcom Sp. z o.o. dokumentacji.

W dniu 27.04.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Polcom Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność z 17, 21 oraz 22.04.2015 r. w części H i J. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.04.2015 r. (e-mailem). Odwołujący zakwestionował niezgodne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego, cz. H i J, tj:
1) zaniechanie odrzucenia oferty Infocomp Sp. z o.o. w zakresie części H i J, mimo że jest ona sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”* z uwagi na brak zaoferowania części wymaganych elementów oraz brak wskazania konfiguracji oferowanego sprzętu,
2) zaniechanie odrzucenia oferty Infocomp Sp. z o.o. w zakresie części J, mimo że serwery zaoferowane przez tego wykonawcę nie spełniają wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia z uwagi na niewłaściwą liczbę procesorów, a tym samym oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ,
3) zaniechanie wykluczenia Infocomp Sp. z o.o. z postępowania w zakresie części H i J, mimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca ten dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

---

4) zaniechanie wezwania Infocomp Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego,
5) uznanie oferty Infocomp Sp. z o.o. za najkorzystniejszą dla części H oraz J, mimo że postępując prawidłowo, powinien ją odrzucić i w obu częściach dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
6) zaniechania udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (protokołu z załącznikami), mimo że Odwołujący wystąpił o to po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym, Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Infocomp Sp. z o.o. w zakresie części H i J, mimo że jest ona sprzeczna z treścią SIWZ z uwagi na brak zaoferowania części wymaganych elementów oraz brak wskazania konfiguracji oferowanego sprzętu,
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Infocomp Sp. z o.o. w zakresie części J, mimo że serwery zaoferowane przez tego wykonawcę nie spełniają wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia z uwagi na niewłaściwą liczbę procesorów, a tym samym oferta jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Infocomp Sp. z o.o. z postępowania w zakresie części H i J, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższych zarzutów:
4) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Infocomp Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego,

a ponadto:
5) art. 91 ust. 1 Pzp przez uznanie oferty Infocomp Sp. z o.o. za najkorzystniejszą dla części H oraz J, mimo że postępując prawidłowo, powinien ją odrzucić i w obu częściach dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
6) art. 96 ust. 1-3 Pzp oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (protokołu z załącznikami), mimo że Odwołujący wystąpił o to po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części H oraz J,
2) nakazanie odrzucenia oferty Infocomp Sp. z o.o., a ponadto nakazanie wykluczenia Infocomp Sp. z o.o. z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą - w zakresie części H oraz J,
3) w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-3 odwołania, nakazanie wezwania Infocomp Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w zakresie części H oraz J,
4) nakazanie udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania, tj. protokołu wraz z wszystkimi załącznikami,
5) nakazanie dokonania w zakresie części H oraz J powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej.

Odnośnie sprzeczności oferty Infocomp Sp. z o.o. z treścią SIWZ - brak wskazania konfiguracji i brak zaoferowania wszystkich elementów. Przedmiotem zamówienia, którego dotyczy odwołanie, jest dostawa sprzętu informatycznego. Zamówienie zostało podzielone na kilka części, dla których szczegółowe wymagania zdefiniowano w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Producenci sprzętu informatycznego oznaczają tą samą nazwą handlową (nazwą modelu) urządzenia wyposażone w różne podzespoły. Innymi słowy, samo wskazanie modelu urządzenia nie pozwala stwierdzić, jakie cechy będzie miało konkretne zaoferowane urządzenie. Aby sprecyzować te cechy, niezbędne jest podanie konfiguracji, czyli określenie, jak dane urządzenie ma być wyposażone. Przykładowo, ten sam model serwera może być wyposażony w różną liczbę i typy procesorów, czy też różne rodzaje i wielkości pamięci, a ten sam model obudowy do serwera może być wyposażona w różną liczbę zasilaczy lub wentylatorów. Konfiguracja urządzenia ma zatem istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości stwierdzenia, czy dany sprzęt spełnia wymagania określone w OPZ. Co więcej, liczne elementy wyposażenia wymagane przez Zamawiającego nie są standardowym elementem poszczególnych modeli sprzętu, lecz stanowią odrębne produkty dostępne samodzielnie na rynku. W opisach przedmiotów zamówienia dla poszczególnych części, Zamawiający zdefiniował kilkadziesiąt wymagań, przypisując je do typów urządzeń, które mają być dostarczane (serwerów, macierzy, systemów bezpieczeństwa, szaf itd.). Jak z kolei wynika z formularza stanowiącego zał. nr 2 do SIWZ, Zamawiający oczekiwał przy składaniu ofert nie tylko cen poszczególnych oferowanych elementów, ale także modelu i konfiguracji sprzętu oferowanego dla poszczególnych pozycji. Ponadto, zgodnie z działem V pkt 2.3 SIWZ elementem oferty mają być specyfikacje techniczne oferowanego sprzętu zawierające

między innymi dane techniczne sprzętu.. Infocomp Sp. z o.o. w swojej ofercie w zakresie części (pakietu) H oraz J nie spełnił żadnego z powyższych wymagań. W ofercie brak jakichkolwiek specyfikacji technicznych. Z kolei w formularzu ofertowym odniesieniu do części pozycji wcale nie podano konfiguracji, natomiast w odniesieniu do pozostałych pozycji, w ofercie pominięto istotne elementy, co sprawia, że zaoferowano sprzęt niespełniający wszystkich wymagań OPZ. Szczegółowy wykaz uchybień zawiera tabela stanowiąca zał. nr 1 do odwołania. Uzupełnienie powyższych elementów stanowiłoby niedopuszczalną na obecnym etapie zmianę treści oferty.

Odnośnie sprzeczności oferty Infocomp Sp. z o.o. z treścią SIWZ - zaoferowanie serwera niespełniającego wymagań. Niezależnie od zarzutu opisanego powyżej, należy wskazać, że sprzeczność oferty Infocomp Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest widoczna także w innym elemencie. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części J, dostarczany serwer typu Blade musi być wyposażony w sumie w min. 20 fizyczne rdzenie procesorowe oparte na co najmniej 2 procesorach fizycznych.

Infocomp Sp. z o.o. zaoferował serwer HP PROLIANT BL460c GEB 8. Serwer ten jest dostępny na rynku w wielu konfiguracjach, z których część zawiera jeden procesor fizyczny, a część zawiera dwa procesory fizyczne. W formularzu ofertowym w ofercie Infocomp sprecyzowano, że oferowany model procesora to E5-2690V2. Jednocześnie, z treści tej oferty wynika wprost, że ma zostać dostarczony serwer wyposażony tylko w jeden procesor (w formularzu wskazano jedynie „E5-2690V2" bez podania liczby.

Tam, gdzie Infocomp Sp. z o.o. zaoferował dostarczenie serwera wyposażonego w większą liczbę procesorów, zostało to wprost wskazane w formularzu ofertowym (np. dla serwera typu RACK w części H wskazano, że zaoferowany model będzie w konfiguracji zawierającej dwa procesory (w formularzu podano „E5-2660v3x2").

Odnośnie braku wykazania warunków udziału w postępowaniu dotyczących osób. Zgodnie z pkt II.3.2 ogłoszenia o zamówieniu i pkt IV. 1.3 SIWZ, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy dysponujący osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, tj.
a) w zakresie wdrożenia systemu backup minimum jedną osobą z certyfikatem z dotyczącym zaproponowanego systemu backup, o ile w zakresie pakietów zamówienia, w których uczestniczy wykonawca występuje taki element;
b) w zakresie wdrożenia macierzy dyskowej minimum jedną osobą z certyfikatem z implementacji rozwiązań macierzowych producenta oferowanej macierzy dyskowej, posiadającą praktyczne doświadczenie z zakresu odpowiadającego zakresowi przedmiotowego zamówienia o ile w zakresie pakietów zamówienia, w których uczestniczy wykonawca występuje taki element;
c) w zakresie wdrożenia serwerów Blade minimum jedną osobą z certyfikatem producenta

oferowanego serwera, posiadającą doświadczenie w implementacji zaproponowanej infrastruktury o ile w zakresie pakietów zamówienia, w których uczestniczy wykonawca występuje taki element;
d) w zakresie wdrożenia systemów bezpieczeństwa/UTM minimum jedną osobą z certyfikatem producenta zaproponowanego rozwiązania posiadającą doświadczenie w implementacji oferowanego produktu o ile w zakresie pakietów zamówienia, w których uczestniczy wykonawca występuje taki element.

W odniesieniu do części H, powyższy warunek ma zastosowanie w zakresie opisanym w lit. d), tj. wykonawca musi dysponować osobą posiadającą odpowiednie doświadczenie i certyfikat w zakresie wdrożenia systemów bezpieczeństwa/UTM. Z kolei w odniesieniu do części J, warunek ma zastosowanie w zakresie opisanym w lit. b) i c), tj. wykonawca musi dysponować osobą posiadającą odpowiednie doświadczenie i certyfikat w zakresie wdrożenia macierzy dyskowej i w zakresie wdrożenia serwerów Blade.

Pierwotnie w wykazie osób dołączonym do oferty Infocomp Sp. z o.o. powyższe role mieli pełnić panowie Ł. M. i A. C., przy czym podstawą do dysponowania nimi miały być zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. Tak opisane zobowiązania nie mogą jednak potwierdzać dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Zresztą dokumenty zobowiązań dołączone do oferty Infocomp Sp. z o.o. (str. 30-31) w ogóle nie wspominały o udostępnianiu jakiegokolwiek personelu. Tym samym, dokumenty dołączone pierwotnie do oferty Infocomp Sp. z o.o. nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla części H i J.

We fragmentach dokumentacji postępowania, jakie zostały udostępnione znalazły się złożone w na wezwanie Odwołującemu, dokumenty odpowiedzi Zamawiającego, wraz z pismem przewodnim z 15.04.2015 r. Odwołującemu nie jest znana treść wezwania, jednak treść uzupełnianych dokumentów sugeruje, że Zamawiający zakwestionował spełnienie warunków udziału w postępowaniu dla części H i J w zakresie dysponowania odpowiednim personelem.

Uzupełnione dokumenty obejmują nowy wykaz osób, w którym w miejsce pierwotnie wskazanych panów Ł. M. i A. C. wskazano dwie nowe osoby: pana Ł. K. i pana S. P., dla

których jako podstawę dysponowania wskazano *„pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów".* Jednak uzupełniając dokumenty, wykonawca Infocomp Sp. z o.o. nie przedłożył pisemnych zobowiązań, lecz potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie takich oświadczeń spółek Veracomp S.A. i Koma Nord sp. z o.o. Działając w ten sposób, wykonawca Infocomp Infocomp Sp. z o.o. nie potwierdził, że dysponuje zasobami podmiotu trzeciego. W świetle art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego musi udowodnić, że będzie realnie dysponował tymi zasobami. Wśród możliwych form udowodnienia, zostało wskazane pisemne zobowiązanie do

udostępnienia zasobów. Wymóg zachowania formy pisemnej należy interpretować w świetle art. 78 § 1 kc w zw. z art. 14 Pzp a zatem oznacza on konieczność złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie. Dokumentem spełniającym wymóg formy pisemnej jest zatem tylko oryginał, na którym został złożony podpis. Żaden przepis nie przewiduje możliwości złożenia zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Analogiczne stanowisko było wyrażane wielokrotnie w orzecznictwie KIO (np. wyrok KIO z 18.03.2011 r., KIO 447/11 KIO 449/11 KIO 452/1, wyrok KIO z 6.04.2011 r., KIO 636/11; wyrok KIO z 5.05.2011 r. KIO 822/11; wyrok KIO z 8.06.2011 r. KIO 1106/11 KIO 1111/11; wyrok KIO z 30.01.2012 r., KIO 84/12; uchwała KIO z 11.07.2012 r., KIO/KD 63/12; wyrok KIO z 28.07.2014 r., KIO 1469/14; wyrok KIO z 05.02.2015 r., KIO 155/15). Należy mieć na uwadze, że Infocomp Sp. z o.o. był już wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzający dysponowanie osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a pierwotne uchybienie polegało na niewykazaniu dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Odpowiadając na wezwanie, Infocomp Sp. z o.o. zdecydował się na zmianę treści wykazu osób w tym zakresie, jednak nie udowodnił, że tymi osobami dysponuje.

Odnośnie braku dołączenia do oferty dokumentów przedmiotowych. Zgodnie z działem V pkt 2.3 SIWZ elementem oferty mają być specyfikacje techniczne oferowanego sprzętu zawierające między innymi dane techniczne sprzętu, których jednak nie dołączono do oferty Infocomp Sp. z o.o. W ocenie Odwołującego, omawiany dokument należy uznać za treść oferty, a tym samym brak omawianych specyfikacji jest równoznaczny ze sprzecznością oferty z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednak w przypadku przyjęcia odrębnego stanowiska i uznania, że omawiane specyfikacje to tzw. dokumenty przedmiotowe w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, ich brak wiąże się z obowiązkiem zastosowania procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów. Z fragmentów dokumentacji postępowania udostępnionych Odwołującemu nie wynika, że taka procedura była stosowana w odniesieniu do Infocomp Sp. z o.o. w zakresie specyfikacji technicznych. W związku z tym - na wypadek przyjęcia, że oferta Infocomp Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu, a specyfikacje techniczne nie są elementem treści oferty, lecz tzw. dokumentem przedmiotowym - Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia specyfikacji, czym naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnośnie nieudostępnienie dokumentacji. Odwołujący w dniu 20.04.2015 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu z postępowania wraz z załącznikami. Następnego dnia przedstawiciel wykonawcy udał się do siedziby Zamawiającego, gdzie uzyskał informację, że udostępnienie całej dokumentacji *„nie było możliwe".* Wykonawca uzyskał wówczas jedynie wgląd do oferty Infocomp Sp. z o.o., a Zamawiający zadeklarował pisemnie, że pozostała dokumentacja może zostać

udostępniona w dniu 22.04.2015 r. od godziny 09:00. Następnego dnia, przedstawiciel Odwołującego ponownie udał się do siedziby Zamawiającego, jednak w dalszym ciągu nie uzyskał wglądu do całej dokumentacji. Udostępniono jedynie następujące dokumenty:

- pismo Infocomp z 15.04.2015 r. ws. odpowiedzi na wezwanie z 10.04.2015 r.,
- pismo Infocomp z 13.04.2015 r. ws. zgody na przełużenie terminu związania ofertą,
- kopie oświadczeń Veracomp S.A. i Koma Nord sp. z o.o. potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Infocomp,
- nowy wykaz osób Infocomp,
- kopie certyfikatów Fortinet dla pana Ł. K.,
- kopie certyfikatów HP dla pana S. P.,

• częściowo wypełniony druk ZP-PN.
Na to, że Odwołującemu nie udostępniono wszystkich materiałów, wskazuje już treść dokumentów, które Odwołujący otrzymał. Udostępniono bowiem dokumenty uzupełnione przez Infocomp Sp. z o.o., powołujące się na wezwanie kierowane przez Zamawiającego, jednak samego wezwania nie było w dokumentacji okazanej Odwołującemu. Odwołujący w okazanej mu dokumentacji nie znalazł zresztą także własnej korespondencji z Zamawiającym, co także przesądza o jej niekompletności. Odwołujący był także zainteresowany wglądem do kopii oferty Infocomp Sp. z o.o., która zgodnie z SIWZ powinna być dołączona do oferty w postaci elektronicznej (płyta CD), jednak Zamawiający oświadczył pisemnie, że do oferty Infocomp nie została załączona taka płyta. Dokładne ustalenie listy dokumentów, których nie udostępniono, nie jest możliwe, ponieważ protokół nie zawiera listy załączników (w pkt 20, wskazano jedynie, że załącznikiem jest *„Cała dokumentacja postępowania").* Brak ten sam w sobie stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 pzp. Postępowanie Zamawiającego stoi w oczywistej sprzeczności z art. 96 ust. 1-3 Pzp i § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechania Zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ brak dostępu do dokumentacji uniemożliwia wykonawcom ocenę jego działania i ewentualne podjęcie decyzji o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w zakresie idącym dalej, niż odwołanie.

Zamawiający w dniu 28.04.2015 r. wezwał (faxem i e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp",* uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.04.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Infocomp

Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp dotyczący zaniechania Zamawiającego polegającego na nie wykluczenie Przystępującego z postępowania z powodu nie spełnienia określonego w SIWZ warunku w zakresie dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest nieuzasadniony ponieważ Przystępujący po wezwaniu go do uzupełnienia oferty uzupełnił ofertę zgodnie z wezwaniem a tym samym wykazał, że dysponuje zgodnie z pkt IV ppkt 1.2 SIWZ:
b) w zakresie wdrożenia macierzy dyskowej minimum jedną osobą z certyfikatem z implementacji rozwiązań macierzowych producenta oferowanej macierzy dyskowej, posiadającą praktyczne doświadczenie z zakresu odpowiadającego zakresowi przedmiotowego zamówienia, o ile w zakresie pakietów zamówienia, w których uczestniczy wykonawca występuje taki element,
c) w zakresie wdrożenia serwerów Blade minimum jedną osobą z certyfikatem producenta oferowanego serwera, posiadającą doświadczenie w implementacji zaproponowanej infrastruktury, o ile w zakresie pakietów zamówienia, w których uczestniczy wykonawca występuje taki element,
d) w zakresie wdrożenia systemów bezpieczeństwa/UTM minimum jedną osobą z certyfikatem producenta zaproponowanego rozwiązania posiadającą doświadczenie w implementacji oferowanego produktu, o ile w zakresie pakietów zamówienia, w których uczestniczy wykonawca występuje taki element.

Subiektywne odczucia Odwołującego w przedmiocie uznania przez Zamawiającego, że Przystępujący dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami i warunkami określonymi w SIWZ nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania. Przystępujący wskazuje, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp wymienia pisemne zobowiązanie jako jeden ze sposobów wykazania zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia i nie ogranicza tego sposobu wyłącznie do pisemnych zobowiązań. Zamawiający uznał, że przystępujący wykazał, że będzie dysponował osobami posiadającymi wymagane kwalifikacje i dlatego zarzut naruszenia art. 24 ust, 2 pkt 4 Pzp jest nieuzasadniony.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że treści oferty Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie zgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia jest również nieuzasadniony. Przystępujący w odrębnym piśmie procesowym lub na rozprawie przedstawi szerokie merytoryczne wyjaśnienie w tej kwestii.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 1-3 Pzp oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ocenie Przystępującego, powinien zostać oddalony na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż nie miało to i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia odwołania – przy czym jedynie w zakresie części J. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycje w rankingu złożonych ofert – w części J, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów względem oferty najkorzystniejszej, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia – w części J.

W ocenie Izby, w zakresie części H – Odwołujący nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp albowiem w części H - oferta Odwołującego zajęła trzecią pozycje w rankingu złożonych ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów względem oferty najkorzystniejszej – nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia – w części H, albowiem drugą pozycje w części H zajęła oferta innego Wykonawcy – P. S. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą: Comtek System P. S., ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz. Stanowisko Odwołującego z rozprawy, że ma interes w części H, albowiem nie wiedział, że w tej części jest jeszcze oferta innego Wykonawcy, jest niezgodna ze stanem faktycznym, gdyż zasadnie podnosił Zamawiający, iż informacja w tym zakresie znajdowała się po pierwsze w informacji o wyniku postępowania z 17.04.2015 r., nadto został udostępniona w ramach wglądu w dniu 22.04.2015 r.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: oryginalnej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego protokołem na czas niezbędny do wydania orzeczenia,

w tym w szczególności postanowień SIWZ – tj. poprawionego formularza ofertowego – zał. nr 2 do SIWZ (z 30.01.2015 r.), opisu przedmiotu zamówienia – zał. nr 3 do SIWZ – część J, załącznik nr 1 do odwołania, informacji o wyniku postępowania m.in. w części J z 17.04.2015 r., oferty Odwołującego, Przystępującego oraz P. S. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą: Comtek System P. S., wezwania z 10.04.2015 r. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp skierowanego do Przystępującego, uzupełnienia dokonanego przez Przystępującego (najpierw faxem, a następnie pocztą) z 15.04.2015 r.

Nadto, Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone na rozprawie przez Odwołującego: 1) oświadczenia HP Polska Sp. z o.o. – wszystkie z 07.05.2015 r. (7 sztuk); 2) oświadczenie Arrow ECS Sp. z o.o. z 08.05.2015 r.(1 sztuka); 3) materiały informacyjne ze strony producenta pt.: Licencjonowanie Windows serwer 2012 oraz Windows Server. Zasady licencjonowania dostępu (CAL/EC); 4) wyciąg w zakresie Quick Specs HP ProLiant BL460cGeneration 8 (Gen8) Server Blade – Standardowe Funkcje, wyciąg w zakresie Quick Specs HP SPAR StoreServ 7000 Storage – Informacja o konfiguracji; wyciąg Podręczna Specyfikacja – HP zasilacz UPS R7000 (UPS), wyciąg w zakresie Quick Specs HP

Modularny zasilacz UPS (Zero-U/1 U Modular PDUs (całość w broszurze – wraz z tłumaczeniem); 5) pisma Zamawiającego z 21 oraz 22.04.2015 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, notatki służbowe pracowników Odwołującego złożone na rozprawie (z 22, 23 i 24.04.2015 r.), przystąpienia oraz pismo procesowe Przystępującego złożone na posiedzeniu, jak i wydruk z Wikipedii złożony na rozprawie przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny wskazany w odwołaniu, w tym postanowienia SIWZ oraz załączniku do odwołania, przystąpieniu, piśmie procesowym Przystępującego, na rozprawie przez Zamawiającego, jak i wynikający z oferty Przystępującego, wezwania z 10.04.2015 r. oraz uzupełnienia z 15.04.2015 r. Odnosząc się do poszczególnych kwestii spornych w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Infocomp Sp. z o.o. w zakresie części H i J, mimo że jest ona

sprzeczna z treścią SIWZ z uwagi na brak zaoferowania części wymaganych elementów oraz brak wskazania konfiguracji oferowanego sprzętu, Izba uznała, że zarzut niniejszy jest niezasadny i podlega oddaleniu.

W tym zakresie, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zgodnie z treścią formularza ofertowego – zał. nr 2 do SIWZ – w części J – należało podać model/konfiguracja. Brak jest podstaw do uznania, że nie mamy tutaj do czynienia z alternatywą i istniał konieczność każdorazowego podania konfiguracji zaoferowanego modelu. Z całą pewnością tego rodzaju postanowienia pozwalały na wypełnienie formularza ofertowego w sposób przyjęty przez Przystępującego, a negowany przez Odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie. W żadnym wypadku, nie można interpretować wskazanych postanowień SIWZ na niekorzyść Przystępującego, tak jak uczynił to Odwołującego. W rezultacie złożone na rozprawie przez Odwołującego dowody, tj. 1) oświadczenia HP Polska Sp. z o.o. – wszystkie z 07.05.2015 r. (7 sztuk); 2) oświadczenie Arrow ECS Sp. z o.o. z 08.05.2015 r.(1 sztuka); 3) materiały informacyjne ze strony producenta pt.: Licencjonowanie Windows serwer 2012 oraz Windows Server. Zasady licencjonowania dostępu (CAL/EC); 4) wyciąg w zakresie Quick Specs HP ProLiant BL460cGeneration 8 (Gen8) Server Blade – Standardowe Funkcje, wyciąg w zakresie Quick Specs HP SPAR StoreServ 7000 Storage – Informacja o konfiguracji; wyciąg Podręczna Specyfikacja – HP zasilacz UPS R7000 (UPS), wyciąg w zakresie Quick Specs HP Modularny zasilacz UPS (Zero-U/1 U Modular PDUs (całość w broszurze – wraz z tłumaczeniem), jak i załącznik do odwołania – nie mają przełożenia w wymaganiach Zamawiającego zawartych w SIWZ. Izba uznaje całość stanowiska Odwołującego, jako autorską kreacje przygotowaną na potrzeby odwołania. W rezultacie obawy Odwołującego odnośnie braku zaoferowania półki dyskowej 3, 5” są nieuzasadnione, albowiem w ramach konieczności skonfigurowania całości Wykonawca musi zapewnić także brakującą w ocenie Odwołującego półkę. Powyższe dotyczy wszystkich kwestii technicznych szczegółowo wynikających z załącznika do odwołania i poruszonych przez Odwołującego na rozprawie także serwerów i licencji dostępowych (CAL), zasilacza USP /dwóch zestawów dystrybucji/, macierzy dyskowej i przywołanej powyżej półki dyskowej, czy też serwera blade.

Jednocześnie należy zauważyć, że Przystępujący przedłożył specyfikacje techniczną zaoferowanego sprzętu w części J – czym uczynił zadość wymaganiu z Rozdz. V pkt 2.3 SIWZ, w rezultacie brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z tego tytułu, z uwagi na nie przedstawienie w treści oferty wymaganych obligatoryjnie elementów technicznych zaoferowanego sprzętu – w postaci specyfikacji technicznych. Brak jest podstaw do negowania charakteru złożonej specyfikacji technicznej na str. od 44 do 60 (część J) – z uwagi na wykorzystanie przez Przystępującego zał. nr 3 do SIWZ, czyli na przyjętą formę. Tym bardziej, że w ramach tej specyfikacji technicznej Przystępujący wpisał,

konkretną nazwę producenta, typ produktu, model – w kontekście szeregu wymagań szczegółowych, które zostały wymienione – każdorazowo poniżej. Nie jest ona w rezultacie prostym oświadczeniem Przystępującego o zaoferowaniu sprzętu zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego, ale rozbudowanym, szczegółowym dokumentem technicznym, który zasadnie uznał Zamawiający.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Infocomp Sp. z o.o. w zakresie części J, mimo że serwery zaoferowane przez tego wykonawcę nie spełniają wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia z uwagi na niewłaściwą liczbę procesorów, a tym samym oferta jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że zarzut niniejszy jest niezasadny i podlega oddaleniu.

W tym zakresie, ma analogiczne zastosowanie argumentacja przedstawiona na potrzeby poprzedniego zarzutu - powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Infocomp Sp. z o.o. z postępowania w zakresie części H i J, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Izba uznała w/w zarzut za zasadny w zakresie części J. W ramach części – H (brak interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp Odwołującego).

W odniesieniu do przedmiotowego zarzut nakierowanego na wykazanie, że zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału Wykonawcy musi być złożone w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii, a za wystarczające nie powinno być uznanie, złożenie kopii zobowiązań poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, należy wskazać, że przedmiotowa problematyka znalazła już swoje odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie KIO, jak i stanowisku Prezesa UZP - nawiązujących m.in. do konstrukcji i wykładni prawa wypracowanych i ugruntowanych na gruncie prawa cywilnego. Tytułem przykładu warto wskazać m.in. na pogląd zawarty w wyroku z 30.03.2012 r., sygn. akt: KIO 561/12, że *"zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być złożone w formie pisemnej, co oznacza własnoręczny podpis na oświadczeniu złożonym przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu podmiotu trzeciego. Skoro więc ustawodawca w przepisie Pzp zastrzegł określoną formę dokumentu powinna być ona dotrzymana dla udowodnienia Zamawiającemu dysponowania określonym potencjałem*

podmiotu trzeciego i tym samym udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu".

Złożenie kopii dwóch zobowiązań poświadczonych za zgodność przez Wykonawcę (co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym w wyniku uzupełnienia – w dniu 15.04.2015 r., tj. pocztą przed godz.13:00, czyli wyznaczonym terminie, poprzez zastąpienie pierwotnych zobowiązań odnoszących się błędnie do doświadczenia, a nie do potencjału kadrowego, nowymi - dotyczącymi innych osób niż pierwotnie) nie odpowiadało wymogom wynikającym z art. 26 ust. 2b Pzp. Powołany przepis wskazuje jeden ze sposobów udowodnienia dysponowania zasobem niezbędnym do realizacji zamówienia udzielanym przez podmiot trzeci - tj. możliwość przedstawienia pisemnego zobowiązania. Wykonawca dysponuje prawem dowodzenia tej kwestii na podstawie innych dowodów, jednak w sytuacji, gdy zdecyduje się na skorzystanie ze sposobu określonego w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp, to przedkładany zgodnie z tym przepisem dowód powinien odpowiadać wymogom ustawowym, w tym powinien czynić zadość przyjętej przez ustawodawcę formie zobowiązania, tj. formie pisemnej. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności, z tego też względu zastosowanie znajdują w tej materii przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 78 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego "Do *zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść*

oświadczenia woli". Ustawodawca nie stawia w tym zakresie dalszych wymogów, pozostając właściwie na jednym - w postaci złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie zawierającym treść oświadczenia woli - w odniesieniu do niniejszego postępowania: na dokumencie zobowiązania do oddania do dyspozycji swoich zasobów. Wymóg własnoręczności podpisu, a tym samym zachowania formy pisemnej, nie zostaje spełniony w przypadku przedłożenia kopii dokumentu, nawet gdy kopia ta zawiera poświadczenie za zgodność z oryginałem udzielone przez Wykonawcę. O ocenie takiej przesądza nie tyle fakt, że jest to kopia, gdyż nie ta okoliczność ma znaczenie w perspektywie warunków zachowania formy pisemnej, ale to, że nie widnieje na niej własnoręczny podpis. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Sądu Najwyższego (przykładowo wyrok SN z dnia 24 sierpnia 2009 r,., sygn. akt I PK 58/09): *"Każda bowiem kopia dokumentu (kserokopia, faks) spełnia warunek zachowania formy pisemnej, jeżeli jest własnoręcznie podpisana. Formy tej natomiast nie zachowuje dokument własnoręcznie sporządzony przez składającego oświadczenie woli, jeżeli nie zostanie przez niego podpisany. Podstawową cechą podpisu własnoręcznego jest jego oryginalność w tym znaczeniu, że tylko taki podpis daje możliwość zidentyfikowania jego autora (potwierdzenia pochodzenia). Wymaganie zachowania podpisu własnoręcznego nie jest więc dochowane, gdy nie jest to znak oryginalny, a jedynie odtworzony za pomocą kalki, kserokopiarki, skanera, faksu itp. (por. np S. Rudnicki (w:) Komentarz do kodeksu cywilnego, Warszawa 2004 - tezy do art. 78; K. Górska: Zachowanie*

zwykłej formy pisemnej czynności prawnych, Warszawa 2007)".

W niniejszej sprawie Odwołujący przedłożył dokumenty zawierające jedynie mechanicznie odtworzony podpis (kopię dokumentu). Opatrzenie takiego dokumentu poświadczeniem za zgodność z oryginałem dokonanym przez Wykonawcę nie sprawia jednak, że tak odtworzony podpis zyskuje walor i cechy podpisu własnoręcznego - gdyż nadal nie jest to podpis oryginalny, co jak wynika z przytoczonego stanowiska Sądu Najwyższego jest warunkiem sine qua non zachowania formy pisemnej, o której mowa w art. 78 § 1 Kc, a poprzez odesłanie z art. 14 Pzp - także, o której mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Tożsame stanowisko zostało przedstawione także w opinii Prezesa UZP - Forma zobowiązania podmiotu trzeciego - gdzie wskazano m.in.: *"że obowiązek pisemności zobowiązań podmiotów trzecich należy interpretować i rozstrzygać w oparciu o przepisy KC. Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp i KC jednoznacznie wynika, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, formę pisemną. W związku z powyższym, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest również interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może bowiem zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Mając na względzie powyższe, za słuszne należy uznać prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. (zob. wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r., KIO/UZP 447/11 KIO/UZP 449/11 KIO/UZP 452/11; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 636/11; wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r. KIO/UZP 822/11; wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r. KIO/UZP 1106/11 KIO/UZP 1111/11). A contrario - jedynie złożenie oryginału dokumentu zawierającego podpis osoby pod treścią oświadczenia, spełnia wymóg formy pisemnej zobowiązania, określonej w art. 26 ust. 2b Pzp".* (źródło:www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2838;forma_zobowiazania_podmiotu_trzeciego_%28art._26_ust._2b_ustawy_pzp%29.html).

Izba nie może także zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że w odniesieniu do dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego mają zastosowanie reguły potwierdzania za zgodność z oryginałem przewidziane w przepisach 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.2013.231). Przystępujący odwołał się w tym zakresie do § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasoby których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. Należy wskazać, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie mieści się w pojęciu dokumentu "dotyczącego" podmiotu, na zasobach którego wykonawca polega na zasadach z art. 26 ust. 2b Pzp. Podobnie w wyrokach KIO o sygn. akt: KIO 1870/13 oraz o sygn. akt: KIO 1469/14. Zobowiązanie to jest oświadczeniem tego podmiotu, wyrazem jego "wewnętrznej" woli, a nie dokumentem "dotyczącym" tego podmiotu, który z natury rzeczy wystawiany jest "z zewnątrz", przez podmiot inny niż ten, którego dokument właśnie dotyczy. Następnie, w orzecznictwie KIO (przykładowo: wyrok z 6.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1779/13; wyrok z 30.03.2012 r., sygn. akt: KIO 561/12; uchwała KIO z 27.12. 2013 r., sygn. akt: KIO/KD 113/13) konsekwentnie wskazuje się, że powołany przepis nie może znaleźć zastosowania wobec dokumentu w postaci pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów (art. 26 ust. 2b Pzp). Określone w tym przepisie reguły poświadczania mają zastosowanie tylko wobec dokumentów, których dotyczy wskazane rozporządzenie. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, jako szczególny dokument, zostało przewidziane w przepisach samej ustawy. Ustawodawca zastrzegł ten szczególny dokument przedkładany także na potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale w sposób wyjątkowy, w sytuacji, kiedy sam wykonawca nie jest w stanie wykazać się spełnianiem warunków podmiotowych samodzielnie i zmuszony jest skorzystać z zasobów innego podmiotu, który o zamówienie publiczne nie ubiega się. W takiej wyjątkowej sytuacji ustawodawca dopuszczając możliwość posługiwania się potencjałem tego podmiotu trzeciego w przepisach samej ustawy określił przykładowy dokument, który udowadnia posługiwania się tym potencjałem, przewidując jednocześnie formę dla tego dokumentu. Z tej racji, że posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego stanowi wyjątek od generalnej zasady, że to wykonawca musi wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wymogi zawarte w art. 26 ust. 2b Pzp muszą być przestrzegane, a sam przepis powinien być interpretowany ściśle. Tym samym, skoro w przepisie Pzp. (akt wyższego rzędu) ustawodawca przewidział szczególną formę dla określonego dokumentu, nie odwołując się dodatkowo do reguły składania dokumentów przewidzianych w przepisach rozporządzenia (akt niższego rzędu), niedopuszczalne jest w tym zakresie stosowanie wykładni rozszerzającej, a nawet zmieniającej normę tego przepisu.

Nadto, Izba, podkreśla, że art. 26 ust. 2 b Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego, w konsekwencji brak jest podstaw do uznania możliwości za zgodą Zamawiającego –

poprzez stosowne postanowienia SIWZ – wyłączenia jego stosowania, czyli de facto uchylenia - poprzez dopuszczenie możliwości składnia zobowiązania w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę – przepisu rangi ustawowej. Tego rodzaju praktyki są sprzeczne z powszechnie obowiązującym przepisem Pzp o charakterze obligatoryjnym, w ocenie Izby są bezskuteczne i nieważne z mocy prawa. Należy także wskazać, za wyrokiem KIO z 8.04.2015 r., sygn. akt: KIO 616/15: *„(…), że stanowisko Odwołującego, tak co do braku oryginalnego charakteru pierwotnego zobowiązania zawartego w ofercie Przystępującego, jak i samej jego treści jest zasadne. Zaś przywołane orzecznictwo trafne, kwestia oryginalności zobowiązania była także odpowiedzią Izba na tzw. „handel referencjami" oraz „ułomności istniejących przepisów". Nadto, nie wiadomo jaka była przyczyna nie składnia oryginalnego zobowiązania, które jest de facto stworzone tylko i wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania. (…)".* W przedmiotowym stanie faktycznym, również Przystępujący nie był w stanie w sposób wiarygodny wyjaśnić na rozprawie przyczyny złożenia kopii zobowiązań, czyli dokumentów przygotowanych stricte na potrzeby przedmiotowego postępowania. Izba także podkreśla, że przywoływane na rozprawie postanowienia SIWZ przez Zamawiającego miały charakter ogólny i nie odnosiły się wprost do zobowiązania podmiotu trzeciego – nie mogły więc wprowadzać Przystępującego w błąd w tym zakresie.

W rezultacie Izba stoi na stanowisku, że nieprawidłowo uwierzytelnione kserokopie dokumentów, w tym wypadku uzupełnione zobowiązania nie powinny stanowić podstawy do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno być równoznaczne

z uznaniem nie złożenia wymaganych dokumentów. W tym wypadku w zakresie warunku dotyczącego potencjału kadrowego – Rozdz. IV pkt 1.3 SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Infocomp Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, Izba uznała, że zarzut niniejszy jest niezasadny i podlega oddaleniu.

W ocenie Izby, brak było podstaw do wzywania do uzupełnienia oferty Przystępującego w zakresie specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu, albowiem taka specyfikacja została już przedstawiona w ofercie na str. od 44 do 60 (część J), co zostało wskazane w ramach rozpatrywania pierwszego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp przez uznanie oferty Infocomp Sp. z o.o. za najkorzystniejszą dla części H oraz J, mimo że postępując

prawidłowo, powinien ją odrzucić i w obu częściach dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, Izba uznała że z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przedmiotowy zarzut jest zasadny w zakresie części J.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 1-3 Pzp oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (protokołu z załącznikami), mimo że Odwołujący wystąpił o to po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, Izba uznała, że z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, zarzut podlega oddaleniu.

W ocenie Izby, brak udostępnienie, jak twierdził Odwołujący, w odwołaniu oraz na rozprawie, wezwania Zamawiającego do uzupełnienia (pisma z 10.04.2015 r.) skierowanego do Przystępującego, tudzież protokołu z otwarcia ofert, jak i nośnika - płyty CD (zgodnie z przedłożonym pismem przez Odwołującego pochodzącym od Zamawiającego – pismo z 22.04.2015 r. – z uwagi na jego nie dołączenie do oferty) w żaden sposób nie uniemożliwiło Odwołującemu złożenie środka ochrony prawnej w szczególności w zakresie zarzutu dotyczącego uzupełnienia z 15.04.2015 r. będącego konsekwencją wezwania z 10.04.2015 r. Inaczej mówiąc, w żadnym wypadku wynikające z okoliczności faktycznych uchybienia nie miały wpływu na wynik.

Przedłożone na rozprawie notatki służbowe, Izba uznaje jako stanowisko Odwołującego w sprawie, albowiem zgodnie z zasada bezpośredniości konieczne byłoby przeprowadzenie w przedmiotowym stanie faktycznym dowodu z zeznań świadków, tj. pracowników Odwołującego. Jednocześnie, pisma Zamawiającego (z 21 oraz 22.04.2015 r.) przedłożone przez Odwołującego na rozprawie uwiarygodniają treść przedłożonych notatek służbowych (z 22, 23 oraz 24.04.2015 r.) Potwierdzają bowiem one określone okoliczności faktyczne wynikające z notatek. Izba daleka jest jednak od „wyciągania" z nich tak daleko idących wniosków, jak można by uznać, że czyni Odwołujący (biorąc pod uwagę argumentacji Odwołującego zawartą w odwołaniu oraz na rozprawie). Świadcząc bowiem mogą wskazywane okoliczności równie dobrze o pewnej niefrasobliwości Zamawiającego i braku koordynacji w jego działaniu, tudzież problemach natury organizacyjnej. Powyższego przykładem jest chociażby rzadki przypadek nie wymagania przez Zamawiającego (co potwierdził na rozprawie) od osób dokonujących wglądu do dokumentacji składnia pisemnego oświadczenia odnośnie daty, terminu oraz zakresu dokonanego wglądu. Kolejnym brak udostępnienia całości dokumentacji w uzgodnionym terminie z uwagi na jej

rozproszenie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……