

WYROK

z dnia 10 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze**, ul. Drzewna 30/2A, 65-140 Zielona Góra w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego**, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce

przy udziale wykonawcy **GALAXY Systemy informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze**, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Drzewna 30/2A 65-140 Zielona Góra, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na: Dostawę i uruchomienie sprzętu komputerowego”, znak sprawy: DOA- III.272.1.70.2018. Postępowanie zostało podzielone na części. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r. pod numerem 2018/S 200-453964. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 24 kwietnia 2019 r. wykonawca Perceptus Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie Części I i II, kwestionując wybór oferty złożonej przez Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: „GALAXY”), jako najkorzystniejszej, w tym zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, zaniechanie wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy, zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz nierówne traktowanie wykonawców w procesie badania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż w zakresie powyższych czynności i zaniechań doszło do naruszenia przepisów:

- 1) art 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez GALAXY, pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 2) art 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia GALAXY, chociaż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 lit. b SIWZ,
- 3) art. 24 ust 1 pkt 17 w z związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia GALAXY z postępowania pomimo, że wykonawca ten, co

najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,

- 4) art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie skierowania do GALAXY żądania wyjaśnień lub/i wykazania, iż GALAXY wykonał prawidłowo dostawę na rzecz Cyfrowy Polsat oraz, iż dostawa ta spełniała wymagania w zakresie warunku doświadczenia określonego w SIWZ,
- 5) art. 7 ust 2 ustawy Pzp poprzez niewystosowanie przez Zamawiającego do GALAXY wezwań określonych w pkt 3) żądań odwołania jako przejawu odstąpienia od oceny oferty tego wykonawcy w sposób odpowiadający szczegółowości oceny oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w ramach Części I i II zamówienia:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty GALAXY jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty GALAXY, ewentualnie
3. wykluczenia GALAXY z postępowania, ewentualnie
4. wezwanie GALAXY do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o:
 - (a) wskazanie wszystkich odbiorców dostawy zamieszczonej w poz. 2 wykazu dostaw GALAXY,
 - (b) wskazanie liczby komputerów, liczby lokalizacji dostaw oraz wartości dostaw zrealizowanych na rzecz wszystkich odbiorców dostawy zamieszczonej w poz. 2 wykazu dostaw GALAXY;
 - (c) wskazanie czy dostawy obejmowały także uruchomienie dostarczonych komputerów;
5. Wezwanie GALAXY do złożenia w trybie art 26 ust.3 ustawy Pzp potwierdzenia należytego wykonania dostaw na rzecz i przez wszystkich odbiorców dostaw ustalonych w wyniku żądań wyjaśnień zrealizowanych na podstawie wezwania z pkt 4 żądań odwołania,
6. dokonanie ponownej oceny oferty GALAXY.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej, Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, jest wykonawcą, który złożył ofertę i pomimo, iż w oparciu o wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2019 r. sygn. KIO 275/19, został wykluczony z postępowania, to jednak w dalszym ciągu przysługuje mu status wykonawcy - zaskarżył bowiem orzeczenie KIO do Sądu Okręgowego w Kielcach i wniósł w stosownym terminie wymaganą opłatę. Ta sytuacja

oznacza, że Odwołujący w dalszym ciągu może uzyskać – w przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia przez Sąd jego skargi - zamówienie w ramach Części I i II zamówienia. Jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, czemu dał wyraz sam Zamawiający dokonując pierwotnie jego oferty jako najkorzystniejszej. W wyniku niezgodnych z przepisami działań i zaniechań Zamawiającego, zakwestionowanych odwołaniem, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nie uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. W sytuacji pozytywnego dla odwołującego rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Kielcach nie będzie bowiem mógł uzyskać zamówienia, gdyż umowa zostanie podpisana z GALAXY, jako podmiotem, którego oferta została w dniu 15 kwietnia 2019 r. wybrana jako najkorzystniejsza. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 14 listopada 2017 r. i wskazane w nim orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i załączył odpis skargi do Sądu Okręgowego w Kielcach, wezwanie Sądu Okręgowego w Kielcach VII Wydział Gospodarczy do uiszczenia opłaty od skargi w sprawie VII Ga 428/19 oraz potwierdzenie uczczenia opłaty od skargi z dnia 18 kwietnia 2019 r.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający dokonał wyboru oferty GALAXY jako najkorzystniejszej, podczas gdy z treści tej oferty jednoznacznie wynika, że powinna ona: zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ, bowiem w formularzach cenowych dla części I i II w odniesieniu do przewodu UTP wymienionego w poz. 3. nie zawiera wskazania na producenta, pełnego symbolu oraz modelu, a nie ma przesłanek do skorygowania tej niezgodności w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający nie dysponuje niezbędnymi danymi. Ich pozyskanie mogłoby nastąpić jedynie w trybie wyjaśnień, co skutkowałoby niedopuszczalną na tym etapie zmianą oferty. Brak zastosowania w tych okolicznościach przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi w ocenie Odwołującego naruszenie tego przepisu, które miało wpływ na wynik postępowania.

Ponadto wykonawca GALAXY powinien, zdaniem Odwołującego, zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, bowiem nie wykazał, że wykonał należycie co najmniej 2 dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego, każda do minimum 20 lokalizacji i każda licząca co najmniej 500 komputerów. Dostawa wskazana w poz. 2 Wykazu dostaw przez wykonawcę GALAXY nie stanowi takiego potwierdzenia, ponieważ: list referencyjny wystawiony przez Polkomtel sp. o.o. zawiera informację, że dostawa została zrealizowana na rzecz Grupy Cyfrowy Polsat, podczas gdy w wykazie jest wskazanie na Grupę Kapitałową Cyfrowy Polsat; w treści tego listu referencyjnego wskazuje się jedynie na należyte wykonanie dostawy, a nie ma w nim

wskazania, że dostawy obejmowały także uruchomienie komputerów, nadto referencja pochodzi od podmiotu nieistniejącego, bowiem ww. Grupa nie jest wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego, widnieje natomiast na podanej przez Odwołującego stronie internetowej, z której wynika, że w jej skład wchodzi kilkadziesiąt spółek prawa handlowego. Pokazuje to, że Grupa Kapitałowa Cyfrowy Polsat nie mogła skutecznie zlecić dostawy, jak też być odbiorcą dostawy wraz z uruchomieniem wskazanych w referencji urządzeń. Nie jest też jasna rola Polkomtel Sp. z o.o., jako podmiotu podpisującego list referencyjny. Nawet gdyby przyjąć, że ww. Grupa jest zdolna do funkcjonowania w obrocie, to od niej, a nie od Polkomtel Sp. z o.o. powinny pochodzić referencje.

Ponadto z treści tabeli na stronie 15 JEDZ złożonego przez wykonawcę GALAXY wynika, że dostawa na rzecz ww. Grupy była realizowana w 2017 r., a zatem nie jednorazowo, lecz sukcesywnie w ciągu całego okresu rocznego, co potwierdza także liczba dostarczonego sprzętu (ponad 2 tysiące sztuk), niemożliwa do wykonania w jednym dniu. Tymczasem SIWZ wykluczała legitymowanie się takim rodzajem dostaw, co potwierdził Zamawiający w piśmie z dnia 15 stycznia 2019 r. skierowanym do Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności jednocześnie wskazują, że zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy GALAXY z postępowania na podstawie wskazanych przez niego przepisów ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut zaniechania wezwań wykonawcy GALAXY do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów Odwołujący przywołał ww. okoliczności, które jego zdaniem, wskazują na brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę GALAXY i podał, że Zamawiający zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy do wyjaśnienia różnic pomiędzy odbiorcą dostaw a wystawcą referencji, w tym ustaleń czy dana referencja pochodzi od uprawnionego podmiotu oraz do wyjaśnień jakie podmioty były odbiorcą dostawy, a także czy dostawa została zrealizowana na rzecz jednego czy kilku podmiotów, co determinowałoby konieczność uznania, że w wymiarze formalno-prawnym i organizacyjnym w wykazie pod jedną dostawą zakwalifikowano zbiór dostaw do odrębnych podmiotów, z których żadna nie spełnia warunku doświadczenia.

W zakresie nierównego traktowania wykonawców w procesie badania ofert i na naruszenie art. 7 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, wskazuje całkowity brak wezwań do wykonawcy GALAXY, co należy przeciwstawić licznie kierowanym wezwaniom do Odwołującego. Odwołujący podał daty i informacje czego dotyczyły odnośnie czterech wezwań oraz stwierdził, że pokazują one poziom szczegółowości i staranności badania jego oferty, którego Zamawiający nie zachował w odniesieniu do oferty wykonawcy GALAXY.

Do odwołania zostały załączone ww. dokumenty złożone dla potwierdzenia legitymacji do wniesienia odwołania oraz informacja z dnia 24.04.2019 z CI KRS, protokół notarialny z 24. 04.2019 Rep. A. nr 6813/2019 wraz z wydrukiem ze strony internetowej, dot. Grupy Kapitałowej, pismo Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2019 r, Wykaz dostaw Odwołującego wraz z pismem z dnia 24.12.2018 r., Wezwania skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego w dniach: 12.12.2018, 03.01.2019 r, 08.01.2019 r., 15.01.2019 r.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2019 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca GALAXY Systemy informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, przedstawiając swoje stanowisko w piśmie z dnia 10 maja 2019 r. złożonym na posiedzeniu, w którym podniósł brak legitymacji czynnej do wniesienia odwołania z uwagi na skuteczne wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz brak zasadności zarzutów odwołania. Na rozprawie wykonawca GALAXY złożył pismo Polkomtel Sp. z o.o. z dnia 7 maja 2019 r. oraz wydruk ze strony internetowej producenta kabla zaoferowanego przez Odwołującego, gdzie jest podana pełna nazwa producenta oraz typ, model i inne dane na okoliczność, że także Odwołujący nie podał w swojej ofercie modelu i typu kabla.

Pismem z dnia 9 maja 2019 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając argumentację dotyczącą braku potwierdzenia zarzutów odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska. Zamawiający złożył dowody w postaci załączników do SIWZ - formularzy cenowych dla Części I (Dodatek 4A) i dla Części II (Dodatek 4B).

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną w poświadczonej kopii przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez Zamawiającego i wykonawcę GALAXY.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

W ocenie Izby nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

Izba nie uwzględniła wniosku wykonawcy Galaxy o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony oraz spóźnionego. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący jest podmiotem uprawnionych do wniesienia odwołania, co nastąpiło z zachowaniem ustawowego terminu.

Wbrew stanowisku wykonawcy GALAXY wniesienie skargi na wyrok KIO ma wpływ na ocenę w zakresie statusu wykonawcy, bowiem nie jest ostatecznie przesądzone czy wyrok KIO, którym Izba nakazała wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, zostanie utrzymany, czy jednak ulegnie zmianie, w wyniku pozytywnego dla niego rozpoznania skargi. W związku z tym Izba podziela stanowisko Odwołującego, że nie utracił statusu wykonawcy, ponieważ ostatecznie nie został wykluczony z postępowania. Od wyroku KIO, w którym Izba m.in. nakazała jego wykluczenie, złożył bowiem skargę do Sądu Okręgowego, która nie została jeszcze przez sąd rozpoznana. W związku z tym nadal zachowuje status wykonawcy, a będąc nadal jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, może skorzystać ze środków prawnych na wybór oferty innego wykonawcy. To, iż wyrok KIO jest wykonalny, a Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, w efekcie czego może nastąpić zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, oznacza, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci możliwości niezyskania zamówienia, w sytuacji, gdyby Sąd Okręgowy uwzględnił jego skargę. Tym samym należy uznać, iż występują przesłanki uprawniające Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem wykonawcy GALAXY, iż termin na wniesienie odwołania, dotyczącego jego oferty, winien być liczony od daty 5 lutego 2019 r., tj. od dnia w którym nastąpił pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty. Zamawiający zastosował w przedmiotowym postępowaniu procedurę, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, co oznacza, że w pełni badał jedynie ofertę najwyższej ocenioną, tj. ofertę złożoną przez Odwołującego. Odwołanie zawiera zarzuty zaniechania zarówno odrzucenia oferty, jak i wykluczenia wykonawcy GALAXY z postępowania. Jak słusznie zauważył Odwołujący, w sytuacji gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie miał interesu w składaniu odwołania dotyczącego oferty, która uplasowała się na dalszej pozycji w rankingu ofert złożonych w postępowaniu. Odwołanie dotyczy wyboru oferty wykonawcy GALAXY, o czym Odwołujący pozyskał informację w 15 kwietnia 2019 r. Od tej daty należy zatem liczyć 10-dniowy termin na wniesienie odwołania. Termin ten został zachowany.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba ustaliła i zważyła:

Zarzuty przedstawione w odwołaniu nie potwierdziły się. W związku z tym odwołanie podlega oddalaniu.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu wskazania wymaga, iż w formularzach cenowych opracowanych przez Zamawiającego, stanowiących załączniki do SIWZ, oznaczone: Dodatek 4A dla części I i Dodatek 4B dla części II SIWZ, Zamawiający w nagłówku tabeli kolumny czwartej wskazał: „*Nazwa (o ile występuje), producent, model, symbol**”. W odnośniku zostało wskazane: „**Wykonawca zobowiązany jest wskazać producenta, pełny symbol, model, nazwę zaoferowanego przedmiotu zamówienia w odpowiednich pozycjach wypełnianego Formularza cenowego. Wskazanie to musi umożliwić jednoznaczną ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie dopuszcza zapisów typu „zgodnie z zapisami SIWZ” itp. Niewypełnienie zgodnie z opisem wszystkich rubryk w Formularzu cenowym, który jest integralną częścią oferty i braku tych danych w dokumentach lub oświadczeniach potwierdzających spełnianie wymagań określonych w SIWZ, może spowodować jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U, z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.)”.*

Ww. tabele w formularzach cenowych zawierają trzy pozycje, dotyczące: A - zestawów komputerowych w obudowie zintegrowanej z monitorem – ALL IN ONE: komputer z systemem operacyjnym i oprogramowaniami, klawiatura, mysz, B - urządzeń dostępowych (AccessPoint) do sieci Wi-Fi, C-przewodu UTP. W odniesieniu do każdej z ww. pozycji w kol. 5 zostało zamieszczone wskazanie, aby wykonawcy podali dane, jakich Zamawiający oczekuje dla potwierdzenia spełnienia przez oferowany sprzęt wymagań zawartych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ), stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Z tabeli tej wynika, że Zamawiający oczekiwał od Wykonawców wypełnienia danych w zakresie producenta, pełnego symbolu, modelu, nazwy jedynie w pozycjach A i B Formularzy cenowych, co wyraźnie wynika z kol. 5., gdzie został wskazany zakres oczekiwanych informacji oraz pozostawione wykropkowane miejsca dla wpisania wymaganych danych przez wykonawcę. W pozycji C, dotyczącej przewodu UTP, Zamawiający wymagał natomiast wykazania jedynie jego kategorii. Jak podał Zamawiający, wyodrębnienie w tabeli przewodu,

którego wartość wynosi ok. 1 000,00 zł, przy wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej 2 mln zł, do osobnej pozycji, wiązało się to z tym, iż w odniesieniu do przewodu obowiązuje inna stawka podatku VAT niż w przypadku zestawu komputerowego.

Zgodnie z poz. VI pkt. C SOPZ przewód UTP miał posiadać następujące parametry: „min. kat. 5+, 2xRJ45 o długości od 1,5 do 3m w zależności od potrzeb, w kolorze niejaskrawym, np. szarym”. W tej pozycji złożonych formularzy cenowych wykonawca GALAXY podał kategorię 5+, co oznacza, że wypełnił tabelę w kwestionowanym zakresie zgodnie z wymogami SIWZ. Tym samym zarzut dotyczący niezgodności oferty tego wykonawcy nie potwierdził się.

Nie potwierdziły się również zarzuty dotyczące przesłanek do wykluczenia wykonawcy GALAXY z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp, ewentualnie do wystąpienia do tego wykonawcy o wyjaśnienia lub uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...), lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.* Natomiast stosownie do pkt. 17 tego przepisu *wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotnym wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.* Z kolei przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp regulują obowiązki Zamawiającego w zakresie wystąpienia w określonych w nich przypadkach o wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów odnoszą się do: braku wykazania przez wykonawcę GALAXY, że zrealizowane na rzecz Grupy Kapitałowej Cyfrowy Polsat dostawy obejmowały również uruchomienie sprzętu, odbiorcy dostaw, wykazania się nie jedną dostawą lecz kilkoma dostawami, zamówienie zostało zrealizowane na rzecz nieistniejącego podmiotu.

Stosownie do pkt V.1.2.lit. a i b SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest wykazanie się wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, że wykonał należycie co najmniej 2 dostawy wraz z uruchomieniem sprzętu komputerowego do minimum 20 lokalizacji i każda licząca co najmniej 500 komputerów. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku, stosownie do pkt VI B.1.2. lit wykonawca był zobowiązany złożyć wykaz dostaw oraz dowody potwierdzające ich należyte wykonanie.

Wykonawca GALAXY złożył wykaz dostaw, gdzie w poz. 2 w kol. 2 wskazał dostawę sprzętu komputerowego (ok. 2000) komputerów) o wartości 5 095 893,29 zł brutto spełniającą warunek określony V pkt 1.2. lit. a SIWZ oraz, że dostawa ta obejmowała uruchomienie ponad 500 dostarczonych komputerów w ponad 20 lokalizacjach, tj. spełnia warunek określony w rozdziale V pkt 1.2. lit. b SIWZ. W kol. 3 wskazał, iż dostawa została wykonana na rzecz Grupy Kapitałowej Cyfrowy Polsat reprezentowanej przez Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W kol. 4, gdzie Zamawiający wymagał podania daty wykonania dostawy w sposób: „DD/MM/RRRR, wskazał datę 07.08.2017. Do wykazu został załączony list referencyjny wystawiony przez Polkomtel Sp. z o.o. - wbrew stanowisku Odwołującego – przez podmiot istniejący w świetle -potwierdzający należyte wykonanie tych dostaw.

Zdaniem Odwołującego świadczenie to nie obejmowało uruchomienie komputerów, ponieważ nie zostało to zaznaczone w referencji. Jednakże okoliczność, iż załączony do wykazu list referencyjny, wystawiony przez Polkomtel sp. z o.o., z którego wynika należyte wykonanie dostawy, o której mowa w wykazie, nie zawiera dokładnego wyszczególnienia, co się składało na dostawę i nie wskazuje na to, że obejmowała ona uruchomienie komputerów, nie stanowi dowodu na okoliczność, iż zakres świadczenia nie obejmował takiego uruchomienia komputerów. Referencja służy potwierdzeniu należytego wykonania dostaw wskazanych przez wykonawcę, który jest odpowiedzialny za to, że składane przez niego oświadczenia są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Skoro list referencyjny potwierdza należyte wykonanie dostaw, to cel, dla którego jest wymagane złożenie referencji, został osiągnięty. W związku z tym Zamawiający nie miał podstaw do formułowania zastrzeżeń do tej dostawy.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż w treści listu pojawiło się stwierdzenie o zrealizowaniu dostaw na rzecz Grupy Cyfrowy Polsat, a nie Grupy Kapitałowej Cyfrowy Polsat wskazanej w wykazie, z uwagi na to, iż referencja pozwala na identyfikację dostaw, nie wpływa negatywnie na powyższą ocenę. Podobnie jak okoliczność, iż ww. Grupa nie jest wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego, nie ma ani osobowości ani podmiotowości prawnej, a w konsekwencji nie ma zdolności do czynności prawnych. Jak sam Odwołujący zaznaczył ww. Grupa składa się z kilkudziesięciu spółek prawa handlowego. Jak wyżej zaznaczono list referencyjny został wystawiony przez podmiot istniejący (bezsporne) tj. Polkomtel sp. z o.o. wchodzący w skład ww. Grupy. Jak wynika z pisma tej spółki z dnia 7 maja 2019 r. działała ona jako prowadząca postępowanie na wykonanie tej dostawy sprzętu komputerowego na rzecz Grupy Cyfrowy Polsat oraz jako strona umowy zawartej z wykonawcą oraz była odpowiedzialna za nadzorowanie realizacji umowy przez Galaxy Systemy Informatyczne sp. o.o. oraz jej rozliczenie i posiada wszelkie informacje

umożliwiający potwierdzenie należytego wykonania tej umowy. Oznacza to, że jest uprawniona do wystawienia referencji. Nie ma przeszkód aby podmioty zainteresowane pozyskaniem określonych dostaw na korzystniejszych warunkach, niż gdyby działały pojedynczo, weszły w porozumienie, wyznaczyły spośród siebie reprezentanta aby w ich imieniu zawarł umowę na taką dostawę i w konsekwencji, aby to on, mając wiedzę w tym zakresie, wystawił referencje. Nadto, jak zauważył Zamawiający on sam w analizowanym postępowaniu jest podmiotem, który działa na rzecz innych podmiotów, czego Odwołujący nie kwestionuje. Obecnie prowadzone przedmiotowe postępowanie dotyczy kilkudziesięciu zamawiających (gminy z województwa świętokrzyskiego), a ich reprezentantem jest Zamawiający. Wylimitowanie dostaw zorganizowanych w bardzo zbliżony sposób na rzecz ww. Grupy, reprezentowanej przez jedną ze spółek, byłoby naruszeniem zasady proporcjonalności.

Nie zostało wykazane przez Odwołującego, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, że oświadczenie złożone przez wykonawcę GALAXY jest niezgodne z rzeczywistością. Przeciwnie, za sprawą ww. pisma Polkomtel Sp. z o.o., złożonego na rozprawie, zostało potwierdzone, przez ten podmiot, że dostawy obejmowały również uruchomienie sprzętu.

Jeśli chodzi o argumentację Odwołującego dotyczącą odbiorcy dostaw, należy stwierdzić, iż również nie potwierdza ona stawianych zarzutów. Z wykazu dostaw oraz referencji wynika, że ich odbiorcą była Grupa Kapitałowa Cyfrowy Polsat, która skupia wiele podmiotów prawa handlowego, co potwierdził sam Odwołujący w odwołaniu. W skład tej Grupy wchodzi m.in. Polkomtel Sp. z o.o., która, jak wynika z ww. pisma z 7 maja 2019 r., reprezentowała podmioty z tej grupy w stosunkach z wykonawcą. Z tych względów ma niezbędną wiedzę i uprawnienie do wystawienia referencji.

Także argumentację Odwołującego dotyczącą sukcesywności dostaw, należy uznać za niepotwierdzającą stawianych zarzutów. Z przedstawionych przez wykonawcę GALAXY dokumentów nie wynika, aby przedmiot umowy obejmował okresowe dostawy sprzętu. Odwołujący nie przedstawił dowodów na to, że wymieniona w ww. poz. 2 Wykazu dostawa na rzecz grupy kapitałowej Cyfrowy Polsat, w rzeczywistości stanowiła wiele dostaw. Swoje twierdzenie Odwołujący opiera na treści JEDZ, pomijając treść złożonego przez wykonawcę Wykazu dostaw.

Formularz wykazu opracowany przez Zamawiającego w kol. 4. przewiduje wymóg wstawienia daty wykonania dostawy w sposób: „DD/MM/RRRR” , co wskazuje, iż wykonawcy winni wstawić jedną datę, kończącą realizację dostawy. Wykonawca GALAXY jako datę dostawy wskazał 07/08/2017 r., co należy rozumieć, jako datę zakończenia realizacji dostawy

na rzecz wskazanego odbiorcy. Opis warunku doświadczenia zawarty w SIWZ nie zawiera wymogu dostawy sprzętu komputerowego w ustalonych terminach. Istotne jest, aby dostawy były wykonane we wskazanym w SIWZ okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania. Wskazanie daty było zatem wymagane dla potwierdzenia tej okoliczności. Data podana przez wykonawcę GALAXY mieści się w tym przedziale czasu, zatem wymogi SIWZ w tym zakresie zostały spełnione.

Jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, wykluczał wyłącznie referencje dotyczące dostaw rozumianych jako wykonywanie umowy ramowej, gdzie dla tego samego klienta wykonywane są dostawy na podstawie osobnych zleceń (zamówień) o mniejszej niż wymagana skali. W tych okolicznościach, należy zgodzić się z Zamawiającym, który stwierdził, iż na podstawie dokumentów złożonych przez GALAXY mógł uznać, że wykonano dostawę komputerów w liczbie przekraczającej wymaganie minimalne do różnych lokalizacji na podstawie jednej umowy. Żaden z przedłożonych dokumentów nie daje podstaw do uznania, że została zawarta umowa ramowa a dostawy były świadczone na podstawie osobnych zamówień.

W sytuacji, gdy nie zostało wykazane, aby przedłożone przez wykonawcę GALAXY informacje Zamawiający powinien uznać za nieprawdziwe, to nie można uznać, iż mogły one wprowadzić go w błąd. Tym samym nie zostało wykazane, że wystąpiła podstawa do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie drugiej ze wskazanych przez Odwołującego podstaw wykluczenia, jak również nie zostało również wykazane, aby wystąpiła przesłanka do zastosowania postępowania wyjaśniającego lub uzupełniającego w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Naruszenia powyższych przepisów dotyczących wykluczenia wykonawcy GALAXY lub wezwania go do wyjaśnień, Odwołujący wiąże z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z powyżej przedstawionego stanowiska, zarzuty naruszenia tych przepisów przez Zamawiającego nie potwierdziły się, nie zostało zatem wykazane aby zaistniały okoliczności pozwalające, na stwierdzenie, iż naruszenie nastąpiło to w związku z ww. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, aby w postępowaniu w podawanym przez niego zakresie, miało miejsce nierówne traktowanie wykonawców. Zgodzić się należy z twierdzeniem Zamawiającego, iż badanie ofert jest czynnością leżącą po jego stronie. W sytuacji, gdy w toku wykonywania tych czynności Zamawiający poweźmie wątpliwości, które wymagają stosownych wyjaśnień lub dodatkowych uzupełnień, to takich wyjaśnień lub uzupełnień powinien zażądać. Nie zostało wykazane, aby w odniesieniu do oferty lub wykonawcy GALAXY Zamawiający powinien powziąć takie wątpliwości lub zażądać uzupełnień.

Odwołujący podnosząc okoliczność dotyczącą badania oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego, uzupełnionych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał np., aby wystąpienie do niego o wyjaśnienia następowało w takiej samej sytuacji, jak zaistniała w odniesieniu do oferty wykonawcy GALAXY. Natomiast to, że Zamawiający miał wątpliwości co do oferty Odwołującego i, będąc do tego zobowiązany na podstawie art. 24 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, występował do niego o wyjaśnienia lub uzupełnienia, nie oznacza, że powinien występować z takimi samymi żądaniem do wykonawcy GALAXY, jeśli nie miał wątpliwości odnośnie do przedłożonych przez niego informacji czy dokumentów.

Wskazany w odwołaniu art. 7 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż *czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm*. Nie zostało wykazane aby po stronie Zamawiającego występowały osoby, które powinny być z niego wyłączone z uwagi na brak obiektywizmu i stronniczość, co wskazują, że zarzut naruszenia ww. przepisu nie potwierdził się. Zauważenia przy tym wymaga, iż oferta Odwołującego po przeprowadzeniu wyjaśnień została wybrana przez Zamawiającego, co przeczy stanowisku, iż wystąpienia o nie miały na uwadze inne cele, niż pozyskanie informacji, które rozwieją wątpliwości Zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uiszczonego przez Odwołującego wpisu i uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600,00 zł na podstawie rachunku przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: