

WYROK
z dnia 1 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 r. przez **wykonawcę ESKOM IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 543** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Archiwum Narodowe w Krakowie, ul. Sienna 16**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35 i Ventus Communications Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Swoboda 12** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2638/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę ESKOM IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 543** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ESKOM IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 543** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcę ESKOM IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 543** na rzecz **zamawiającego – Archiwum Narodowe w Krakowie, ul. Sienna 16** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postę-

powania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. dostawę, wdrożenie i uruchomienie infrastruktury IT dla tworzonego zapasowego repozytorium cyfrowego na potrzeby archiwów państwowych zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2021/S 065-163117 w dniu sierpnia 2021 r.

W dniu 27 sierpnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 6 września 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca ESKOM IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 543. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 kwietnia 2021 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 września 2021 r.

Odwołujący zaskarżył czynności zamawiającego polegające na:

- a. bezpodstawnym uznaniu, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust.1 pkt. 2 lit. b ustawy ,
 - b. bezpodstawnym zatrzymaniu wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy
- Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt. 2, 119, 122, 128 ust.1 pkt. 1, 226 ust.1 pkt. 2 lit. b oraz 98 ust. pkt. 1 ustawy .

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy ,
- 2) unieważnienia czynności zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż utrzymanie w mocy czynności zamawiającego prowadziłoby do zatrzymania złożonego przez odwołującego wadium, a więc skutkowałoby po jego stronie niepowetowaną szkodą.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 7.1.4.1 SIWZ zamawiający na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawca wykazał, że należycie wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa) o wartości co najmniej 2 500 000,00 złotych brutto, polegające na dostawie, wdrożeniu

uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej, macierzy w postaci dedykowanego rozwiązania sprzętowego, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u.

W dniu 08.07.2021 r. zamawiający wystosował wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z art. 126 ust. 1 ustawy.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 19.07.2021 r. przedstawił m.in. wykaz dostaw, w którym – na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu – wskazał na zamówienie pn.: „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej”, zrealizowane przez podmiot trzeci wykonawcy (Advatech Sp. z o.o.) na rzecz Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie („NASK”).

W dniu 21.07.2021 r. zamawiający wystosował wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób oraz oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania podmiotu, na zasoby którego wykonawca się powołał.

W dniu 23.07.2021 r. odwołujący przedstawił żądane dokumenty. Ponadto w odpowiedzi odwołujący zawiadomił zamawiającego, że został poinformowany przez producenta zaofiarowanego rozwiązania o braku możliwości dostarczenia licencji oprogramowania w wymaganym modelu oprogramowania (licencja wieczysta). Producent dostarcza obecnie wyłącznie licencje w modelu subskrypcyjnym co nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Zmiana modelu licencjonowania spowodowała ponadto wzrost ceny zakupu licencji, nieuwzględniony w zaofiarowanej w ramach oferty z dnia 27.05.2021 r. cenie, która wobec powyższej zmiany stała się rażąco niska.

W dniu 09.08. 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy wezwał do zastąpienia Advatech Sp. z o.o.– podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby w postaci doświadczenia w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) – innym podmiotem, albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu z pkt. 7.1.4.1. SWZ. Na uzasadnienie zamawiający wskazał, że w toku badania wykazu dostaw złożonego przez wykonawcę ustalono, że ujęte w wykazie zamówienie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z pkt. 7.1.4.1. SWZ, ponieważ w ramach zamówienia nie było dostawy i wdrożenia i uruchomienia przełączników sieci LAN, routerów i firewalli.

W odpowiedzi odwołujący przedstawił w dniu 16.08.2021 r. wyjaśnienie wraz z załącznikiem wskazujące na spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1 SWZ.

W dniu 27.08.2021 r. zamawiający poinformował o dokonanej wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, tj., wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto poinformował

o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy , z uwagi na spełnienie przesłanek wynikających z przywołanego przepisu.

Dowody: Powołane pisma zamawiającego i odwołującego w aktach postępowania

Odwołujący stwierdził:

1. W zakresie zarzutu bezpodstawnego uznania, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust.1 pkt. 2 lit. b ustawy.

W pierwszej kolejności, że przedłożone przez odwołującego na wezwanie zamawiającego z dnia 08.07.2021 r. oraz 09.08.2021 r. dokumenty i oświadczenia prawidłowo potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.1.4.1 SWZ. W ocenie odwołującego bowiem dostarczone do zamawiającego NASK przez udostępniającego zasoby – firmę Advatech Sp. z o.o. elementy, spełniają wymagania określone dla postępowania. Z odpowiedzi NASK oraz z opinii biegłego nie wynika, co w rzeczywistości było przedmiotem dostawy – oba te dokumenty operują bowiem na poziomie ogólności narzuconym przez dokumentację postępowania „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej” prowadzonym przez NASK i, de facto, powtarzają postanowienia OPZ. Faktyczny zakres dostawy wynikał z zakresu projektu i obejmował, prócz elementów jawnie wymienionych w OPZ, również niezbędne dla działania Systemu spełniające wymagania zamawiającego przełączniki sieci LAN, routery i firewalle. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika powyższego, doświadczenie tj. zasoby w zakresie „zdolności technicznej” udostępnione przez podmiot trzeci – Advatech Sp. z o.o. spełniają warunek określony w pkt. 7.1.4.1 SWZ. Z tej przyczyny odrzucenie oferty odwołującego na podstawie powyżej przywołanego przepisu było bezpodstawne.

Z ostrożności jednak odwołujący podniósł, że nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci faktycznie nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu, czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy nadal pozostawałaby wadliwa. Wobec złożenia przez odwołującego w dniu 23.07.2021 r. oświadczenia o zmianie warunków licencyjnych producenta oprogramowania i spowodowanej tym niezgodności złożonej oferty z SWZ oraz wynikającej z powyższej okoliczności rażąco niskiej cenie oferty, zamawiający wobec jednoznacznej dyspozycji przepisu art. 128 ust. 1 pkt. 1 ustawy , powinien bowiem zaniechać wzywania do uzupełnień tejże oferty w zakresie warunku udziału, w tym do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub samodzielnego wykazania spełniania warunku, a wystosowane wcześniej wezwanie unieważnić oraz odrzucić ofertę

odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy , gdyż treść oferty okazała się w tym momencie niezgodna z warunkami zamówienia.

2. W zakresie zarzutu bezpodstawnego zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy.

Przepis art. 98 ust. 6 zawiera katalog sytuacji, w których zamawiający może zatrzymać wadium. Katalog ten ma charakter zamknięty.

Zatrzymanie wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy , na który powołuje się zamawiający, dotyczy przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych (...), co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

Zgodnie z przywołanym przepisem dla zatrzymania wadium z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zatem zaistnienie łącznie trzech przesłanek, których ciężar wykazania - w myśl art. 6 kodeksu cywilnego - spoczywa na zamawiającym, a których spełnienia zamawiający nie wykazał.

Pierwszą z nich jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy , podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy , innych dokumentów lub oświadczeń.

Jak wskazuje się w orzecznictwie (por. uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17) oraz doktrynie (por. H. Nowak, M. Winiarz /red./ Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, s. 335 i nast.), przeprowadzenie badania zaistnienia tej przesłanki obejmuje dwa elementy. Zamawiający powinien wykazać:

- a) istnienie ważnego zobowiązania oraz
- b) fakt naruszenia tego zobowiązania przez wykonawcę.

Uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium zaistnieje zatem tylko w sytuacji, gdy dokumenty (oświadczenia) były niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz wykonawca został zasadnie o nie wezwany.

Do naruszenia tego obowiązku przez wykonawcę dochodzi, gdy wykonawca nie składa dokumentu (oświadczenia), jeśli nie składa żadnego dokumentu lub składa inny dokument niż wynikający z treści wezwania. Niezłożenie podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych, jak wynika z orzecznictwa, będzie zachodzić również wtedy, gdy wykonawca złożył dokument (oświadczenie), ale z jego treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 .

W ocenie odwołującego przedstawione w odpowiedzi na wezwanie dokumenty i wyjaśnienia dostatecznie potwierdzały spełnienie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1 SWZ. Odwołujący zastrzegł, że nawet w przypadku uznania przez Izbę, że, obiektywnie rzecz biorąc, przedłożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdziły spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu dla zatrzymania wadium konieczne byłoby łączne spełnienie również kolejnych przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy.

Drugą przesłankę zatrzymania wadium stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Art. 98 ust. 6 pkt 1 - ze względu na brak rozróżnienia – zdaje się wiązać odpowiedzialność z każdą przyczyną zależną od wykonawcy, zawinioną jak i niezawinioną. Jak jednak wskazuje utrwalone orzecznictwo, w tym postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2012 r. (pogląd TK zachowuje aktualność pod rządami nowej ustawy), zatrzymanie wadium nie wchodzi w grę, gdy wykonawca działa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym okolicznościami sprawy przekonaniu, że spełnia warunki zamówienia. Nie sposób bowiem według odwołującego przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu. Przy analizie przesłanek zatrzymania wadium należy brać pod uwagę m.in. w szczególności sposób sformułowania przez zamawiającego warunków uczestnictwa w postępowaniu, jednoznaczność wezwania do złożenia uzupełnienia i na tym tle rozważyć zasadność przekonania wykonawcy, że posiadane przez niego doświadczenie kwalifikuje go do udziału w postępowaniu (por. postanowienie TK z 9 maja 2012 r., P 47/11, OTK - A 2012, nr 5, poz. 57) .

Odwołujący pozostawał w przekonaniu, że udostępnione przez podmiot trzeci doświadczenie w postaci udziału w realizacji projektu - poświadczone protokołem odbioru spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zważyć należy, że odwołujący nie posiada możliwości weryfikacji stanu wynikającego z oświadczeń i zapewnień składanych przez jego kontrahenta w ograniczonym czasie na przygotowanie i złożenie oferty. W sytuacji, gdy firma Advatech Sp. z o.o. (podmiot trzeci udostępniający zasoby) zadeklarowała posiadanie doświadczenia spełniającego warunek udziału w postępowaniu i przedłożyła na potwierdzenie poświadczenie w postaci podpisanego oświadczenia oraz „Protokołu odbioru Fazy 1 projektu”, odwołujący nie miał podstaw by nie dać temu wiary.

Sytuacja, w której syntetyczny opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich niezbędnych elementów rozwiązania nie jest zjawiskiem wyjątkowym – wykonawcy składając ofertę zwykle uwzględniają w jej cenie również komponenty i prace nieprzewidziane wprost w OPZ przez zamawiającego, ale niezbędne z punktu widzenia profesjonalnego wykonawcy. Zatem odwołujący miał podstawy by uznać, że rzeczywisty zakres dostaw zrealizowanych do

NASK mógł obejmować również elementy niewykazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Oświadczenia odwołującego zawarte w ofercie oraz korespondencji z zamawiającym, nawet jeśli obiektywnie okazałyby się niezgodne ze stanem faktycznym, nie były więc gołosłowne czy złożone bezpodstawnie. Należy więc zdaniem odwołującego uznać, że jeśli nawet złożone dokumenty w wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego weryfikacji nie potwierdziły spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, doszło do tego w sposób nielegający po stronie odwołującego.

Podkreślił ponadto, że zamawiający wzywając do zastąpienia podmiotu trzeciego nie uzasadnił, dlaczego uznał, że przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu (mimo, że określony w SIWZ przedmiot zamówienia przedstawionego na potwierdzenie spełnienia warunku wskazywał na objęcie jego przedmiotem również przełączników sieci LAN, routerów i firewalli), nie wspominał też o przeprowadzonej w tej mierze kontroli biegłego oraz weryfikacji zakresu tego zamówienia u samego zamawiającego tj. NASK tylko poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, że w przedmiocie zamówienia nie było wymaganych składników, których istnienie, w ocenie odwołującego, przewidywał SIWZ. Stąd też odwołujący do dnia zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania pozostawał w przekonaniu, że żądanie zamawiającego dot. zmiany podmiotu udostępniającego zasoby wynikało wyłącznie z odmiennej interpretacji treści przedłożonych dokumentów i w odpowiedzi z dnia 19.07.2021 r. starał się te wątpliwości rozwiązać (co zamawiający poczytał za polemikę z jego ustaleniami). Doszło zatem do naruszenia art. 16 pkt. 2 ustawy, z uwagi na niezachowanie przez zamawiającego wymaganej przejrzystości postępowania, co uniemożliwiło odwołującemu prawidłowe zinterpretowanie stanowiska zamawiającego w kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 stanowi wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania. Zatrzymanie wadium jest więc możliwe jedynie w przypadku, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Oznacza to, że oferta wykonawcy musi być potencjalnie ofertą najwyższej ocenioną i jedyną przyczyną, dla której nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, jest konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ze względu na niezłożenie wymaganych dokumentów (oświadczeń), pomimo wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1.

Wobec powyższego, odwołujący wskazał, że:

- 1) oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b z uwagi na niespełnienie wymagań. Już sama ta okoliczność wyklucza możliwość zastosowania art. 98 ust. 6 pkt. 1 i zatrzymania wadium.

2) niezależnie od powyższego, oferta odwołującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. W rezultacie nie istniała możliwość wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy nie stanowi też samoistnej przesłanki zatrzymania wadium.

Odwołujący wskazał, że o zmianie modelu licencyjnego oprogramowania Stornext powziął wiedzę w dniu 7 lipca br. i niezwłocznie skonsultował tę kwestię z dystrybutorem oprogramowania, który potwierdził, że nie ma możliwości zakupu oprogramowania w modelu innym niż subskrypcyjny, który nie jest dopuszczony przez zamawiającego. O fakcie tym zamawiający został powiadomiony w wyjaśnieniach z dnia 23.07.2021r. (w okresie pomiędzy 7, a 23.07.br. odwołujący weryfikował zgodność warunków licencyjnych z wymaganiami oraz możliwość zakupu powyżej wskazanego oprogramowania zgodnie z poprzednio obowiązującym modelem licencyjnym).

Dowody: korespondencja z Arrow Electronics – załączona do Odwołania

Wyjaśnienia z dnia 23.07.2021 r. – w aktach sprawy.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający mimo ciążącego nań obowiązku nie wykazał w piśmie z dnia 27.08.2021 r. spełnienia przesłanek zatrzymania wadium, w tym w szczególności nie odniósł się do kwestii spełnienia przesłanki braku dobrej wiary po stronie odwołującego oraz możliwości wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, poprzestając na zwięzłym stwierdzeniu, że zatrzymania wadium dokonuje „z uwagi na spełnienie przesłanek wynikających z przywołanego przepisu w okolicznościach opisanych powyżej”, podczas gdy przedstawione okoliczności nie potwierdzały zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium i z całą pewnością nie na podstawie przywołanego przepisu ustawy. Naruszony został tym samym art. 16 pkt. 2 ustawy, z uwagi na niezachowanie wymaganej przejrzystości postępowania.

W dniu 7 września 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 9 września 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Ventus Communications Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Swoboda 12, wnosząc o oddalenie odwołania. Wykonawca wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego i jego rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, ponieważ odwołujący w złożonym odwołaniu kwestionuje czynność odrzucenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która to jest nierozzerwalnie związana z czynnościami:

- badania i oceny ofert,

- wyboru oferty najkorzystniejszej,

które zostały już przeprowadzone, a w ich wyniku oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego, samo odwołanie zmierza do podważenia tych czynności oraz przeprowadzenia ponownie procedury badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględnienie odwołania mogłoby prowadzić do zobowiązania zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27.08.2021 r. oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

Mimo, że jak wynika z treści odwołania – odwołujący co prawda nie kwestionuje samego wyboru oferty przystępującego w postępowaniu, niemniej już samo żądanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w oczywisty sposób wpłynie niekorzystnie na sytuację przystępującego.

Czynność odrzucenia oferty nie jest czynnością odrębną od wyboru oferty najkorzystniejszej co wynika z treści art. 253 ust. 1 ustawy, w którym wskazano, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej jak i informację o odrzuceniu oferty – przekazuje się jednocześnie wszystkim wykonawcom. Należy również mieć na uwadze, że zarówno wybór oferty najkorzystniejszej jak i odrzucenie oferty – stanowią wynik tej samej czynności badania i oceny ofert przez zamawiającego. Anulowanie którejkolwiek z tych czynności wiąże się z koniecznością „powrotu” do etapu badania i oceny ofert. Przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert jest natomiast możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy nie została wybrana oferta najkorzystniejsza.

Reasumując – unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego wiązałoby się z koniecznością powrotu do etapu badania i oceny ofert – przedtem z kolei zamawiający zobowiązany byłby do unieważnienia również czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem w innym przypadku niemożliwe byłoby prowadzenie badania i oceny ofert.

3. Nawet wskazywana w treści odwołania okoliczność – że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ale na innej podstawie prawnej aniżeli ta, która została wskazana w zawiadomieniu z dn. 27.08.2021 r. – to przychylenie się do takiego stanowiska, również wymagałoby od zamawiającego ponownego przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert, czyli skutkowałaby anulowaniem wyboru oferty najkorzystniejszej – co w oczywisty sposób narusza interes przystępującego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W tych okolicznościach – uwzględnienie odwołania oznaczałoby konieczność wzruszenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wymagałoby przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu. Nie ma natomiast pewności, iż w wyniku ponownego badania i oceny ofert – to oferta przystępującego zostałaby ponownie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Dodatkowo przystępujący wskazał, że w przypadku uwzględnienia odwołania – postępowanie o udzielenie zamówienia znacznie się wydłuży, co będzie miało niekorzystny wpływ na przygotowanie się wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia.

Przedłużenie postępowania wpływa zatem niekorzystnie na sytuację przystępującego jako wykonawcy wybranego do zrealizowania zamówienia, który nie będzie mógł zrealizować zamówienia w jak najszybszym terminie, mimo że jego oferta została wybrana w sposób prawidłowy.

Przesunięcia czasowe w realizacji zamówienia związane z ewentualnym uwzględnieniem odwołania, ponownym badaniem i oceną ofert – wpłyną niekorzystnie na sytuację przystępującego, naruszając tym samym jego interes ekonomiczny.

Przystępujący wskazał ponadto, że w okolicznościach niniejszej sprawy odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy było prawidłowe – bowiem odwołujący w toku postępowania nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Zgłoszenie zostało wniesione pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 września 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu lider konsorcjum ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 maja 2021 r. udzielonego przez prokurenta samoistnego partnera. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 29 września 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie odwołania;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w treści odpowiedzi na odwołanie;
3. zasądzenie od odwołującego kwoty 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury VAT, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

Zamawiający przeczy wszystkim twierdzeniom odwołującego, których poniżej wyraźnie i wprost nie potwierdza.

Zamawiający przytoczył treść warunku z pkt. 7.1.4.1. Odwołujący, którego oferta została pierwotnie oceniona najwyżej został przez zamawiającego wezwany, w trybie art. 126 ust. 1 ustawy, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu dostaw potwierdzającego spełnianie wspomnianego powyżej warunku udziału w postępowaniu.

Za pismem z dnia 19 lipca 2021 r., stanowiącym odpowiedź na ww. wezwanie, odwołujący przedstawił wykaz dostaw, w którym ujął zamówienie zrealizowane przez podmiot udostęp-

niający odwołującemu zasoby – Advatech sp. z o.o. (dalej „Podmiot trzeci”) na rzecz Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego (dalej „NASK”) pn.: Dostawa i wdrożenie systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej (dalej „Zamówienie”), załączając do wykazu dowód mający potwierdzać należyte wykonanie zamówienia w postaci protokołu odbioru.

Analizując treść przedstawionych przez odwołującego dokumentów zamawiający doszedł do wniosku, że zamówienie nie wpisuje się w treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie w jakim nie obejmuje elementu dostawy, wdrożenia i uruchomienia przełączników sieci LAN, routerów i firewalli. W treści samego wykazu znajduje się jedynie informacja (zob. zakres Fazy I, pkt 1, lit. a wykazu), że zamawiający wymagał podłączenia sprzętu do przełączników LAN i zasilania. Powyższą okoliczność zamawiający potwierdził w drodze analizy OPZ dla zamówienia oraz bezpośrednio u podmiotu, na rzecz którego zostało ono wykonane, tj. NASK.

W konsekwencji, pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy, wezwał odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem, albo wykazania, że odwołujący samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu z pkt. 7.1.4.1. SWZ. Jako okoliczność faktyczną uzasadniającą przedmiotowe wezwanie zamawiający wprost wskazał na brakujący element, o którym mowa była powyżej.

W odpowiedzi odwołujący oświadczył jedynie, że wezwanie było nieuzasadnione, ponieważ zamówienie obejmowało również dostawę, wdrożenie i uruchomienie przełączników sieci LAN, routerów i firewalli, na dowód przedstawiając przeanalizowany uprzednio przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia. Stwierdził ponadto, że wątpliwości zamawiającego powinny zostać rozwiane w drodze wezwania odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień.

W konsekwencji zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy informując, że w powyższych okolicznościach (opisanych również w treści skierowanej do odwołującego informacji), działając na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy, zatrzymuje wniesione przez odwołującego wadium.

Zarzut bezpodstawnego uznania, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt. 7.1.4.1 SWZ

Zarzut nie może się ostać.

Argumentacja odwołującego jest lakoniczna i sprowadza się do prostego zaprzeczania ustaleniom zamawiającego, bez wskazania na konkretne okoliczności, a tym bardziej – z pominięciem przedstawienia dowodów na ich poparcie. Znajduje to odzwierciedlenie w uzasadnieniu omawianego zarzutu, w którym odwołujący gołosłownie stwierdza jakoby faktyczny zakres dostawy wynikał z zakresu projektu i obejmował, prócz elementów jawnie wymienio-

nych w OPZ, również niezbędne dla działania Systemu spełniającego wymagania zamawiającego przełączniki sieci LAN, routery i firewalle (odwołanie, str. 4).

Odwołujący ani w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 9 sierpnia 2021 r., ani nawet w treści odwołania nie wskazuje z którego to postanowienia OPZ dla zamówienia miałyby wynikać okoliczność zrealizowania w jego ramach dostawy, wdrożenia i uruchomienia przełączników sieci LAN, routerów i firewalli. Wniosku tego nie zmienia treść załączonego do odwołania oświadczenia podmiotu trzeciego, stanowiącego w istocie powtórzenie opisu zamówienia zawartego w wykazie dostaw, z którego wynika jedynie, że w ramach dostawy i instalacji urządzeń platformy hiperkonwergentnej oraz macierzy dyskowej w lokalizacjach NASK wymagane było podłączenie sprzętu do przełączników LAN i zasilania. Z takiego opisu nie wynika, jakoby zamówienie obejmować miało chociażby wymagany treścią warunku udziału w postępowaniu element dostawę przełączników LAN, czy dostawy, wdrożenia i uruchomienia routerów i firewalli.

W odniesieniu do twierdzeń odwołującego, jakoby jego oferta powinna zostać odrzucona na innej niż wskazana przez zamawiającego podstawie, a to z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia i rażąco niską cenę zamawiający stwierdził, że argumentacja odwołującego zwrócona jest wprost przeciwko złożonej przez niego ofercie, co nakazuje podać w wątpliwość interes odwołującego we wniesieniu odwołania. Znamienne jest, że uzasadniając tę przesłankę skorzystania ze środka ochrony prawnej odwołujący w pkt. V na str. 2 odwołania wskazał, że [...] posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż utrzymanie w mocy czynności zamawiającego prowadziłoby do zatrzymania złożonego przez odwołującego wadium, a więc skutkowałoby po jego stronie niepowetowaną szkodą. Uprawniony jest zatem wniosek, że odwołujący nie zmierza do przywrócenia, bądź zachowania szans na uzyskanie zamówienia (w tym, bądź kolejnym postępowaniu), a de facto do potwierdzenia decyzji zamawiającego o wyborze oferty innego wykonawcy, tj. przystępującego. Działanie takie stanowi wypaczenie sensu środków odwoławczych przysługujących wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jedynie na marginesie zamawiający zaznaczył, że jakkolwiek odwołujący informował zamawiającego, w piśmie z dnia 23 lipca 2021 r., o problemie z dostępnością licencji oprogramowania Quantum StoreNext w oczekiwanym przez zamawiającego modelu licencjonowania, to jednak twierdzenie to nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem i jako takie nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego na innej niż wskazana w treści zaskarżonej odwołaniem czynności podstawie tym bardziej, że żaden inny uczestnik postępowania nie zasygnalizował podobnych trudności. Dopiero w jednym z załączników do odwołania odwołujący przedstawił korespondencję mającą stanowić dowód na przywołaną okoliczność. Takie działanie odwołującego nie zasługuje na ochronę. Przywołana okoliczność, nawet w przypadku jej potwierdzenia, stanowić mogłaby ewentualnie dodatkową przesłankę odrzuce-

nia oferty odwołującego, co pozostawałoby bez wpływu na prawidłowość decyzji o wyeliminowaniu oferty odwołującego z postępowania. W płaszczyźnie postępowania odwoławczego oznacza to brak wpływu na wynik tego postępowania, stanowiący podstawę do oddalenia odwołania (argument z art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy).

Zarzut bezpodstawnego zatrzymania odwołującemu wadium

Zarzut jest chybiony.

Zamawiający wskazał, że kwestia prawidłowości zatrzymania wadium nie należy do kognicji Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”). Cywilnoprawny charakter sporu o zwrot wadium potwierdza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r., IV CSK 291/13, w którym stwierdzono m.in., że Sprawa o zwrot wadium zatrzymanego przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp z 2004 r. (a ściślej o zasądzenie jego wartości) jest sprawą cywilną w sensie materialnoprawnym i formalnym (art. 1 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego). W uzasadnieniu tego postanowienia SN stwierdził również, że Trudno przyjąć, aby wykluczony uczestnik przetargu, który nie kwestionuje swojego wykluczenia i nie jest zainteresowany dalszym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie chce odzyskać wadium, miał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp z 2004 r. w złożeniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Jakkolwiek odwołujący formalnie kwestionuje prawidłowość decyzji o odrzuceniu jego oferty, to jednak nie sposób stwierdzić, aby był zainteresowany dalszym udziałem w postępowaniu, skoro wskazuje na zasadność odrzucenia złożonej przez niego oferty. Z kolei okoliczność, że odwołanie zmierza jedynie do odzyskania wadium wynika z argumentacji odwołującego mającej uzasadnić interes we wniesieniu odwołania, o czym była mowa w stanowisku zamawiającego odnośnie pierwszego z zarzutów odwołania.

W konsekwencji powyższego zamawiający zauważył, że nawet gdyby odrzucił ofertę odwołującego w oparciu o wadliwą przesłankę, to nie mogłoby to prowadzić do uwzględnienia odwołania z uwagi na wspomniany wcześniej brak wpływu na wynik postępowania, a tym bardziej do uwzględnienia odwołania i zasądzenia od zamawiającego kwoty stanowiącej równowartość zatrzymanego wadium.

Jedynie z daleko idącej ostrożności zamawiający wskazał, że w okolicznościach przedmiotowego stanu faktycznego zamawiający był uprawniony do zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy.

Po pierwsze – odwołujący, wbrew głośnym twierdzeniom stanowiącym podstawę pierwszego z omówionych w odpowiedzi na odwołanie zarzutów, nie przedstawił na wezwanie zamawiającego w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy, podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący ani nie przedstawił zamawiającemu innego niż wskazane pierwotnie zamówienia, ani też nie dokonał zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot.

Po drugie – u podstaw powyższego zaniechania leżą przyczyny leżące po stronie odwołującego. Nawiązując w tym miejscu do przytoczonego na str. 6 odwołania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego zamawiający wskazał, że zestawiając niebudzącą wątpliwości treść warunku udziału w postępowaniu z treścią przedstawionych przez odwołującego dokumentów mających potwierdzać wykazanie jego spełnienia nie sposób twierdzić, że odwołujący działał w błędnym, choć usprawiedliwionym okolicznościami sprawy, przekonaniu, że warunek ów spełnia. Jak wspomniano, treść wykazu dostaw, czy protokołu odbioru, ma się nijak do treści warunku, z czego odwołujący – profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego – musi zdać sobie sprawę. Zaznaczył przy tym, że odwołujący rozumiał treść wymagań zamawiającego nie tylko dlatego, że nie wnosił w ich zakresie o wyjaśnienie treści SWZ, ani też nie odwoływał się od tych postanowień specyfikacji, ale również z tej przyczyny, że konsekwentnie (choć gołosłownie) polemizuje z twierdzeniem zamawiającego, że zamówienie nie wpisuje się w treść warunku.

Podkreślił również, że wbrew stanowisku odwołującego zamawiający w treści wezwania z 9 sierpnia 2021 r. wskazał w sposób dostatecznie precyzyjny na wynik swoich ustaleń, wobec czego przeciwna argumentacja odwołującego zmierza w istocie do nałożenia na zamawiającego obowiązku udowodnienia faktów negatywnych, na które to dowodu przedstawić nie sposób.

Finalnie, po trzecie – zaniechanie wykazania przez odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt. 7.1.4.1 SWZ uniemożliwiło dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo tego że oferta ta została pierwotnie oceniona najwyżej, co wynika chociażby z wezwania odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych.

W dniu 29 września 2021 r. zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że przystąpienie do postępowania odwoławczego zostało wniesione przez wykonawcę ADT Group sp. z o.o. w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1) ADT Group sp. z o. o. i 2) Ventus Communications sp. z o.o. Jednocześnie wniósł o dopuszczenie uzupełnienia braku formalnego przystąpienia na podstawie art. 511 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – w postaci potwierdzenia umocowania pełnomocnika wnoszącego przystąpienie do postępowania odwoławczego – do wniesienia tego przystąpienia w imieniu konsorcjum oraz potwierdzenia skuteczności wszystkich podjętych dotychczas czynności przez pełnomocnika w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Podkreślił, że aktualnie na gruncie art. 511 ust. 2 ustawy istnieje możliwość uzupełnienia braków formalnych pełnomocnictwa – w tym również pełnomocnictwa do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przepisy art. 511 ustawy dotyczą bowiem czynności podejmowanych przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej – w którym to zakresie mieści się również zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 511 ust. 2 ustawy:

Jeżeli braki w zakresie pełnomocnictwa albo w składzie właściwych organów dają się uzupełnić, Izba wyznaczy w tym celu odpowiedni termin.

Sytuacja określona w treści ww. przepisu wystąpiła w niniejszej sprawie. W treści pełnomocnictwa złożonego wraz z przystąpieniem w dniu 9.09.2021 r. zostało wymieniony tylko jeden z konsorcjantów, podczas gdy intencją konsorcjum było wniesienie przystąpienia do postępowania odwoławczego – wspólnie, w imieniu wszystkich wykonawców działających w konsorcjum. Powyższe oznacza, że w zakresie pełnomocnictwa do zgłoszenia przystąpienia zaistniał brak w postaci wskazania drugiego z konsorcjantów w treści pełnomocnictwa, który to brak podlega uzupełnieniu.

Przepis art. 511 ust. 2 ustawy nie precyzuje w żaden sposób pojęcia „braku w zakresie pełnomocnictwa”, niemniej w literaturze wskazuje się na jego szerokie rozumienie. Analiza przepisu wskazuje, że mowa w nim o każdym braku który może zostać uzupełniony.

Prawo zamówień publicznych, Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 – komentarz do art. 511 Pzp:

W art. 511 ust. 2 ustawy przewidziano sytuację, że pełnomocnictwo zawiera braki. W sytuacji, w której braki w zakresie pełnomocnictwa albo w składzie właściwych organów (co dotyczy m.in. sytuacji, gdy pełnomocnictwo nie zostało udzielone zgodnie z zasadami reprezentacji) dają się uzupełnić, Izba wzywa pełnomocnika do usunięcia tych braków, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin, przez co rozumieć należy, że termin na usunięcie braków musi być adekwatny do zaistniałej sytuacji, pozwalający na uzupełnienie stwierdzonych braków pełnomocnictwa. Pełnomocnik składający przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 9.09.2021 r. posiadał odpowiednie umocowanie do działania w imieniu konsorcjum wykonawców. Powyższe wynika z faktu, iż pełnomocnictwo do zgłoszenia przystąpienia zostało udzielone przez lidera konsorcjum – wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. – działającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako pełnomocnik konsorcjum.

Wykonawca ADT Group Sp. z o.o. zgodnie z pełnomocnictwem konsorcyjnym z dnia 19 maja 2021 r., posiada umocowanie w zakresie:

- wnoszenia w imieniu Konsorcjum przysługujących im w postępowaniu środków ochrony prawnej (odwołania i skargi), jak również złożenia oświadczenia o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego odwołania w postępowaniu,
- wnoszenia w imieniu Konsorcjum pism procesowych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym,

- reprezentowania Konsorcjum na posiedzeniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym.

Jednocześnie lider konsorcjum uprawniony był do udzielania dalszych pełnomocnictw w granicach pełnomocnictwa konsorcyjnego.

Wobec powyższego – czynności podejmowane przez lidera konsorcjum – w tym przypadku udzielenie pełnomocnictwa do wniesienia przystąpienia do postępowania odwoławczego – należy odczytywać jako czynności podejmowane przez konsorcjum.

Wniósł o uznanie przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 9.09.2021 r. za wniesione skutecznie w imieniu konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – ADT Group Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz Ventus Communications Sp. z o.o. (Członek konsorcjum), jednocześnie o uznanie jako omyłki – określenia użytego w treści przystąpienia z dnia 9.09.2021 r. wskazującego jako przystępującego – wykonawcę ADT Group Sp. z o.o., podczas gdy faktycznie przystępującym jest konsorcjum wykonawców w składzie - ADT Group Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz Ventus Communications Sp. z o.o. (Członek konsorcjum).

Uzupełniając braki formalne przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesionego w dniu 9.09.2021 r. – w załączeniu do niniejszego pisma przedłożył:

1. potwierdzenie umocowania pełnomocnika wnoszącego przystąpienie do postępowania odwoławczego – do wniesienia tego przystąpienia w imieniu konsorcjum wraz z potwierdzeniem skuteczności wszystkich czynności podjętych przez pełnomocnika w niniejszym postępowaniu odwoławczym,
2. pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 19 maja 2021 r. dla lidera konsorcjum – wykonawcy ADT Group Sp. z o.o.,
3. dokument rejestrowy członka konsorcjum – wykonawcy Ventus Communications Sp. z o.o.

W dniu 29 września 2021 r. Konsorcjum ADT – Ventus podtrzymało stanowisko wyrażone w treści przystąpienia do postępowania odwoławczego, iż czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu – była prawidłowa.

Wskazał, że zarzut dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, przez brak uznania za potwierdzony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – ma charakter blankietowy.

Odwołujący poprzestał jedynie na twierdzeniach, że „W opisie przedmiotu zamówienia są potwierdzone elementy” oraz na twierdzeniach, jakoby to zamawiający nie poinformował go dlaczego nie uznał. Natomiast odwołujący w żaden sposób nie skonkretyzował, że przedmiotowe, wymagane w treści warunku urządzenia :

- przełączniki sieci LAN,
- routery,
- firewalle - były dostarczone zamawiającemu.

Odwołujący pozostawił jedynie domysłom, co zamierza przedstawić na rozprawie.

Tego rodzaju praktyka jest niedopuszczalna :

Przystępujący podniósł, że praktyka polegająca na braku postawienia jednoznacznie sprecyzowanych zarzutów w odwołaniu a następnie – konkretyzacja (postawienie) zarzutu - przez podanie zupełnie nowych okoliczności faktycznych – została słusznie zanegowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Tego rodzaju „taktyka” odwołujących ma na celu „zaskoczenie” drugiej strony i ograniczenie jej możliwości dowodowych.

Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2019-01-18, KIO 2711/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-11-19, KIO 2223/18

W niniejszej sytuacji odwołujący – na str. 4 odwołania – ograniczył się jedynie do twierdzeń, że „faktyczny zakres dostawy wynikał z zakresu projektu i obejmował, prócz elementów jawnie wymienionych w OPZ, również niezbędne dla działania systemu spełniającego wymagania zamawiającego przełączniki sieci LAN, routery i firewalle”.

W żaden inny sposób odwołujący nie skonkretyzował zarzutu. Nie wniósł dowodów potwierdzających „faktyczne” dostarczenie. Nie opisał kiedy i jak faktycznie dostarczył te urządzenia.

Dostrzeżenia wymaga, że sposób weryfikacji przez zamawiającego – zakresu doświadczenia wskazanego przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – nie budzi najmniejszych wątpliwości.

Zamawiający badając doświadczenie wskazywane przez odwołującego wykazał się dokładnością i skrupulatnością. W szczególności wskazał, że zamawiający zwrócił się do instytucji, która wystawiła referencje w celu uzyskania informacji o zakresie prac wykonanych w ramach zamówienia referencyjnego. Ponadto doświadczenie poddano analizie biegłego, który weryfikował je pod kątem treści warunku udziału ustanowionego w postępowaniu.

Przeprowadzona przez zamawiającego weryfikacja doświadczenia – jednoznacznie potwierdziła, że zamówienie referencyjne wskazywane przez odwołującego w wykazie dostaw nie odpowiada wymogom ustanowionym w treści warunku udziału w postępowaniu. Zamówienie referencyjne dotyczyło bowiem dostawy infrastruktury IT, ale nieobejmującej przełączników sieci LAN, routerów i firewalli.

Co istotne, nie ma podstaw, żeby odmówić wiarygodności oświadczeniu podmiotu na rzecz którego wykonywano zamówienie referencyjne – tj. Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie (dalej „NASK”). Z informacji prze-

kazanej przez NASK wynika jednoznacznie, że będąca przedmiotem dostawy infrastruktura IT nie obejmowała przełączników sieci LAN, routerów i firewalli. Należy wskazać, że NASK jako zamawiający i odbiorca dostaw ma najlepszą wiedzę co do zakresu tego zamówienia.

Podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem Izby – wszelkie oświadczenia zamawiających (inwestorów) – dotyczące zakresu i sposobu wykonywania zamówień realizowanych na ich rzecz – mają większą wartość dowodową aniżeli oświadczenie wykonawcy – tak m.in. w wyroku KIO 2529/18 z dnia 21.12.2018 r., w którym izba nie dała wiary oświadczeniu własnym wykonawcy, jednocześnie uznając za posiadające moc dowodową oświadczenie inwestora, na rzecz którego wykonano zamówienie.

Z treści warunku wynikało jednoznacznie, że wykonawca miał wykazać się dostawą IN-STRASZTRUKTURY, natomiast ewentualne twierdzenia o dostawie oprogramowania spełniającego funkcję poszczególnych urządzeń – nie spełniają tego wymagania.

Każde z tych urządzeń zostało opisane w niniejszym postępowaniu jako fizycznie istniejące urządzenie w OPZ.

Odwołujący przedstawił wyjaśnienia w dniu 16.08.2021 r., w których wskazywał, że zamówienie referencyjne obejmowało elementy takie jak: platforma hiperkonwergentna, macierze, przełączniki sieci LAN, routery, firewallo, back-up. Potwierdzać powyższe miał złożony przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Analizując wyjaśnienia wykonawcy, przystępujący wskazał, że:

- nie zawierają one żadnego merytorycznego odniesienia do zakresu zamówienia referencyjnego i zrealizowanych w ramach tego zamówienia dostawach,
- poza zdawkowym zapewnieniem, że zamówienie odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu – nie wskazano na te jego elementy, które były kwestionowane przez zamawiającego,
- wykonawca dołączył szczegółowy opis przedmiotu zamówienia nie wskazując nawet który jego fragment bądź fragmenty potwierdzają wymagany warunkiem udziału zakres zamówienia, podczas gdy dokument ten jest obszerny (87 stron) a jego treść wysoce specjalistyczna.

Już same powyższe okoliczności wskazują, że odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie wskazać takich elementów w zamówieniu referencyjnym, których wykonanie było konieczne do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający mimo braku jednoznacznego potwierdzenia przez wykonawcę zakresu zamówienia wskazywanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – przeprowadził analizę dokumentacji zamówienia prowadzonego przez NASK – zwracając się o stosowną opinię do biegłego.

Wniosek opinii był jednoznaczny – biegły potwierdził, że doświadczenie zdobyte w ramach zrealizowania zamówienia na rzecz NASK nie odpowiada treści warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący również wskazał, że bez znaczenia pozostaje okoliczność, że odwołujący w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegał na zasobach innego podmiotu. Okoliczność ta nie zwalnia bowiem wykonawcy korzystającego z zasobów podmiotu trzeciego do weryfikacji informacji wskazywanych przez ten podmiot.

W orzecznictwie KIO wskazuje się na obowiązek weryfikowania przez wykonawcę informacji przekazanych przez podmiot trzeci. Przedstawienie informacji zamawiającemu w takiej formie jak ją przekazał podmiot trzeci wykonawcy – nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za jej prawdziwość.

Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.08.2019 r., KIO 1576/19

Reasumując – odwołujący nie wykazał w niniejszym postępowaniu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Okoliczność ta została potwierdzona przez zamawiającego w sposób niewątpliwy. W świetle przeprowadzonego przez zamawiającego badania w zakresie spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu zarzut niezasadnego odrzucenia oferty na podstawie art. jawi się jako bezzasadny.

Co istotne, nawet w treści odwołania – odwołujący nie przywołał żadnych okoliczności, ponad te już badane przez zamawiającego, które miałyby świadczyć o tym, że zakres zamówienia referencyjnego – odpowiadał treści warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawia również żadnych dowodów w tym zakresie. W tym stanie rzeczy trudno nie odnieść wrażenia, że odwołujący nie jest w stanie podjąć skutecznej polemiki z decyzją zamawiającego o odrzuceniu go z postępowania.

W tych okolicznościach czynność odrzucenia odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – należy uznać za prawidłową i w pełni uzasadnioną.

Niezależnie od powyższego – przystępujący wskazał, że wykonawca Eskom ma wiele innych braków podmiotowych – przykładowo – nie dysponuje osobami z pkt 7.1.4.2. c) SWZ:

W związku z powyższym – można wysunąć twierdzenie, że odwołujący złożył ofertę bez przygotowania potencjału podmiotowego wymaganego SWZ i następnie – usiłuje ją wycofać z uwagi na braki w tym zakresie.

Odnosząc się do okoliczności związanych z przedstawieniem zamawiającemu informacji o niespełnieniu wymagań ustanowionych w postępowaniu w zakresie licencji – przez odwołującego pismem w piśmie z dnia 23.07.2021 r. – to wskazać należy, że nie mają one znaczenia w kontekście oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy – tj. z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji – kwestia zmiany podstawy prawnej odrzucenia oferty, której domaga się odwołujący - nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący również wskazał, że przyjęcie twierdzeń o konieczności odrzucenia oferty wskutek złożenia oświadczenia o niezgodności treści oferty z wymaganiami SWZ – powodowałyby naruszenie art. 220 ust. 1 pkt 1 i art. 220 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania to jest: SWZ, wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 8 lipca 2021 r., odpowiedzi udzielonej na to wezwanie w dniu 19 lipca 2021 r., wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 21 lipca 2021 r. i udzielonej odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 lipca 2021 r., wezwania z dnia 9 sierpnia 2021 r. i odpowiedzi udzielonej w dniu 16 sierpnia 2021 r. informacji o wyniku postępowania z dnia 27 sierpnia 2021 r., dowodów dołączonych do odwołania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W treści SWZ zamawiający zawarł wymagania:

7. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

7.1 Zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu:

7.1.4.1. należyście wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa) o wartości co najmniej 2 500 000,00 złotych brutto, polegające na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej, macierzy, przełączników SAN, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u.

Uwaga: w przypadku podania kwot w walutach obcych Zamawiający dokona ich przeliczenia według średniego kursu Narodowego Banku Polskiego NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeżeli w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, NBP nie opublikuje informacji o średnim kursie walut, Zamawiający dokona odpowiednich przeliczeń według średniego kursu z pierwszego, kolejnego dnia, w którym NBP opublikuje ww. informacje. Ten sam sposób przeliczania będzie stosowany również przy badaniu spełniania wymogów doświadczenia kadry Wykonawcy – por. wymagania poniżej.

7.2 W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać

na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

7.3 W przypadku, o którym mowa w pkt. 7.2. SWZ, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

7.4 W przypadku, gdy wartości będą wyrażone w oświadczeniach w innych walutach niż Polski Złoty (PLN) muszą zostać one przeliczone przez Wykonawcę wg odpowiednio Tabeli A lub Tabeli B kursów średnich walut obcych Narodowego Banku Polskiego aktualnej na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

7.5 Warunki udziału w postępowaniu mają na celu zweryfikowanie zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający dokona oceny spełniania przez Wykonawców warunków określonych w SWZ metodą „spełnia”/„nie spełnia” na podstawie oświadczeń i dokumentów określonych w SWZ. Niespełnienie któregokolwiek z warunków spowoduje wykluczenie Wykonawcy z postępowania.

7.6 Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

7.7 W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

7.8 Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

7.9 Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt. 7.8, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

7.9.1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

7.9.2. sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

7.9.3. czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształ-

cenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

8. WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH

8.1 Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.

8.7 Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w pkt. 8.1 SWZ, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby.

8.9 Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

8.11 W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający żąda:

8.11.1 wykazu głównych dostaw lub usług, o których mowa w pkt 7.1.4.1. SWZ, tj. co najmniej jednego zamówienia o wartości co najmniej 2 500 000 złotych brutto, polegającego na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej, macierzy, przełączników SAN, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u. – w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane w okresie ostatnich 3 miesięcy;

5. Pytania z dnia 16.04.2021 r. – pismo 1:

5.1. Pytanie:

Warunki udziału w postępowaniu: SWZ p.7.1.4.1.

Pytanie: Czy z uwagi na kompleksowe wymaganie odnośnie ilości technologii z za-kresu warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeśli Wykonawca należycie wykonał 3 zamówienia o wartości co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto każde, polegające na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum prze-twarzania danych, sumarycznie zawierające wszystkie wymagane technologie: płyt-formę hiperkonwergentną, macierz, przełączniki SAN, przełączniki sieci LAN, rou-tery, firewalle oraz backup.

Odpowiedź:

Zamawiający zastosował wskazane kryterium w celu wyboru Wykonawcy posiadającego niezbędne doświadczenie przy projektach o wskazanej skali.

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

12. Pytania z dnia 20.04.2021 r. – pismo 6:

12.1. Pytanie:

Czy Zamawiający uzna za spełniający wymaganie opisane w pkt 7.1.4.1. SWZ projekt (zrealizowany w ramach jednej umowy) o wartości ponad 2 500 000 zł brutto, polegający na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy w modelu prywatnej chmury w architekturze wysokiej dostępności opartej o rozwiązanie VMwa-re, tworzącej warstwę wirtualizacyjną z centralnym zarządzaniem, tworzeniem puli zasobów, klastrów wysokodostępnych i separacją sieciową środowisk, a także macierzy, przełączników sieciowych, routerów, firewalli oraz backupu?

Odpowiedź:

Zamawiający zastosował wskazane kryterium w celu wyboru Wykonawcy posiadającego niezbędne doświadczenie przy projektach o wskazanej skali.

Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian.

15.1. Pytanie:

Dotyczy: Specyfikacja Warunków Zamówienia, Rozdział 7:

W rozdziale 7 "Warunki udziału w postępowaniu", podpunkt 7.1.4.1 Zamawiający zawarł następujące wymaganie: "(...) polegające na dostawie, wdrożeniu, uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej, macierzy, przełączników SAN, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u".

Wnosimy o dopuszczenie jako warunek równoważny referencji opartej na dostawie, wdrożeniu, uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z wirtualizacji środowiska serwerowo-macierzowego rozproszonego na 53 serwerownie zawierającej 2 główne centra danych oraz przełączników SAN, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SWZ.

19. Pytania z dnia 28.04.2021 r. – pismo 13:

19.1. Pytanie:

W odpowiedzi na pytanie nr 12.1 (Pytanie z dnia 20.04.2021 r. – pismo 6), Zamawiający udzielił odpowiedzi, że [...] zastosował wskazane kryterium w celu wyboru Wykonawcy posiadającego niezbędne doświadczenie przy projektach o wskazanej skali. Zamawiający pozostawia zapisy SIWZ bez zmian [...]. Pragniemy zauważyć, że intencją Wykonawcy nie była chęć zmiany kryterium wyboru Wykonawcy a jedynie uzyskanie interpretacji Zamawiającego, czy przedstawiony zakres projektu zostanie uznany za spełniający wymaganie opisane w pkt. 7.1.4.1 SWZ. W ocenie Wykonawcy opisany w pytaniu projekt w pełni wskazuje na to, że Wykonawca posiada niezbędne doświadczenie w realizacji projektów o wskazanej przez Zamawiającego skali.

Pytanie o interpretację zapisów SWZ kierujemy w celu uniknięcia sporów interpretacyjnych na etapie oceny ofert.

Wobec powyższego, ponownie zwracamy się z prośbą o interpretację, czy projekt (zrealizowany w ramach jednej umowy) o wartości ponad 2 500 000 zł brutto, polegający na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy w modelu prywatnej chmury w architekturze wysokiej dostępności opartej o rozwiązanie VMware, tworzącej warstwę wirtualizacyjną z centralnym zarządzaniem, tworzeniem puli zasobów, klastrów wysokodostępnych i separacją sieciową środowisk, a także macierzy, przełączników sieciowych, routerów, firewalli oraz backupu, Zamawiający uzna za spełniający wymagania opisane w pkt. 7.1.4.1 SWZ?

Odpowiedź:

Spełnienie wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu, zawartych w pkt 7.1.4.1. SWZ, oceniane będzie po zapoznaniu się z przedłożonymi przez Wykonawcę referencjami bądź innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane – zgodnie z brzmieniem pkt 8.11.1 SWZ. Treść pytania jest zbyt ogólna (m.in. w zakresie przełączników sieciowych), by jednoznacznie przesądzić na tym etapie, czy przytoczone doświadczenie Wykonawcy spełnia warunki udziału w postępowaniu.

30. Pytania z dnia 21.05.2021 r. – pismo 24:

30.1. Pytanie:

W Roz 7.1.4.1 SWZ (po zmianie z dn. 10.05.2021 r.) – Zamawiający opisał, iż Wykonawca musi wykazać, że „nałężycie wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa) o wartości co najmniej 2 500 000,00 złotych brutto,

polegające na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej, macierzy w postaci dedykowanego rozwiązania sprzętowego, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u”.

Jednocześnie na pytanie nr 12.1 (Pytanie z dnia 20.04.2021 r. – pismo 6), Zamawiający udzielił odpowiedzi, że [...] zastosował wskazane kryterium w celu wyboru Wykonawcy posiadającego niezbędne doświadczenie przy projektach o wskazanej skali.[...].

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się o wyjaśnienie wymagania związanego z doświadczeniem Wykonawcy - w szczególności, czy jako potwierdzający posiadanie przez Wykonawcę niezbędnego doświadczenia przy projektach o wskazanej skali, Zamawiający uzna projekt (zrealizowany w ramach jednej umowy) o wartości 2 500 000,00 zł brutto, polegający na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy w modelu prywatnej chmury w architekturze wysokiej dostępności opartej o rozwiązanie VMware, tworzącej warstwę wirtualizacyjną z centralnym zarządzaniem, tworzeniem puli zasobów, klastrów wysokodostępnych i separacją sieciową środowisk, a także macierzy w postaci dedykowanego rozwiązania sprzętowego, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u.

Odpowiedź:

Stanowisko Zamawiającego wobec tego typu pytań zawarte jest w odpowiedzi na pytanie nr 19.1.

W ofercie przystępującego ESKOM znajduje się Ubezpieczeniowa Gwarancja Zapłaty Wadium Nr 02GG09/0608/21/0011.

Pismem z dnia 8 lipca 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych :

2. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający żądał:

2.1. wykazu głównych dostaw lub usług (wg załącznika nr 5 do SWZ), o których mowa w pkt 7.1.4.1. SWZ, tj. co najmniej jednego zamówienia o wartości co najmniej 2 500 000 złotych brutto, polegającego na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej, macierzy, przełączników SAN, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u. – w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy

te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane w okresie ostatnich 3 miesięcy;

W dniu 19 lipca 2021 r. odwołujący przedłożył załącznik nr 5 do SWZ, w którym powołał się na następujące doświadczenie:

Nazwa zamówienia: „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej” Zakres Fazy 1:

1. Dostawa i instalacja Urządzeń platformy hiperkonwergentnej oraz macierzy obiektowej w lokalizacjach Zamawiającego:

a) Zamawiający wymagał podłączenia sprzętu do przełączników LAN i zasilania.

2. Wdrożenie produkcyjnej infrastruktury obliczeniowej w węzłach zamawiającego.

3. Zapewnienie zcentralizowanego zarządzania warstwą sprzętu i wirtualizacji dla wszystkich lokalizacji:

a) Uruchomienie klastra zarządzającego w węźle centralnym, zapewniający zasoby dla narzędzi: vCenter i OME.

4. Uruchomienie lokalnych zasobów obliczeniowych i zasobów dyskowych w oparciu o SDS w każdej lokalizacji (vSAN i vSphere).

5. Wykonanie testów w tym i odbiorcze potwierdzające (m.in. niezawodność, funkcjonalność i dostępność) lokalnych zasobów obliczeniowych w węzłach.

Wartość zamówienia dot. Fazy 1 – ponad 20 000 000,00 zł

Data rozpoczęcia: 12.11.2020 r. Data zakończenia: 23.04.2021 r.

Nazwa podmiotu: Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy

Z protokołu odbioru końcowego z dnia 23 kwietnia 2021 r. wynika, że Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie i wykonawcy działający wspólnie:

1. Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - Liderem Konsorcjum,

2. Cloudware Polska Sp. z o.o. — Partner Konsorcjum

na podstawie S 4 ust. 17 Umowy 52498 z dnia 12.11.2020r. potwierdzili wdrożenie Fazy 1, i dokonują Odbioru Końcowego Fazy I. Zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń w zakresie czynności objętych Odbiorem Końcowym.

W dniu 23 lipca 2021 r. odwołujący poinformował zamawiającego, że został powiadomieni

przez producenta o araku możliwości dostarczenia objętych ofertą licencji oprogramowania Quantum StorNext wymaganym przez zamawiającego modelu licencjonowania oprogramowania (licencja wieczysta). W chwili obecnej producent dostarcza wyłącznie licencje w modelu subskrypcyjnym, co nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Ponadto, zmiana modelu licencjonowania wpływa na koszt zakupu licencji od producenta - koszt zakupu licencji w nowym modelu wzrósł dwukrotnie, co nie przez wykonawcę uwzględnione w cenie zaoferowanej w ofercie z dnia 27.05.2021 r. Wobec powyższej zmiany, zaoferowana przez niego cena nie jest w stanie pokryć kosztu zakupu oferowanego oprogramowania.

Tym samym wykonawca w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej nie byłby w stanie zrealizować zamówienia na warunkach określonych SWZ złożonej ofercie.

W dniu 27 lipca 2021 r. zamawiający zwrócił się do NASK wskazując, że na etapie prowadzenia postępowania przetargowego jeden z oferentów firma Eskom powołała się na doświadczenie firmy Advatech zdobyte w przetargu: „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej” prowadzonym przez Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy. Na etapie badania ofert i przedłożonych dokumentów, a także dostępnej publicznie dokumentacji przetargu „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej” zrodziła się wątpliwość czy w ramach zamówienia była dostawa i wdrożenie przełączników sieciowych i routerów. W związku z powyższym zwrócił się o informację czy w ramach realizacji wyżej wymienionego postępowania była dostarczana i wdrażana:

- infrastruktura hiperkonwergentna,
- macierze,
- przełączniki sieciowe,
- routery,
- firewalle
- systemy backup-u.

W dniu 3 sierpnia 2021 r. NASK odpowiedział, że zakres prowadzonego postępowania zakupowego pn. „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej” obejmował następujące rodzaje urządzeń, które zostały dostarczone i wdrożone:

serwerowa infrastruktura hiperkonwergentna,
oprogramowanie do wirtualizacji centrów danych SDOC (w tym Compute, SOS, SDN),
macierze obiektowe,

systemy backup-u.

Zamawiający pozyskał również od NASK zapytanie ofertowe załącznik nr 1 SOPZ i załącznik nr 2 – wzór umowy, a także informację o otwarciu ofert i informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 9 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał ESKOM IT do zastąpienia Advatech sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby w postaci doświadczenia w ramach warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) – innym podmiotem, albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu z pkt. 7.1.4.1. SWZ.

Zamawiający wskazał, że w toku badania wykazu dostaw złożonego przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w trybie przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, ustalono, że ujęte w wykazie zamówienie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z pkt. 7.1.4.1. SWZ, ponieważ w ramach zamówienia nie było dostawy i wdrożenia i uruchomienia przełączników sieci LAN, routerów firewalli. W konsekwencji przedmiotowe wezwanie stało się uzasadnione i konieczne.

W dniu 16 sierpnia 2021 r. odwołujący oświadczył i jednocześnie potwierdził, że złożony na wezwanie - w trybie przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, Wykaz dostaw wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie dostawy, jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, określonym w pkt. 7.1.4.1. SWZ tj. „należyte wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa) o wartości co najmniej 2 500 000,00 złotych brutto, polegające na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej, macierzy w postaci dedykowanego rozwiązania sprzętowego, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u”.

W ocenie odwołującego przedmiotowe wezwanie jest więc bezzasadne, ale w związku z faktem, że zamawiający uznał, że w ramach przedstawionego w Wykazie dostaw zamówienia wykonanego na rzecz NASK - nie było dostawy i wdrożenia i uruchomienia przełączników sieci LAN, routerów firewalli, odwołujący potwierdził, iż zamówienie to spełnia wymagany w SWZ przedmiotowy zakres dostawy.

W ramach zamówienia pn. „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej” wykonanego na rzecz NASK, zostały dostarczone, wdrożone i uruchomione m.in. następujące elementy:

- Platforma hiperkonwergentna
- Macierze
- Przełączniki sieci LAN

- Routery
- Firewalle
- Back-up

Na potwierdzenie powyższego przedłożył dokumentację techniczną tj. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (Tekst jednolity z dnia 21.08.2020 r.) dot. ww. zamówienia, która jednoznacznie potwierdza, iż przedmiotowe zamówienie spełnia zapis warunku udziału w niniejszym postępowaniu, określony w pkt. 7.1.4.1. SWZ.

Zwracamy przy tym uwagę, że Zamawiający przed wezwaniem do zastąpienia podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby w postaci doświadczenia w ramach warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt. 7.1.4.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) – innym podmiotem, albo wykazania, że samodzielnie spełniamy ten warunek udziału w postępowaniu powinien dokonać oceny dokumentów złożonych na wezwanie w trybie przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, w tym dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostawy. W przypadku, jeśli dokumenty te rodziłyby wątpliwości co do spełniania przez Wykonawcę warunku, wątpliwości te powinny zostać usunięte lub potwierdzone w wyniku wezwania Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień. Żądanie zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub samodzielnego wykazania spełniania warunku przez Wykonawcę jest zatem przedwczesne, co potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2021 w sprawie KIO 2043/21.

Załączył do wyjaśnień Załącznik nr 1 do Zapytania ofertowego -SOPZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia Tekst jednolity z dnia 21.08.2020r. „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej” znak postępowania: ZZ.2131.218.2020.TKI [OSE-S] [OSE-B] [OSE-D]

Z opinii Smartcom wynika, że analiza dokumentów postępowania publicznego na stronie <https://nask.eb2b.com.pl> doprowadziła biegłego do przekonania, że zadaniem wykonawcy było podłączenie dostarczanych urządzeń do przełączników LAN i firewalli posiadanych przez zamawiającego. Natomiast według biegłego z treści OPZ nie wynika by w ramach zamówienia wykonawca miał dostarczać przełączniki LAN, firewalle czy routery.

Z oświadczenia producenta Quantum z dnia 29 września 2021 r. wynika, że dla wszystkich projektów rozpoczętych przed zmianą modelu licencjonowania oprogramowania StorNext na abonamentowy (subskrypcyjny), Quantum daje możliwość ich realizacji w wieczystym (jednorazowym) modelu licencjonowania.

W dniu 27 sierpnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania w tym o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp,

tj. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przytoczył treść warunku z Rozdziału 7 pkt. 7.1.4.1. Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawił wykaz dostaw, w którym na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał na zamówienie pn.: Dostawa wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej, zrealizowane przez podmiot trzeci Wykonawcy (Advatech sp. z o.o.) na rzecz Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej — Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie (dalej „NASK”).

Powołany przez zamawiającego przedmiotowym postępowaniu biegły skonfrontował SIWZ z postępowania prowadzonego przez NASK z treścią warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu stwierdził, że zamówienie zrealizowane na rzecz NASK nie obejmowało swoim zakresem przełączników sieci LAN, routerów, firewalli. Okoliczność tę potwierdził również NASK w odpowiedzi na skierowane do niego przez zamawiającego pytanie o zakres tego zamówienia.

W konsekwencji, mając na względzie okoliczność, że wykonawca — odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do zastąpienia podmiotu trzeciego — nie wskazał na inne doświadczenie (własne, bądź podmiotu trzeciego) spełniające wymogi ww. warunku udziału w postępowaniu, a jedynie bezpodstawnie polemizował z ustaleniami zamawiającego, decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy stała się konieczna. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że zatrzymuje wniesione przez wykonawcę wadium, na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na spełnienie przesłanek wynikających z przywołanego przepisu okolicznościach opisanych powyżej.

Z oświadczenia Advantech z dnia 26 maja 2021 r. wynika, że:

w związku z udziałem spółki ESKOM IT Sp. z o.o. w zakresie wsparcia wykonawcy przy realizacji zamówienia jako podwykonawca, oświadczył iż doświadczenie wynikające z realizacji przez nas zadania/projektu pn.: „Dostawa i wdrożenie Systemu zwirtualizowanej infrastruktury obliczeniowej na potrzeby Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej”, potwierdzone podpisanym „Protokołem Odbioru Końcowego Fazy 1” z dnia 23.04.2021 r. do Umowy nr 52498 zawartej z zamawiającym tj. Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa w pełni odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu określonego w SWZ w pkt. 7.1.4.1 w zakresie wykazania się doświadczeniem z realizacji zamówienia/ umowy „o wartości co najmniej 2 500 00000 złotych brutto, polegające na dostawie, wdrożeniu uruchomieniu i utrzymaniu infrastruktury IT do budowy centrum przetwarzania danych składającej się z platformy hiperkonwergentnej, macierzy w postaci dedykowanego rozwiązania sprzętowego, przełączników sieci LAN, routerów, firewalli oraz backup-u’

W ramach Fazy 1 został wykonany następujący zakres dostaw i prac:

1. Dostawa i instalacja Urządzeń platformy hiperkonwergentnej oraz macierzy obiekto-
wej w lokalizacjach Zamawiającego:
 - a) Zamawiający wymagał podłączenia sprzętu do przełączników LAN i zasilania.
 2. Wdrożenie produkcyjnej infrastruktury obliczeniowej w węzłach Zamawiającego.
 3. Zapewnienie zcentralizowanego zarządzania warstwą sprzętu i wirtualizacji dla
wszystkich lokalizacji:
 - a) Uruchomienie klastra zarządzającego w węźle centralnym, zapewniający zasoby dla
narzędzi: vCenter i OME.
 4. Uruchomienie lokalnych zasobów obliczeniowych i zasobów dyskowych w oparciu o
SDS w każdej lokalizacji (vSAN i vSphere).
 5. Wykonanie testów w tym i odbiorcze potwierdzające (m.in. niezawodność, funkcjo-
nalność i dostępność) lokalnych zasobów obliczeniowych w węzłach.
- Zakres w/w dostaw i prac został wykonany terminowo i bez zastrzeżeń, w całości przez Ad-
vatech Sp. z o.o.

W dniu 7 lipca 2021 r. R. D. z firmy ESKOM IT pytał firmę Arrow: Macie może wiedzę czy
Quantum zmienił sposób licencjonowania NAS License for StorNext, LAN Gateway License
for StorNext na model subskrypcyjny ?

W dniu 7 lipca 2021 r. Ł. B. z firmy ARROW odpowiedział, że w cenniku widzi tylko wersje
subskrypcyjne. I załączył print screen ze strony Quantum.

W dniu 2 września 2021 r. R. D. oczekiwał potwierdzenia, że nie ma możliwości zakupu
(nie występuje już taka pozycja w cenniku) licencji wieczystych NAS License for StorNext,
LAN Gateway License for StorNext.

W dniu 3 września 2021 r. Ł. B. odpowiedział: Obecnie jak widzę w cenniku nie ma innych
licencji tylko subskrypcyjne. Jako Partner możecie sobie zobaczyć cennik na stronie, po za-
logowaniu:

<https://alliance.quantum.com/English/Partners/home.aspx>

Nowy cennik ma nr 105 i nie ma zmian w stosunku do poprzedniego cennika z którego były
screeny.

Więcej informacji można znaleźć w dostępnej dokumentacji.

https://qsupport.quantum.com/kb/flare/Content/stornext/SNS_DocSite/Default.htm#G

[ide_Licensing/Topics/01_license_types.htm?](https://qsupport.quantum.com/kb/flare/Content/stornext/SNS_DocSite/Default.htm#G)

[TocPath=Common%2520Tasks%257C_1](https://qsupport.quantum.com/kb/flare/Content/stornext/SNS_DocSite/Default.htm#G)

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia podstaw odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z przepisu tego należy wywieść, że choć środki ochrony prawnej przysługują od każdej czynności zamawiającego i każdego zaniechania zamawiającego, które nastąpiły w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak nie oznacza, że będą one przysługiwać w każdej sytuacji faktycznej wykonawcy. Ustawodawca reglamentuje dostęp do środków ochrony prawnej przez konieczność wykazania istnienia przesłanki materialnoprawnej – jest to swoista bariera dostępu do tych środków, która w ocenie Izby ma służyć zapobieganiu wydłużeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wnoszenie odwołań blokujących możliwość rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, ale nie służących ochronie uzasadnionych racji wykonawców. Biorąc pod uwagę, że z definicji ustawowych art. 7 pkt. 18 i 25 ustawy i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy wynika, że celem prowadzenia postępowania jest doprowadzenie do zawarcia umowy, która ma zaspokajać potrzeby publiczne. Gwarantem tego jest postępowanie prowadzone z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności oraz nakaz wyboru wykonawcy w sposób zgodny z przepisami ustawy. Ustawodawca właśnie z tym celem skorelował przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, stąd też nie od każdej czynności i zaniechania zamawiającego służy wykonawcom odwołanie, ale tylko od takiej, która uniemożliwia im uzyskanie zamówienia – zatem godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i jednocześnie takich, które naruszając przepisy ustawy jednocześnie mogą wywołać szkodę u wykonawcy. Tym samym, aby dana czynność/zaniechanie zamawiającego mogło być skutecznie zaskarżone wykonawca musi kumulatywnie wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia i że poniósł lub może ponieść szkodę. Dodatkowo nie można również pominąć faktu, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie wtedy, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z tych wszystkich rozważań należy wywieść, że wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący takiego interesu ani szkody nie wykazał. Rację należy przyznać zama-

wiającemu i przystępującemu, że jedynym uzasadnieniem interesu we wniesieniu odwołania (nawet sam odwołujący nie identyfikuje tego interesu z interesem w uzyskaniu zamówienia – vide pkt V str. 2 odwołania) jest możliwość poniesienia szkody z powodu zatrzymania wadium. Jednak sama szkoda nie jest wystarczająca dla wykazania spełnienia przesłanki materialnoprawnej z art. 505 ust. 1 ustawy. Nadto Izba wyraża pogląd, że również nie każda szkoda, jaką może ponieść wykonawca, uprawdopodobnia istnienie przesłanki dopuszczalności odwołania, a jedynie taka która jest ściśle powiązana z interesem w uzyskaniu zamówienia. Może bowiem podać przykład możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę bez możliwości wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia przykładowo w sytuacji odmowy wydania złożonej próbki. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że dostęp do środków ochrony prawnej przysługuje tylko tym wykonawcom, którzy wykażą i interes i szkodę w takim rozumieniu jakie wynika z art. 505 ust. 1 ustawy, a więc w uzyskaniu zamówienia. W tej sprawie taka sytuacja nie zachodzi. Odwołujący wskazał, że w dniu 27 sierpnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty przystępującego, jednak odwołujący nie kwestionuje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w żądaniach nie domaga się unieważnienia tej czynności i przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty. Rację zatem należy przyznać zamawiającemu i przystępującemu, że odwołujący nie wykazał istnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy. Sama szkoda z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego (które na datę wyrokowania jeszcze nie nastąpiło, bo zamawiający oświadczył, że nie uzyskał wypłaty z gwarancji wadialnej) nie jest wystarczająca dla uzasadnienia dopuszczalności odwołania i może być dochodzona w postępowaniu przed sądem powszechnym. W tym zakresie Izba przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w postanowieniu Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 21 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO VIII Gz 218/16, które wyraża się w następujących cytatach:

„Podzielić należy pogląd wyrażony w uzasadnieniu postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 sierpnia 2016 r. (V ACz 826/16), że normatywnie przepisy te korespondują ze sobą, a motyw ustanowienia obydwu tych unormowań jednoznacznie wskazuje, że środki ochrony prawnej przewidziane omawianą ustawą (m.in. o właściwości Krajowej Izby Odwoławczej) służą celom samej ustawy, a więc zgodnemu z jej przepisami wyborowi najkorzystniejszej oferty, zawarciu umowy z wybranym oferentem i realizacji danego zamówienia. Taka wykładnia tych unormowań prowadzi do wniosku, że Krajowa Izba Odwoławcza jest organem, któremu przepis szczególny przekazuje właściwość (w rozumieniu art. 2 § 3 k.p.c.) do rozpoznawania spraw cywilnych jedynie w przytoczonym powyżej zakresie. Spory dotyczące zobowiązań umownych (a takimi są także umowy zawierane w trybie prawa zamówień publicznych) co do zasady są sprawami ze stosunków prawa cywilnego w rozumieniu art. 1 k.p.c., jednak na mocy przepisów szczególnych (art. 179 ust. 1 w związku z art. 172 ust. 1 w

związku z art. 180 i art. 188 p.z.p.) sprawy te w zakresie służącym osiągnięciu celów prawa zamówień publicznych zostały przekazane do właściwości Krajowej Izby Odwoławczej, a dopiero od orzeczenia tego organu przysługuje środek prawny w postaci skargi do sądu powszechnego. Jakkolwiek przepis art. 180 ust. 1 p.z.p. nie zawęży przedmiotowo spraw rozstrzyganych w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, to jednak zgodnie z dyrektywami wykładni systemowej przepis ten należy czytać jako uszczegółowienie i uzupełnienie przepisu ogólnego, jakim dla niego jest przepis art. 179 ust. 1 p.z.p. - przez co przesłanki regulowane tym przepisem stanowią także o dopuszczalności takiego odwołania. Zwrócić należy jednak uwagę, że wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowanie postanowień takiej umowy. Zdaniem Sądu odwoławczego czynność zatrzymania przez zamawiającego wadium nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, a więc nie wpływa na wynik postępowania w powyższym rozumieniu." (...) „Zwrócić należy również uwagę na rozstrzygnięcia, jakie w wyniku odwołania zgodnie z ustawą może wydać KIO. W myśl art. 192 ust. 3 p.z.p., w brzmieniu obowiązującym w chwili ogłoszenia przetargu, uwzględniając odwołanie, Izba może: 1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego; albo 2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1: a) unieważnić umowę; albo b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym; albo 3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Przytoczony przepis nie przewiduje możliwości wydania przez KIO rozstrzygnięć odnoszących się bezpośrednio do żądania zasądzenia od zamawiającego na rzecz wykluczonego wykonawcy zatrzymanego wadium, co czyni wątpliwym cel wnoszenia oraz skuteczność odwołań opartych jedynie na argumentach bezpodstawności zatrzymania wadium, a to wobec braku wpływu czynności zatrzymania wadium na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (vide postanowienie Sądu Najwyższego z 12 lutego 2014 r., IV CSK 291/13).” (...) „Gdyby przyjąć stanowisko, że zwrotu wadium można domagać się jedynie skarżąc czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty uczestnika, któremu zatrzymano wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p., to prowadziłyby to do tworzenia zbęd-

nych postępowań, w których część uczestników zmuszona byłaby do prowadzenia postępowania mającego prowadzić do celu, którego w rzeczywistości nie chcą uzyskać, skoro żądają jedynie zwrotu wadium. Wydaje się, że prowadziłyby to wręcz do zamknięcia drogi do wystąpienia z konkretnym żądaniem, a taka wykładnia przepisów godziłaby w istotę prawa do sądu.”

W ocenie Izby zatem nie jest działaniem prawidłowym podnoszenie zarzutu wadliwego odrzucenia oferty jedynie w celu zwrotu wadium, bez rzeczywistego celu uzyskania zamówienia, gdyż takie działanie nie mieści się granicach ochrony prawnej przyznanej ustawą.

Mając na uwadze powyższe odwołanie należało oddalić na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania obejmujących wydatki pełnomocnika w maksymalnej dopuszczalnej wysokości tj. 3 600zł., zgodnie ze złożoną fakturą.

Przewodniczący: