

Sygn. akt: KIO 1625/16

**WYROK**  
**z dnia 15 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 września 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 września 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (lider), ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa; 2) TiMSI Sp. z o.o. (członek konsorcjum), ul. Pory 78, 02-757 Warszawa z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Rozwoju Edukacji, al. Ujazdowskie 28 pokój 103, 00-478 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 24.08.2016 r. wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje Zamawiającemu zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu z uwagi na potwierdzenie się wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Ośrodek Rozwoju Edukacji, al. Ujazdowskie 28 pokój 103, 00-478 Warszawa i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum**

**Firm: 1) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (lider), ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa; 2) TiMSI Sp. z o.o. (członek konsorcjum), ul. Pory 78, 02-757 Warszawa z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;**

- 2.2. zasądza od Ośrodka Rozwoju Edukacji, al. Ujazdowskie 28 pokój 103, 00-478 Warszawa na rzecz Konsorcjum Firm: 1) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (lider), ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa; 2) TiMSI Sp. z o.o. (członek konsorcjum), ul. Pory 78, 02-757 Warszawa z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „*Wdrożenie, utrzymanie i rozwój platformy do przygotowania i upowszechniania e-podręczników*” - Nr 9/ORE/PO/2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 137 - 248723 z 19.07.2016 r., przez Ośrodek Rozwoju Edukacji, al. Ujazdowskie 28 pokój 103, 00-478 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 24.08.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny kryterium wyboru, gdzie wskazał, że wyklucza na podstawie art. 51 ust. 2 Pzp Konsorcjum Firm: 1) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (lider), ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa; 2) TiMSI Sp. z o.o. (członek konsorcjum), ul. Pory 78, 02-757 Warszawa z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Fujitsu*” albo „*Odwołującym*” i Bezpieczne.it sp. z o.o. oraz w tym dniu oddzielnym pismem zaprosił do złożenia ofert 6 podmiotów, w tym Qumak S.A. Stwierdził, że: „*Art. 51 ust. 2 ustawy stanowi, iż jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminujący. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia*”. „*Wykonawcy (Konsorcjum Fujitsu i bezpieczne.it) w złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie przedstawili usług do oceny punktowej w kryterium wyboru, w związku z powyższym Wykonawcy uzyskali 0 punktów*”.

W dniu 02.09.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Fujitsu wniosło odwołanie na w/w czynności z 24.08.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 02.09.2016 r. (e-mailem). Zaskarżył:

- 1) zaniechanie zaproszenia Konsorcjum Fujitsu do złożenia oferty choć jego oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu i znajduje się na 7 miejscu w rankingu punktacji przyznanej wykonawcom w kryterium kwalifikacji (Zamawiający przewidział w ogłoszeniu, że zaprosi siedmiu wykonawców);
- 2) bezpodstawne wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Fujitsu z postępowania na podstawie art. 51 ust. 2 Pzp choć zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego zasadami wyłonienia

w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny wykonawców zaproszonych do złożenia oferty Konsorcjum Fujitsu powinno zostać zaproszone do złożenia oferty;

3) nieprawidłowe zastosowanie zasady z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez niezaproszenie Konsorcjum Fujitsu do złożenia oferty, choć wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i ma prawo przedstawić ofertę konkurencyjną w stosunku do ofert innych wykonawców w kolejnym etapie postępowania oraz w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w ten sposób, że zamówienie może zostać udzielone wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów Pzp, tj. przy konkurencyjności ograniczonej w sposób nie dający się uzasadnić treścią przepisów ustawy i treścią ogłoszenia o zamówieniu;

*z ostrożności procesowej, w razie gdyby Izba nie uznała za bezpodstawne w/w czynności*

4) zaniechanie zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwą na tym etapie do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy polegającą na tym, iż w świetle treści ogłoszenia nie jest możliwe ustalenie, który z wykonawców zajmie samodzielnie pozycję nr 7 w rankingu wykonawców, którzy powinni zostać zaproszeni do złożenia ofert. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 51 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia wykonawcy Konsorcjum Fujitsu do złożenia oferty;

2) art. 51 ust. 2 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Fujitsu z postępowania;

3) art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp poprzez niezaproszenie Konsorcjum Fujitsu do złożenia oferty, choć wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu;

*z ostrożności procesowej, w razie gdyby Izba nie uznała za zasadne w/w zarzutów*

4) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwą na tym etapie do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy polegającą na tym, iż w świetle treści ogłoszenia nie jest możliwe ustalenie, który z wykonawców zajmie samodzielnie pozycję nr 7 w rankingu wykonawców, którzy powinni zostać zaproszeni do złożenia ofert.

Wskazując na powyższe, wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;

2) zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu; ewentualnie;

3) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja IV: Procedura) w pkt IV.1.2) wskazał, że Zamawiający zaprosi do składania ofert maksymalnie 7 wykonawców. Brak jest podstawy prawnej dla czynności wykluczenia Konsorcjum Fujitsu. Zamawiający zgodnie z cytowanym przez siebie przepisem ma obowiązek zaprosić do składania ofert wykonawców wyłonionych

w sposób obiektywny i niedyskryminujący. Wykonawcy nie mieli obowiązku uzyskać punktów dodatkowych w kryterium wyboru ograniczonej liczby kandydatów (o którym mowa w sekcji IV ogłoszenia o zamówieniu). Oferta każdego wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu jest ważna. Skoro wykonawca Konsorcjum Fujitsu i wykonawca bezpieczne.it znajdują się ex aequo na pozycji siódmej (7) do obie te firmy powinny zostać zaproszone do złożenia ofert w postępowaniu. W przeciwnym razie dochodzi do dyskryminacji obu tych wykonawców w postępowaniu i naruszeniu przepisu art. 51 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Zamawiający nie ustalił w ogłoszeniu zasad kwalifikacji w przypadku gdy dwaj lub więcej wykonawcy mają taką samą liczbę punktów w kryterium wyboru i jednocześnie nie przedstawiali oni listy usług dodatkowych których wartość można by porównać. W takiej sytuacji obie firmy nie mają punktów dodatkowych i znajdują się jednocześnie na 7 miejscu w rankingu. Skoro nie ma sposobu aby w sposób niedyskryminacyjny tylko jedna z tych firm zajmowała miejsce siódme to zamawiający ma obowiązek zaprosić obu wykonawców do złożenia oferty. W przeciwnym razie zamawiający dokonuje interpretacji własnych zapisów z ogłoszenia o zamówieniu po jego opublikowaniu. Innymi słowy odpowiedzialność za niedopatrzenie zamawiającego przy sporządzaniu ogłoszenia jest przenoszona na wykonawców. Jest to niedopuszczalne, tym bardziej że z powszechnie ustalonej linii orzeczniczej KIO wynika, że wszelkie wątpliwości SIWZ/Ogłoszenia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, gdyż to zamawiający jest odpowiedzialny za jasne i zrozumiałe sporządzenie dokumentów w postępowaniu. Wskazał na odpowiednie zapisy ogłoszenia relewantne dla sprawy. Sekcja IV: Procedura. Przewidywana liczba wykonawców: 7

*Zamawiający zaprosi do składania ofert maksymalnie 7 Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. 2. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy złożyli Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu nie przekroczy 7, Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. 3. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 7, Zamawiający zaprosi do składania ofert 7 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów w kryterium doświadczenie. 4. Ocena spełnienia niniejszego kryterium wyboru zostanie dokonana na podstawie:*

*a. wypełnionego Załącznika nr 6 do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykaz usług - ocena punktowa [...]*

*7. Zamawiający informuje, iż usługi wskazane przez Wykonawcę do oceny punktowej (Załącznik nr 6), muszą być innymi usługami, niż te wskazane w celu spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (Załącznik nr 4) - nie mogą się powtarzać. [...]*

*9. W przypadku gdy Wykonawca do Wniosku nie załączy Załącznika nr 6 do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - Wykaz usług - ocena punktowa, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie lub wykonywanie usług. Zamawiający*

*przyzna Wykonawcy 0 punktów. 10. W przypadku gdy dwóch lub więcej Wykonawców otrzyma taka sama liczbę punktów obliczonych na podstawie powyższych kryteriów, Zamawiający dokona zsumowania wartości 5 największych co do wartości usług dotyczących utrzymania systemów teleinformatycznych ujętych w złożonych przez Wykonawców Wykazach usług - ocena punktowa. O kolejności Wykonawców będzie decydowała większa suma kwot wykonanych lub wykonywanych usług.*

Zamawiający przewidział, że zaprosi do złożenia ofert 7 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. W postępowaniu warunki spełniło 8 wykonawców. Zamawiający ustalił w ogłoszeniu o zamówieniu, że jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 7, Zamawiający zaprosi do składania ofert 7 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów w kryterium doświadczenie. Dla tego celu przewidziano odrębny załącznik (Załącznik nr 6 Wykaz usług - ocena punktowa). Wykonawcy wskazywali tam usługi INNE niż te które wskazali na potwierdzenie spełnienia warunku (Załącznik nr 4 - wykaz usług). Odwołujący oraz wykonawca bezpieczne.it nie wypełnili załącznika nr 6 (wykaz usług - ocena punktowa). Jedyną konsekwencją jaką przewidział z tego tytułu zamawiający jest brak dodatkowych punktów. W konsekwencji obaj wykonawcy (Konsorcjum Fujitsu i bezpieczne.it) otrzymali po 0 punktów). Biorąc pod uwagę, że wykonawcy Ci nie przedstawili dodatkowych usług do oceny punktowej (co nie było obowiązkowe) nie jest możliwe zsumowania wartości 5 największych (jak przewiduje ogłoszenie) z nich i ustalenie, która z tych firm zajmie samodzielnie 7 miejsce w rankingu. Z tego względu oferta Odwołującego i bezpieczne.it znajdują się razem na miejscu 7. Zamawiający zgodnie z treścią ustawy i Ogłoszenia o zamówieniu powinien zatem zaprosić obie te firmy do złożenia oferty. Okoliczność, że de facto będzie to oznaczało zaproszenie ośmiu wykonawców (tj. o jednego więcej niż wskazano w ogłoszeniu) nie ma znaczenia, skoro zamawiający nie jest w stanie na podstawie ustalonych przez siebie zasad wskazać jednego z tych wykonawców jako zajmującego samodzielnie siódme miejsce. Z całą pewnością rozwiązaniem nie jest wykluczenie obu wykonawców z postępowania. W żaden sposób nie można bowiem tego uznać za obiektywne i jednocześnie niedyskryminujące. Takie postępowanie może prowadzić w konsekwencji do ograniczenia konkurencyjności w przetargu i nieefektywnego wydatkowania środków publicznych. Gdyby Zamawiający przykładowo wskazał w Ogłoszeniu, że przy braku wypełnionego załącznika nr 6 o pozycji w rankingu będzie decydować wartość usług z Załącznika nr 4 (warunki udziału w postępowaniu) to wówczas ustalenie, który wykonawca samodzielnie zajmie pozycję nr 7 byłoby możliwe. Są to jednakże rozważania czysto teoretyczne. Zamawiający nie uregulował zasad postępowania na taką okoliczność, co nie uprawnia go do automatycznego wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i jednocześnie zajmują

siódme miejsce w rankingu. Byłoby to bowiem dokonywanie interpretacji ogłoszenia po terminie składania wniosków co jest nie dozwolone. W takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek zaprosić oba podmioty do złożenia ofert. Zapraszając większą liczbę wykonawców, zamawiający nie tylko nie ograniczy konkurencji, ale ją zwiększy. Zaproszenie do złożenia oferty jednego wykonawcę więcej niż przewiduje ogłoszenie w tym wypadku, zdaniem Odwołującego, w żaden sposób nie może być odebrane negatywnie jako naruszenie przepisów ustawy Pzp. W okolicznościach stanu faktycznego jest to jedyny sposób postąpienia fair wobec oferentów i jednocześnie zachowanie zasady z art. 7 Pzp. W przeciwnym razie Zamawiający bezpodstawnie, w sposób nie określony w ustawie oraz ogłoszeniu o zamówieniu, dopuścił się dyskryminacji wykonawców, którzy zajęli siódme miejsce w rankingu ofert.

Alternatywą dla Zamawiającego jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp - postępowanie obarczone jest bowiem niemożliwą na tym etapie do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy polegającą na tym, iż w świetle treści ogłoszenia nie jest możliwe ustalenie, który z wykonawców zajmie samodzielnie pozycję nr 7 w rankingu wykonawców, którzy powinni zostać zaproszeni do złożenia ofert. W konsekwencji, Zamawiający formalnie nie jest w stanie zakończyć preselekcji w sposób wskazany w ogłoszeniu.

Zamawiający w dniu 02.09.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.09.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Poleczki 20A, 02-822 Warszawa zwana dalej: „Bezpieczne.it sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez dyrektora K.P. oraz prokurenta S.K.. Nie załączono dokumentu potwierdzającego umocowanie wskazanych osób. Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia - Bezpieczne.it sp. z o.o., uzasadnienie poniżej.

W dniu 05.09.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa zwana dalej: „Qumak S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego: Qumak S.A. oddalając opozycje sformułowaną na posiedzeniu przez Odwołującego., uzasadnienie poniżej.

W dniu 14.09.2016 r. (a-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym przed rozprawą, a odpisy na posiedzeniu. Istota zarzutów Odwołującego, jak stwierdził Zamawiający, sprowadza się do twierdzeń, iż Odwołujący winien zostać zaproszony do złożenia oferty, albowiem w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego spełnił warunki udziału w postępowaniu oraz zmieścił się w liczbie 7 Wykonawców, których oferta została oceniona najwyżej (ex aequo z Wykonawcą bezpieczne.it. sp. z o.o. zajął 7 miejsce). W ocenie Zamawiającego, zarzuty Odwołującego są z oczywistych przyczyn nieuzasadnione. Wskazał, iż Zamawiający w ogłoszeniu o przetargu ograniczonym zawarł jasne, obiektywne i niedyskryminujące zasady wyboru Wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Stosowne zapisy znajdują się w rozdz. VIII ogłoszenia. Zamawiający przyznał, iż Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu. Należy jednak odróżnić czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu od czynności oceny punktowej złożonej przez Odwołującego oferty. Wykonawca usiłuje przeforsować pogląd, zgodnie z którym po przyznaniu mu zerowej (0) liczby punktów w ramach punktowej oceny ofert winien zostać zaproszony do składania ofert. Zdaniem Wykonawcy nawet legitymując się nie uzyskaniem ani jednego punktu, wobec faktu, iż brak było więcej niż 7 ofert, które uzyskały większą liczbę punktów, jego oferta powinna zostać sklasyfikowana na 7 pozycji. W ocenie Zamawiającego, wobec jasno sformułowanych zapisów ogłoszenia, na podstawie dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego (jak i oceny oferty Wykonawcy bezpieczne.it. sp. z o.o., który to Wykonawca w ogóle nie złożył załącznika nr 6) należy uznać, iż brak jest podstaw do zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty, jak i Wykonawcy który przystąpił do niego w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z ust. 3 rozdz. VIII ogłoszenia Zamawiający miał zaprosić do składania ofert 7 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów w kryterium doświadczenie. Zgodnie z ust. 3 liczba punktów miała być przyznawana na podstawie wypełnionego załącznika nr 6 do ogłoszenia. Składając niewypełniony załącznik nr 6 do ogłoszenia Wykonawca pozbawił się możliwości otrzymania jakiegokolwiek punktu w kryterium doświadczenie. Wskazać należy, iż Odwołujący tak naprawdę nie otrzymał żadnego punktu tzn. nie uzyskał liczby punktów posiadającej jakąkolwiek wartość. Liczba zero nie niesie ze sobą jakiegokolwiek wartości. Nie można w sposób logiczny oraz zgodny z zasadami języka polskiego twierdzić, iż ktoś otrzymał zero czegoś lub nic czegoś. Tym samym wskazując, iż do złożenia ofert Zamawiający dopuści Wykonawców którzy otrzymali „*najwyższą liczbę punktów*” w sposób



niepoddający się krytyce stwierdzić należy, iż Zamawiający wskazał, iż zaproszeni zostaną tylko Ci Wykonawcy, którzy otrzymali jakiegokolwiek punkty, tzn. otrzymali co najmniej 1 punkt. Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z zapisem ogłoszenia ocena punktowa złożonych ofert odbywać się miała na podstawie wypełnionego Załącznika nr 6 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - Wykaz usług - ocena punktowa. Wymaga podkreślenia, iż składający odwołanie Wykonawca nie złożył wypełnionego załącznika nr 6 - Wykaz usług - ocena punktowa lecz ograniczył się jedynie do złożenia podpisanego dokumentu. (Wykonawca bezpieczne.it. sp. z o.o. w ogóle nie złożył przedmiotowego dokumentu.) Zdaniem Zamawiającego należy odróżnić czynność złożenia dokumentu od czynności złożenia wypełnionego dokumentu, czyli złożenia dokumentu zawierającego pożądaną przez Zamawiającego treść tj. wykazu usług mających podlegać ocenie. Wobec faktu, iż odwołujący się Wykonawca nie wypełnił załącznika nr 6, w związku z czym jego oferta nie mogła zostać poddana ocenie punktowej co z kolei musiało skutkować przyznaniem Wykonawcy 0 punktów i w konsekwencji brakiem możliwości zaproszenia go do złożenia oferty. Mając na względzie powyższe w sposób zgodny z ustawą, jak i w sposób zgodny z treścią ogłoszenia Zamawiający nie zaprosił Odwołującego do złożenia oferty i wykluczył go z postępowania. Odwołujący nie otrzymał bowiem żadnego punktu. Tym samym brak było możliwości uznania, iż oferta Odwołującego (jak i wykonawcy bezpieczne.it. sp. z o.o.) może zostać zakwalifikowana jako jedna z 7 ofert, która otrzymała najwyższą liczbę punktów. Specyfika przetargu ograniczonego wskazuje, iż zaproszenie Wykonawców do składania ofert nie jest obwarowane wyłącznie spełnieniem przez danego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Jest to jeden z obligatoryjnych elementów, obok kryteriów selekcji przez które w pierwszym etapie przetargu ograniczonego musi przejść Wykonawca. Na gruncie niniejszej sprawy Odwołujący przeszedł jedynie przez etap spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca nie sprostął natomiast postawionemu przez Zamawiającego kryterium selekcji, w którym Wykonawca mógł zdobyć maksymalnie 30 punktów. Odwołujący się nie wypełniając załącznika nr 6 (którego Wykonawca przystępujący do postępowania w ogóle nie załączył) pozbawił się z własnej inicjatywy możliwości pozytywnego przejścia przez zakreślone przez Zamawiającego kryteria selekcji. Wbrew twierdzeniu Odwołującego sam fakt spełnienia przez danego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu przeczyłby istocie przedmiotowego postępowania, którego cechą charakterystyczną jest właśnie ograniczenie, w oparciu o określone przez Zamawiającego kryteria selekcji kręgu Wykonawców, których Zamawiający zaprosi do składania ofert. Do grona Wykonawców zaproszonych do składania ofert Zamawiający zakwalifikował w związku z tym Wykonawców którzy zdobyli najwyższą (dodatnią) liczbę punktów w kryterium selekcji nie zaś, tych którzy w zakresie określonego przez Zamawiającego kryterium nie dostali żadnych punktów. Brak jest zatem podstaw by przypisać podjętej przez

Zamawiającego czynności, tj. niezaproszenia Odwołującego oraz Wykonawcy przystępującego do postępowania, po stronie odwołującego się Wykonawcy braku obiektywnego i niedyskryminującego działania.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 09.11.2013 r., sygn. akt: KIO 1533/13) „(...)Dostrzeżenia wymaga, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, inną sprawą jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tego dotyczą regulacje zawarte w art. 22, 25 oraz 26 ustawy Prawo zamówień publicznych), inną zaś ocena w celu wyłonienia grupy wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania ofert (co wynika z art. 51 ust. 1—3 ustawy w odniesieniu do przetargu ograniczonego (...)) Przepis art. 51 ust. 2 ustawy służy natomiast zawężeniu kręgu Wykonawców, z których każdy posiada przesądzoną już zdolność wykonania zamówienia; w stosunku do których ustalono już spełnienie warunków udziału w postępowaniu w celu prowadzenia postępowania o zamówienie w ramach procedury ograniczonej. (...) Niewątpliwie inny jest cel tego przepisu aniżeli sfera spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepis ten pozwala bowiem dokonać oceny - w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu.” Zamawiający kierując się zatem wyrażoną w przytoczonym wyroku zasadą ograniczył, w sposób obiektywny i niedyskryminujący krąg Wykonawców, których Zamawiający zaprosił do składania ofert. Wobec przytoczonych wyżej argumentów za bezpodstawny należy uznać stawiany przez Odwołującego zarzut, iż nie dopuszczając Odwołującego do złożenia oferty Zamawiający dokonał przedmiotowej czynności z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania Wykonawców. Powodem niedopuszczenia Odwołującego do składania ofert była okoliczność nieotrzymania przez niego jakiegokolwiek punktu w kryterium oceny doświadczenie. Przedmiotowe kryterium jest obiektywne i niedyskryminujące. Zamawiający nie naruszył więc zasady uczciwej konkurencji (z naruszeniem tej zasady doszłoby, gdyby Zamawiający dopuścili Odwołującego jak i Wykonawcę który przystąpił do odwołania po stronie Odwołującego i do złożenia ofert). Zamawiający wskazuje ponadto, iż nie dopuścił się także naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców. Zamawiający w identyczny sposób potraktowali Wykonawców, którzy nie otrzymali nawet jednego punktu - nie zaprosił ich do złożenia; oferty. Z kolei Zamawiający zaprosił do złożenia ofert Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów. Wobec faktu, iż jedynie 6 Wykonawców otrzymało (jakikolwiek) punkty Zamawiający zaprosił do składania ofert jedynie tych Wykonawców. Przy czym należy zaznaczyć, iż zgodnie z ust. 1 rozdz. VIII ogłoszenia Zamawiający zaznaczył, iż do złożenia ofert zaprosi maksymalnie 7 Wykonawców. Zamawiający wskazał, iż nie widzi żadnych przesłanek do unieważnienia postępowania. Treść ogłoszenia zawiera zapisy dotyczące sposobu wyboru Wykonawcy w sytuacji: otrzymania przez nich równej

ilości punktów. W takiej sytuacji, zgodnie z ust. 10 rozdz. VIII ogłoszenia decydować miała wartość 5 największych co do wartości usług. Ponadto, zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO np. sygn. akt: KIO 493/14 liczba Wykonawców, jaką Zamawiający zaprosi do złożenia oferty odnosi się do liczby pozycji przewidzianych w ogłoszeniu, niezależnie od tego, ilu Wykonawców, którzy uzyskali taką samą ilość punktów, ją zajmuje. Zamawiający podkreśla, iż powodem niezaproszenia; Odwołującego do złożenia oferty był fakt, iż Odwołujący wraz z Wykonawcą bezpieczne.it. sp. z o.o. nie otrzymali liczby punktów posiadających jakąkolwiek wartość.

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

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego wniosek uplasował się na ex aequo z innym Wykonawcą 7 miejscu, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż jako spełniający warunki udziału w postępowaniu oraz Wykonawca który uplasował się w ramach tzw. „krótkiej listy” zostanie zaproszony do złożenia oferty w ramach drugiego etapu.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia - Bezpieczne.it sp. z o.o., z uwagi na brak wykazania w terminie na zgłoszenie przystąpienia umocowania do reprezentacji dla w/w osoby. Izba ustaliła, że w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane umocowanie dla osób podpisujących zgłoszenie, w związku z tym Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu. Podobnie w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703/13, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13. (za wyrokiem KIO z 15.10.2014 r., sygn. akt: 2013/14), jak i w wyroku KIO 27.04.2015 r., sygn. akt: 721/15, sygn. akt: KIO 741/15. W konsekwencji, Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego do postępowania odwoławczego - Bezpieczne.it sp. z o.o.

Izba uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia - Qumak S.A., oddalając opozycję Odwołującego, gdyż wskazany podmiot miał interes w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego, albowiem ograniczenie kręgu Wykonawców którzy złożą ofertę w ramach drugiego etapu było działaniem zgodnym z jego interesem.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu SIWZ, wniosku Odwołującego, jak i informacji o dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny kryterium wyboru z 24.08.2016 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie (Przystępujący Qumak S.A. – nieobecny na posiedzeniu i rozprawie), odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

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

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje w pierwszej kolejności treść ogłoszenia o zamówieniu - Sekcja IV: Procedura, IV. 1.2) Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału: *„Przewidywana liczba wykonawców: 7. Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: 1. Zamawiający zaprosi do składania ofert maksymalnie 7 Wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu. 2. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy złożyli Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu nie przekroczy 7, Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. 3. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 7, Zamawiający zaprosi do składania ofert 7 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów w kryterium doświadczenie. 4. Ocena spełnienia niniejszego kryterium wyboru zostanie dokonana na podstawie: a. wypełnionego Załącznika nr 6 do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykaz usług - ocena punktowa, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie lub wykonywanie usług, według przedstawionej zasady 2 pkt - za każdą należycie wykonaną usługę wskazaną przez Wykonawcę do oceny punktowej, odpowiadającą przedmiotowi zamówienia przez co należy rozumieć: wykonanie lub wykonywanie usług wdrożenia i utrzymania systemu teleinformatycznego udostępnionego w sieci Internet przy czym każda usługa trwała co najmniej 1 rok, składała się z minimum 5 instancji serwerów wirtualnych*

oraz obsługiwała co najmniej 200 000 wizyt miesięcznie. Maksymalnie Wykonawca może otrzymać w 20 punktów w powyższym kryterium, b. wypełnionego Załącznika nr 6 do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykaz usług - ocena punktowa, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie lub wykonywanie usług, według przedstawionej zasady 1 pkt - za każdą należycie wykonaną usługę wskazaną przez Wykonawcę do oceny punktowej, odpowiadającą przedmiotowi umowy: i. wykonania usługi implementacji systemu teleinformatycznego udostępnionego w sieci Internet o wartości 150 000 PLN brutto każda, z wykorzystaniem technologii: Python/Django lub C#/APS.NET oraz MS SQL Server lub JavaEE. ii. wykonania usługi implementacji aplikacji mobilnej o wartości 50 000 PLN brutto dla co najmniej jednej z platform: Android lub Apple iOS lub Windows Phone. Wykonawca maksymalnie może otrzymać 10 punktów powyższym kryterium 5. Do wykazu usług - ocena punktowa należy załączyć dowody potwierdzające należyte wykonanie lub wykonywanie usług w nim ujętych. 6. Wykonawca w kryterium wyboru „doświadczenie w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia” może wskazać wyłącznie usługi wykonane przez siebie. 7. Zamawiający informuje, iż usługi wskazane przez Wykonawcę do oceny punktowej (Załącznik nr 6), muszą być innymi usługami, niż te wskazane w celu spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (Załącznik nr 4) - nie mogą się powtarzać. 8. Dodatkowe usługi wskazane w wykazie usług - ocena punktowa stanowiący załącznik nr 6 i 7 do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wskazane przez Wykonawcę nie mogą być uzupełnione lub zmienione, po terminie składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca nie może również uzupełnić dowodów potwierdzających należyte wykonanie lub wykonywanie usług podanych ocenie punktowej. 9. W przypadku gdy Wykonawca do Wniosku nie załączy Załącznika nr 6 do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - Wykaz usług - ocena punktowa, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie lub wykonywanie usług, Zamawiający przyzna Wykonawcy 0 punktów. 10. W przypadku gdy dwóch lub więcej Wykonawców otrzyma taką samą liczbę punktów obliczonych na podstawie powyższych kryteriów, Zamawiający dokona zsumowania wartości 5 największych co do wartości usług dotyczących utrzymania systemów teleinformatycznych ujętych w złożonych przez Wykonawców Wykazach usług -ocena punktowa. O kolejności Wykonawców będzie decydowała większa suma kwot wykonanych lub wykonywanych usług.”

Następnie wskazując na stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie, jak i wynikający informacji o dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny kryterium wyboru z 24.08.2016 r.

Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania zarzutów.

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

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego – art. 51 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia wykonawcy Konsorcjum Fujitsu do złożenia oferty; art. 51 ust. 2 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy Konsorcjum Fujitsu z postępowania; jak i art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp poprzez niezaproszenie Konsorcjum Fujitsu do złożenia oferty, choć wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, Izba uwzględniła – uzasadnienie poniżej.

Z uwagi na charakter zarzutów i okoliczności wynikające ze stanu faktycznego, Izba odniesie się do wskazanych zarzutów łącznie.

W przedmiotowym stanie faktycznym kluczowa kwestią jest ocena treści ogłoszenia – Sekcji IV - w kontekście wniosku Odwołującego.

W tym zakresie, Izba podnosi, że z jednej strony Zamawiający określił, że - zaprosi do składania ofert maksymalnie 7 Wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu – czyli maksymalnie (a więc równie dobrze mniej), z drugiej stwierdził, że gdy ich liczba - będzie większa niż 7, Zamawiający zaprosi do składania ofert 7 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów w kryterium doświadczenie.

Z kolei z jednej strony stwierdził, że - Ocena spełnienia niniejszego kryterium wyboru zostanie dokonana na podstawie: a. wypełnionego Załącznika nr 6 do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykaz usług - ocena punktowa – czyli wypełnionego Załącznika nr 6 do Wniosku, z drugiej jego nie załączenie będzie i tak skutkowało sklasyfikowaniem złożonego wniosku i przyznaniem Wykonawcy 0 punktów - W przypadku gdy Wykonawca do Wniosku nie załączy Załącznika nr 6 (...), Zamawiający przyzna Wykonawcy 0 punktów. Ten skutek, czyli sklasyfikowanie w rankingu, w ocenie Izby, rodzi określone konsekwencje.

Niewątpliwie Zamawiający określił tok postępowania na wypadek zaistnienia określonej sytuacji - W przypadku gdy dwóch lub więcej Wykonawców otrzyma taką samą liczbę punktów - jednakże nie określił toku działania w zakresie sytuacji w której znalazł się Odwołujący.

Izba zmuszona jest niniejszy brak, jak i inne przywołane wyżej sprzeczności treści ogłoszenia rozstrzygnąć na korzyść Odwołującego, który złożył środek ochrony prawnej. Tym bardziej, że Odwołujący został sklasyfikowany w rankingu, a brak jest jakiegokolwiek treści ogłoszenia, która regulowałaby tak negatywny skutek dla Wykonawcy, czyli określałaby, że uzyskanie 0 punktów w kryterium selekcji doświadczenie będzie powodowało nie zaproszenie podmiotu do drugiego etapu mimo, że spełnia dany podmiot warunki udziału w postępowaniu.

Z tej przyczyny zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, wszelkie niejasności należy interpretować na korzyść Wykonawców, w tym wypadku Odwołującego. Tak też w wyroku KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: "Izba za orzecnictwem wskazuje,

*czego nie dostrzegł Zamawiający, że wszelkie niejasności w postanowieniach SIWZ działają każdorazowo na korzyść Wykonawców. W konsekwencji, Izba nie może przejść do porządku dziennego nad zaistniałą sytuacją. (...)*". Jak i w wyroku KIO z 18.06.2015 r., sygn. akt: KIO 1148/15: *"Ponadto - co zostało już potwierdzone w orzecznictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na potwierdzenie się wskazanych wyżej zarzutów, zarzut zaniechania zastosowania przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jako alternatywny stał się bezprzedmiotowy.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....