

Sygn. akt: KIO/1679/11

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 sierpnia 2011 r. przez IT Expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa

przy udziale wykonawcy Commcord Sp. z o.o., ul. Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża IT Expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez IT Expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Rozszerzenie licencji na oprogramowanie do wirtualizacji serwerów i stacji roboczych dla Centrali i Oddziałów Zakładu wraz z trzyletnim wsparciem producenta*”.

IT Expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 5 sierpnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym zaniechanie wezwania wykonawców: Commcord Sp. z o.o., B3 System S. A., Storage Solution s.c. jak również Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 2) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Commcord, B3, Storage spełniają warunki udziału w postępowaniu, pomimo tego, że ci wykonawcy nie udowodnili Zamawiającemu, do czego byli zobowiązani, że będą dysponować zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Commcord, B3, Storage oraz Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów wymaganych w postępowaniu;
- 4) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Commcord, B3, Storage oraz Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez nich oświadczeń lub dokumentów; a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Commcord jako najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności oceny i przyznania punktacji ofertom B3, Storage oraz Odwołującego,
- 2) wezwania Commcord, B3, Storage oraz Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów wskazanych w uzasadnieniu;

- 3) wezwania Commcord, B3, Storage oraz Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez nich dokumentów wskazanych w uzasadnieniu;
- 4) dokonanie czynności ponownej oceny ofert,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b ustawy wskazał, że zgodnie z rozdziałem II pkt I. Przedmiot zamówienia - pkt 1., pkt 2 ppkt 1) i ppkt 2: - przedmiotem zamówienia jest rozszerzenie licencji na oprogramowanie do wirtualizacji serwerów i stacji roboczych dla Centrali i Oddziałów Zakładu wraz z trzyletnim wsparciem producenta. W zakres przedmiotu zamówienia wchodziły: nabycie licencji VMware lub równoważne wraz z 3-letnim wsparciem producenta oprogramowania (...); usługi wdrożenia zaoferowanego oprogramowania, polegające na: a) wykonaniu projektu wdrożenia, wdrożeniu i konfiguracji środowiska do wirtualizacji serwerów w Centrali oraz 42 Oddziałach Zakładu na terenie całego kraju, b) wykonaniu projektu wdrożenia, wdrożeniu i konfiguracji środowiska do wirtualizacji stacji roboczych w Centrali oraz 3 wyznaczonych Oddziałach Zakładu na terenie całego kraju. Według Odwołującego wszystkie rodzaje oferowanego oprogramowania miały być objęte trzyletnim wsparciem świadczonym na wszystkich trzech poziomach przez producenta oprogramowania na zlecenie wykonawcy, który odpowiada za te działania jak za własne. Również zgodnie z wzorem umowy stanowiącej Załącznik Nr 3 do SIWZ - § 2 Termin wykonania i realizacji umowy ust. 4 „Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć licencje, w ramach wynagrodzenia o którym mowa w §3, wraz z trzyletnim wsparciem świadczonym na wszystkich trzech poziomach przez producenta oprogramowania, określonym w §4 umowy.” Ponadto zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ pkt -1. Warunki udziału w postępowaniu „1. O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) (...) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; ponadto wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Dodatkowo zgodnie z rozdziałem IV SIWZ pkt III 1. Wykonawca składa wraz z ofertą następujące dokumenty i oświadczenia: 1.1. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu: 1) oświadczenie potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, sporządzone wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej Specyfikacji; 2) pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - dotyczy sytuacji

opisanych w Rozdziale IV podrozdział I ust. 3." Ponadto zgodnie z postanowieniami Załącznika Nr 1 do SIWZ pkt 1. Ppkt 1.2 Usługi wdrożenia muszą być wykonane w ramach programu Professional Services Organisation w łącznym wymiarze 3000 punktów PSO lub w przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego zastosowanie równoważnego programu producenta zaoferowanego oprogramowania. Według Odwołującego z tego zapisu wynika, że usługi wdrożeniowe mogą zostać wykonane wyłącznie przez podmioty posiadające potencjał techniczny i osobowy tj. producentów oferowanego oprogramowania i nie mogą zostać wykonane przez żaden inny podmiot. Odwołujący zaznaczył, że wszystkie licencje muszą umożliwiać uruchomienie na serwerze do zarządzania całym środowiskiem, ponadto licencje muszą być dostarczone wraz z trzyletnim wsparciem, świadczonym na wszystkich trzech poziomach przez producenta oprogramowania na zlecenie wykonawcy, który odpowiada za te działania jak za własne, co oznacza według Odwołującego m.in., że: (...) Wykonawca udzieli Zamawiającemu prawo do wykorzystania oraz dostęp do obecnych, wersji oprogramowania, service pack'ów, nowych wersji, uaktualnień i poprawek do oprogramowania. W opinii Odwołującego w rezultacie, z powołanych postanowień SIWZ wynika, że: a) Zamawiający wymagał zapewnienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu usług producenta oprogramowania; b) usługi wdrożenia muszą być wykonane w ramach programu Professional Services Organisation w łącznym wymiarze 3000 punktów PSO lub przez producenta równoważnego oprogramowania, tj. w obu przypadkach usługi wdrożenia muszą być wykonane przez podmiot dysponujący odpowiednimi zasobami, tj. przez producenta oprogramowania, c) Usługi producenta oprogramowania mają być świadczone na wszystkich trzech poziomach wsparcia; d) Z powyższego wynika, że nie można wykonać przedmiotu zamówienia wyłącznie zasobami wykonawców biorących udział w postępowaniu, ze względu na prawa wyłączne producentów oprogramowania, z czego wynika, że niezbędny jest udział producenta oprogramowania w wykonaniu zamówienia, a udział ten powinien zostać zapewniony przez oświadczenie producenta o udostępnieniu zasobów; e) Odwołujący stwierdził po analizie złożonych ofert w postępowaniu, że żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie wykazał spełnienia warunków udziału, co jest skutkiem czynności i zaniechań Zamawiającego; ww. warunki mogą zostać wykazane, ale dopiero po uwzględnieniu odwołania Odwołującego. Ponadto według Odwołującego Commcord w ofercie z dnia 23 maja 2011 r., poprawionej przez Zamawiającego w dniu 26 lipca 2011 r. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy zaoferował nabycie następujących licencji:

Nabycie licencji VMware lub równoważne wraz z 3-letnim wsparciem producenta oprogramowania: a) VMware vSphere Enterprise Plus z Cisco Nexus - dla 50 sztuk procesorów, - tj. produkt firmy VMware - przypis Odwołującego; b) HP VMware vSphere Enterprise Plus - dla 155 sztuk procesorów, - tj. „produkt” Hewlett Packard (tj. produkt, do

którego prawa własności intelektualnej przysługują firmie VMware, ale który jest sprzedawany za pośrednictwem Hewlett-Packard, jednakże nie uprawnia do korzystania z usług VMware w pełnym zakresie; c) HP VMware View Premier - dla 300 sztuk wirtualnych stacji roboczych. - tj. "produkt" Hewlett Packard (tj. produkt, do którego prawa własności intelektualnej przysługują firmie VMware, ale który jest sprzedawany za pośrednictwem Hewlett-Packard, jednakże nie uprawnia do korzystania z usług VMware w pełnym zakresie. Jednakże jak zauważył Odwołujący, wykonawca Commcord dostarczył do Zamawiającego wyłącznie oświadczenie Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 23 maja 2011 r. o udostępnieniu zasobów (potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia) dotyczącego wyłącznie produktów firmy Hewlett Packard. Odwołujący wskazał, że VMware dysponuje prawami własności intelektualnej do swoich produktów i to VMware ma decydujące prawo do decydowania o tym, jakie usługi mogą wykonać inne podmioty, w tym Hewlett-Packard. Według Odwołującego VMware nie zezwala Hewlett-Packard na świadczenie usług trzeciej linii wsparcia do produktów VMware. Odwołujący wskazał, że VMware prowadzi sprzedaż swoich produktów (oprogramowanie, usługi) na dwa sposoby: a) w kanale OEM-co oznacza, że: VMware sprzedaje swoje własne produkty za pośrednictwem innych firm, m. in. Hewlett-Packard, IBM, Dell, itp-); w ramach sprzedaży produktów VMware w tym kanale, VMware zezwala innym podmiotom, w tym Hewlett-Packard na świadczenie usług pierwszej i drugiej linii wsparcia, natomiast nie zezwala innym podmiotom, w tym Hewlett-Packard na świadczenie usług trzeciej linii wsparcia; jest to uzasadnione' polityką VMware, ponieważ świadczenie usług trzeciej linii wsparcia jest związane ze znaczną ingerencją programistyczną w oprogramowanie VMware; b) natomiast w bezpośrednim kanale sprzedaży VMware sprzedaje własne produkty: bez pośrednictwa innych podmiotów- tj.: bez jakiegokolwiek udziału Hewlett Packard; VMware świadczy samodzielnie usługi wszystkich trzech linii wsparcia do oprogramowania VMware; W rezultacie, z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że: a) Odnośnie HP VMware vSphere Enterprise Plus - dla 155 sztuk procesorów oraz HP VMware View Premier - dla 300 sztuk wirtualnych stacji roboczych - Hewlett-Packard jest uprawniona do świadczenia usług na pierwszej i drugiej linii wsparcia, tj. Hewlett-Packard nie ma uprawnienia do świadczenia usług na trzeciej linii wsparcia do produktów VMware, które może świadczyć wyłącznie VMware: b) udostępnienie zasobów Hewlett Packard dla Commcord z dnia 23 maja 2011 r. nie obejmuje w ogóle produktu VMware vSphere Enterprise Plus z Cisco Nexus - dla 50 sztuk procesorów, ponieważ zgodnie z ofertą Commcord jest on sprzedawany w bezpośrednim kanale sprzedaży VMware - w rezultacie usługi wdrożenia i usługi trzyletniego wsparcia na wszystkich trzech poziomach do tego produktu mogą być świadczone wyłącznie przez firmę VMware i Hewlett Packard nie może świadczyć samodzielnie ww. usług, ponieważ nie ma na to zezwolenia VMware; c) w rezultacie, Commcord nie wykazał (nie udowodnił), że spełnia

warunki określone w SIWZ dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w ww. zakresie, do czego był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 2b. ustawy: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.. Commcord nie wskazała w załączniku nr 4 do oferty, że może dysponować zasobami VMware oraz nie załączyła oświadczenia VMware o udostępnienia zasobów. Według Odwołującego Zamawiający ma obowiązek wezwać Commcord do złożenia wyjaśnień oraz do złożenia dokumentów lub oświadczeń w ww. zakresie, co wynika z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. W rezultacie w opinii Odwołującego, Zamawiający naruszył w art. 7 ust. 1 ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także art. 91 ust. 1 ustawy, ponieważ wybrał ofertę Commcord, pomimo że Commcord nie wykazała, że może polegać na zasobach VMware w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto według Odwołującego B3 przedstawiła ofertę podobną do oferty Commcord: a) dla 50 sztuk procesorów-zaoferowała produkt VMware; b) dla 155 sztuk procesorów - zaoferowała produkt firmy - tj. „produkt” Hewlett Packard (tj. produkt, do którego prawa własności intelektualnej przysługują VMware, ale który jest sprzedawany za pośrednictwem Hewlett-Packard, jednakże nie uprawnia do korzystania z usług VMware w pełnym zakresie, c) dla 300 sztuk wirtualnych stacji roboczych - „produkt” Hewlett Packard (tj. produkt, do którego prawa własności intelektualnej przysługują VMware, ale który jest sprzedawany za pośrednictwem Hewlett-Packard, jednakże nie uprawnia do korzystania z usług VMware w pełnym zakresie. Zdaniem Odwołującego B3 nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie dysponuje warunkami dotyczącymi posiadania wiedzy i doświadczenia oraz nie spełnia warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. B3 nie złożyła w postępowaniu żadnego oświadczenia o udostępnieniu zasobów pochodzącej od osoby trzeciej: Według Odwołującego brakuje oświadczenia zarówno VMware jak i Hewlett-Packard. W opinii odwołującego B3 nie wskazała w załączniku nr 4 do oferty, że może dysponować zasobami VMware i Hewlett-Packard oraz nie załączyła oświadczenia VMware i Hewlett-Packard o udostępnieniu zasobów. Zamawiający ma obowiązek wezwać B3 do złożenia wyjaśnień oraz do złożenia dokumentów lub oświadczeń w ww. zakresie, co wynika z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. W

rezultacie w ocenie Odwołującego, B3 nie wykazała, nie udowodniła, że spełnia warunki określone w SIWZ dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w ww. zakresie, do czego była zobowiązana na podstawie art. 26 ust. 2b. ustawy. Zatem w opinii Odwołującego argumenty i zarzuty powołane przez Odwołującego w części odwołania dotyczącej Commcord mają w pełni zastosowanie do oferty B3. Co do oferty w ocenie Odwołującego Storage przedstawiła ofertę podobną do oferty Odwołującego, tj. zaoferowała:

- a) dla 50 sztuk procesorów - zaoferowała produkt firmy VMware;
- b) dla 155 sztuk procesorów - zaoferowała produkt firmy VMware;
- c) dla 300 sztuk wirtualnych stacji roboczych - zaoferowała produkt firmy VMware;

Zatem według Odwołującego Storage nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie dysponuje warunkami dotyczącymi posiadania wiedzy i doświadczenia, a także nie wykazała warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ponadto, Storage nie złożyła w postępowaniu żadnego oświadczenia o udostępnieniu zasobów pochodzącej od osoby trzeciej: brakuje oświadczenia VMware. Storage nie wskazała w załączniku nr 4 do oferty, że może dysponować zasobami VMware oraz nie załączyła oświadczenia VMware udostępnieniu zasobów. W ocenie Odwołującego Zamawiający ma obowiązek wezwać Storage do złożenia wyjaśnień oraz do złożenia dokumentów lub oświadczeń w ww. zakresie, co wynika z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. W rezultacie w ocenie Odwołującego, Storage nie wykazała, nie udowodniła, że spełnia warunki określone w SIWZ dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w ww. zakresie, do czego był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 2b. ustawy. W opinii Odwołującego argumenty i zarzuty powołane przez Odwołującego w części odwołania dotyczącej Commcord mają w pełni zastosowanie do oferty Storage. Pomimo faktu, że Zamawiający wymagał w SIWZ zapewnienia świadczenia usług przez producenta oprogramowania, to Zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców: Commcord, B3, Storage oraz Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów oraz do udzielenia wyjaśnień, do czego według Odwołującego był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy. Zamawiający w Załączniku nr 4 do SIWZ wymagał „załączenia pisemnego zobowiązania innych podmiotów (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy) do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia: 1 2. 3 *wypełnia Wykonawca, którego dotyczy określona sytuacja". Według Odwołującego pomimo, że powyższe postanowienia SIWZ są pozornie fakultatywne, to z samej istoty przedmiotu zamówienia wynika, że aby wykonać zamówienie musiały być zaangażowane osoby dysponujące odpowiednim potencjałem, tj. VMware oraz ewentualnie Hewlett-Packard w zakresie pierwszej i drugiej linii wsparcia lub innego równoważnego producenta. Oznacza, to

że przedmiotu zamówienia nie da się obiektywnie wykonać bez udziału podmiotów trzecich. W ocenie Odwołującego Commcord nie wykazał w 100%, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (brak zobowiązania do udostępnienia zasobów od VMware). B3 oraz Storage w ogóle nie w ogóle nie załączyły oświadczeń o udostępnieniu zasobów producenta oprogramowania. Zatem według Odwołującego Zamawiający nie może mieć pewności, że zamówienie zostanie wykonane, ze względu na fakt, że żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie przedstawił wszystkich wymaganych oświadczeń producenta oprogramowania, w szczególności VMware (ewentualnie także Hewlett-Packard, gdy ma to zastosowanie). Zamawiający powinien tak długo prowadzić postępowanie uzupełniające w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dotyczące dokumentów lub oświadczeń, które nie zostały złożone, a powinny być złożone oraz postępowanie wyjaśniające dotyczące treści złożonych dokumentów bądź też oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy, aż będzie w stanie bez żadnych wątpliwości stwierdzić i prawidłowo ocenić złożone dokumenty bez szkody dla wykonawcy, który podlega takiemu badaniu bądź ocenie.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Commcord Sp. z o.o., ul. Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów (zwany dalej: „Przystępującym”).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezrozumiałym jednak dla Izby było kwestionowanie przez Odwołującego własnej oferty (i dokumentów do niej załączonych) oraz konieczności wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów. Izba nie dopatrzyła się aby zaniechanie dokonania czynności przez Zamawiającego (zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów) wypełniały w niniejszym stanie faktycznym dyspozycję art. 179 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 8 sierpnia 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2011 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Commcord Sp. z o.o., ul. Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Commcord Sp. z o.o., ul. Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Spór pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym osadza się w twierdzeniu Odwołującego, że w świetle postanowień SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczeń producenta (HP oraz VMware) i powyższe oświadczenia – jak twierdzi Odwołujący - należało złożyć na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając spór w niniejszej sprawie wzięła pod rozwagę następujące argumenty:

W pierwszej kolejności Izba zauważyła, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o czym świadczy zapis rozdziału IV SIWZ pkt -1. Warunki udziału w postępowaniu „1. O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ponadto zgodnie z pkt 3 SIWZ (Rozdział IV SIWZ) - wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Dodatkowo zgodnie z rozdziałem IV SIWZ pkt III 1. Wykonawca składa wraz z ofertą następujące dokumenty i oświadczenia: 1.1. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu: 1) oświadczenie potwierdzające spełnianie

przez wykonawcę warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, sporządzone wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej Specyfikacji; 2) pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - dotyczy sytuacji opisanych w Rozdziale IV podrozdział I ust. 3.

Izba ustaliła, że wykonawca B3 System S. A., Storage Solution s.c. oraz Odwołujący w swojej ofercie oświadczyli, że spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie powołując się na pisemne zobowiązanie innych podmiotów w tym zakresie.

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca Commcord Sp. z o.o. w swojej ofercie wskazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w załączeniu przedłożył pisemne zobowiązanie HP Polska Sp. z o.o.

Izba zauważa, że zgodnie z obecną treścią art. 22 ustawy Pzp o kształcie warunków udziału w postępowaniu decyduje Zamawiający poprzez opis sposobu dokonywania ich oceny. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków ma na celu wypełnić konkretną treścią warunki wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. To Zamawiający w oparciu o zasady wynikające z ustawy Pzp ustala, jakie warunki podmiotowe, włączając w to warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, powinien spełniać wykonawca. Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania opisu wszystkich warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp przewidujący, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. O ile taki opis jest dokonywany przez Zamawiającego, ma obowiązek go zamieścić już w ogłoszeniu o zamówieniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś owy opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niczym innym jak konkretyzacją warunków wskazanych w art. 22 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym Izba ustaliła, że przy takim brzmieniu specyfikacji (co potwierdził również Zamawiający w swoim stanowisku z dnia 17 sierpnia 2011 r.) nie dokonano opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający potwierdził, iż *„nie skonkretyzował warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia i porzekał na wymaganiu złożenia wraz z ofertą dokumentów formalnoprawnych, oświadczenia o spełnieniu warunków z art. 22 ust. 1 ustawy oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania”*.

Dodatkowo z zapisów SIWZ jasno wynikało, że wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia i złożenie oświadczenia w powyższym zakresie Zamawiający pozostawił wykonawcom do własnego uznania, o czym świadczy zapis rozdziału IV SIWZ pkt III, gdzie wykonawcy mieli złożyć pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, w przypadku zaistnienia sytuacji przewidzianej w rozdziale IV pkt I. 3 (t.j. w przypadku powołania się przez wykonawcę na doświadczenie i potencjał podmiotu trzeciego).

Ponadto Zamawiający wskazał, że w świetle zapisów SIWZ dokument - oświadczenie producenta - nie był wymagany, zarówno jako dokument podmiotowy jak i dokument przedmiotowy, jedynie w formularzu cenowym w kolumnie nazwa oferowanego produktu, model producent - wykonawcy mieli wskazać producenta oprogramowania (oferowanego produktu).

Zatem w świetle powyższego trudno zgodzić się z twierdzeniem, że Przystępujący jak również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinni zostać wezwani o uzupełnienie brakujących dokumentów, t.j. oświadczenia producenta, jako oświadczenia podmiotu trzeciego z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Zdaniem Izby twierdzenia Odwołującego są zbyt daleko idące, i sprowadzają się do wnioskowania, że z opisu przedmiotu zamówienia wnioskować należało, że wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczenia z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że to Zamawiający doprecyzowuje warunki udziału poprzez opis sposobu oceny ich spełniania, a w przypadku dokonania konkretyzacji tych warunków, wykonawcy zobowiązani są do wykazania ich spełnienia w postępowaniu samodzielnie czy też podejmując decyzję o powołaniu się na potencjał podmiotu trzeciego (np. w przypadku braku możliwości wykazania się własnym doświadczeniem, potencjałem technicznym, czy też osobami zdolnymi do wykonania zamówienia).

Powyższe potwierdza treść art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zatem ustawodawca, w celu udowodnienia Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, - ale wyłącznie w przypadku korzystania z podmiotów

trzecich przez wykonawcę - przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemnego zobowiązania.

W konsekwencji powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich jest uprawnieniem wykonawcy, przy czym skorzystanie z tego uprawnienia łączy się z obowiązkiem udowodnienia, iż takim potencjałem będzie on dysponował. Jednak obowiązek wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem podmiotów trzecich dotyczy tylko tych warunków, których wykazanie spełnienia jest wymagane od wykonawców, a więc co do zasady warunków, które są opisane przez Zamawiającego i dla których żąda on złożenia stosownych dokumentów (t.j. warunków dla których Zamawiający dokonał konkretyzacji poprzez opis sposobu oceny ich spełnienia w niniejszym postępowaniu).

Sposób weryfikacji warunku przedstawiony przez Odwołującego (który de facto nie został przez Zamawiającego skonkretyzowany w niniejszym postępowaniu) sprowadza się do uznania, że takowe oświadczenie – oświadczenie producenta - było wymagane i każdy z wykonawców zobowiązany był do jego przedłożenia, co w świetle przytoczonej argumentacji nie ma odzwierciedlenia w treści SIWZ. Skoro zamiarem Zamawiającego nie było weryfikowanie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, na co wskazują postanowienia SIWZ oraz oświadczenie Zamawiającego złożone podczas rozprawy należy uznać, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie uważał za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania przedmiotowego zamówienia dokonanie opisu sposobu oceny spełnienia tego warunku, nie żądając jednocześnie konkretnych dokumentów na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku. Zatem nie możliwym było zweryfikowanie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wobec braku jego konkretyzacji. Tym samym w konsekwencji nie można stwierdzić, że Przystępujący (jak i inni wykonawcy) nie wykazali spełnienia warunków udziału, skoro takowe warunki nie zostały przez Zamawiającego skonkretyzowane.

Izba zauważa, że wymagania Zamawiającego co do postawionych warunków powinny być jasno określone w SIWZ, a Zamawiający powinien oceniać wymagania wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w specyfikacji. Inne zachowanie Zamawiającego, opierającego ocenę o domniemane wymagania prowadzić może do dowolności w ocenie złożonych ofert a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje

intencje doprowadzić może do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych wskazanymi w treści art. 7 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba zauważa, że nie można mylić warunków udziału w postępowaniu (oraz dokumentów przedkładanych na wykazanie ich spełnienia) – strony podmiotowej z dokumentami przedmiotowymi odnoszącymi się przedmiotu zamówienia, który ma być świadczony przez wykonawcę w przyszłości – t.j. strony przedmiotowej. Odwołujący nie powinien mylić, i stosować zamiennie dwóch pojęć, t.j. wykluczenia wykonawcy z odrzuceniem oferty. O tym, że badanie warunków udziału w postępowaniu dotyczy strony podmiotowej świadczy fakt, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, zaś odrzucić można tylko ofertę (przypadki zawarte w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp).

Ponadto Izba zauważa, że Odwołujący postawił zarzuty nie wykazania spełnienia warunków udziału, nie stawiając innych zarzutów a dotyczących chociażby niezgodności oferty z SIWZ, zaś Izba w świetle dyspozycji art. art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu.

Przypomnienia również wymaga, że po dokonaniu badania spełnienia warunków udziału oraz stwierdzeniu, iż oferta nie podlega odrzuceniu Zamawiający bada oferty pod względem postawionych kryteriów oceny ofert i stwierdza, która z nich – świetle kryteriów przyjętych w SIWZ - jest najkorzystniejsza. Zatem wobec przytoczonej argumentacji Odwołującego Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 26 ust. 2b oraz 26 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Reasumując Izba uznała, że argumentacja Odwołującego, iż Przystępujący (jak również analogicznie inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu) nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o czym świadczy brak złożonego oświadczenia producenta (odpowiednio HP oraz VMware – w przypadku oferty Przystępującego) jest nieuprawniona w niniejszym stanie faktycznym i opiera się wyłącznie na twierdzeniach pośrednich.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....