

WYROK

z dnia 22 czerwca.2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11.05.2020 r. przez wykonawcę **T-SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Statystyczny, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **IT Solution Factor Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-472 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy IT Solution Factor Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-472 Warszawa z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert pozostałych w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od zamawiającego Głównego Urzędu Statystycznego, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa na rzecz odwołującego - T-SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław, kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych, tytułem zwrotu kwoty wpisu od odwołania i kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 2019 r. poz. 1843) 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

Główny Urząd Statystyczny, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Wdrożenie uniwersalnej Infrastruktury sprzętowo- systemowej w Centrum Przetwarzania Danych w GUS*, Numer referencyjny: 3/ST/SPIS/PN/2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 028-064840 z dnia 10.02.2020r..

W dniu 30 kwietnia 2020 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę IT Solution Factor Sp. z o.o., ul. Popularna 4/6, 02-472 Warszawa zwanym dalej „przystępującym”. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca T-SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław, dalej zwany „odwołujący” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu :

1. naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy IT Solution Factor,
2. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
2. wykluczenia wykonawcy IT Solution Factor z Postępowania i powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu.

Na wstępie uzasadniania podniesionych zarzutów i żądań podał, że przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SIWZ wdrożenie uniwersalnej infrastruktury sprzętowo-systemowej w Centrum Przetwarzania Danych w GUS w Warszawie, al. Niepodległości 208. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia - specyfika przedmiotu zamówienia polega na wdrożeniu uniwersalnej infrastruktury sprzętowo-systemowej w Centrum Przetwarzania Danych w GUS, która to infrastruktura sprzętowo-systemowa została zakupiona w przetargu 33/ST/SPIS/PN/2019. Wykonawcą dostaw infrastruktury, która ma być przedmiotem wdrożenia był odwołujący. Uwzględniając fakt, że przedmiot aktualnego postępowania dotyczy wdrożenia sprzętu będącego własnością Zamawiającego zakupionego w przetargu nr 33/ST/SPIS/PN/2019 w listopadzie 2019 r.. Zamawiający w

uzasadniony sposób oczekiwał od wybranego wykonawcy, aby ten zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - Zadanie VII, dokonał przejęcia zobowiązań gwarancyjnych dla sprzętu i oprogramowania z umowy 33/ST/SPIS/PN/2019.

Przedmiotem tego postępowania jest bez kosztowe dla Zamawiającego przejęcie zobowiązań gwarancyjnych wykonawcy umowy 33/ST/SPIS/PN/2019, w tym również zobowiązań gwarancyjnych obejmujących wady, które ujawnią się podczas pierwszej instalacji dostarczonych w ramach umowy 33/ST/SPIS/PN/2019 urządzeń i oprogramowania oraz na dalszych etapach ich eksploatacji, na warunkach określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz w umowie.

Zgodnie z pkt 7.1. SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1) *wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie, polegające na wdrożeniu sprzętu informatycznego serwerowo-macierzowego oraz oprogramowania wirtualizacyjnego Vmware w tym środowisku, w ramach jednej umowy, o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto.*

Zamawiający dopuszcza, aby dla potwierdzenia spełnienia w w. warunku Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie, polegające na dostawie i wdrożeniu sprzętu informatycznego serwerowo-macierzowego oraz oprogramowania wirtualizacyjnego Vmware w tym środowisku, w ramach jednej umowy, z zastrzeżeniem, że wartość wdrożenia była nie mniejsza niż 300.000,00 zł brutto.

2) *posiadają certyfikat uprawniający do instalacji sprzętu firmy HPE zgodnie z zaleceniem producenta.*

Zamawiający udostępnił wykonawcom w postępowaniu Załącznik nr 5 do SIWZ - Instrukcja wypełniania JEDZ.

Podkreślił, że wykonawcy wobec niezbyt precyzyjnego sformułowania ww. warunku wskazanego w pkt 2 wystąpili do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie tej kwestii i zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 62 podał, że „*Zamawiający dopuści każdy certyfikat uprawniający do instalacji sprzętu firmy HPE przeznaczonego do wdrożenia w tym postępowaniu, który nie będzie powodował utraty gwarancji producenta urządzeń. Zamawiający będzie weryfikował spełnienie powyższego warunku bezpośrednio u producenta urządzeń*”. Podkreślił, że w trakcie postępowania zamawiający nie zrezygnował z warunku udziału a jedynie wskazał, że zaakceptuje każdy certyfikat pod warunkiem, że nie będzie on powodował utraty gwarancji producenta urządzeń.

Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 62 pomimo alternatywnej sugestii wykonawcy zadającego pytanie, o usunięcie warunku posiadania certyfikatu, podtrzymał w całości wymóg. Tym samym zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że warunek udziału był adresowany bezpośrednio wobec wykonawcy, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający nie dopuszczał żadnej alternatywy w zakresie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że zamawiający w treści odpowiedzi na pytanie 62 wskazał na przewidziany sposób weryfikacji prawidłowości certyfikatów posiadanych przez wykonawców - bezpośrednio u producenta urządzeń. Gdyby IT Solution Factor uznawał nadal, że warunek jest niejasny czy budzący wątpliwości, powinien był wezwać zamawiającego do ustalenia co warunek obejmuje na etapie przed składaniem ofert.

W ocenie odwołującego treść warunku udziału w jego ostatecznym i obowiązującym w postępowaniu brzmieniu jest jednoznaczna i nie powinna budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Podkreślił, że na etapie po złożeniu ofert w przetargu dokonywana jest wyłącznie ocena spełnienia warunku udziału w kształcie sformułowanym w SIWZ za pomocą wykładni gramatycznej, tj. z uwzględnieniem potocznego znaczenia słów użytych do opisu warunku. W szczególności nie ma mowy o dokonywaniu na tym etapie oceny intencji zamawiającego jakimi kierował się kształtując brzmienie warunku. Zamawiający zgodnie z zapowiedzią w odpowiedzi na pytanie nr 62 do SIWZ, pismem z dnia 1.04.2020 r. zwrócił SIĘ do Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. o udzielenie informacji, które z wymienionych w piśmie a przedstawionych przez Wykonawców certyfikaty są wystarczające i uprawniające do instalacji, zakupionego przez Urząd w listopadzie 2019 r. sprzętu firmy HPE, zgodnie z zaleceniem producenta i nie będą powodowały utraty gwarancji producenta urządzeń. Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. pismem z dnia 2.04.br wskazał, że żaden z wymienionych w piśmie certyfikatów nie jest wystarczającym sam w sobie żeby Hewlett Packard Enterprise poniósł odpowiedzialność za wymienione usługi instalacji sprzętu HPE oraz, żeby nie nastąpiło ograniczenie w realizacji gwarancji przez Hewlett Packard Enterprise wynikające z niewłaściwego wykonania tych usług. Uwzględniając powyższe stanowisko producenta HPE - zamawiający w dniu 8.04.2020 r. wezwał wszystkich wykonawców w trybie art. 87 ust 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie posiadanego certyfikatu uprawniającego do instalacji sprzętu firmy HPE zgodnie z zaleceniem producenta. Zamawiający przywołał w wezwaniu stanowisko HPE wskazując na wymóg posiadania przez Wdrażającego Wykonawcę aktualnego certyfikatu „HPE Partner Ready \$ervices Delivery”, w ramach którego Wykonawca legitymować się będzie wskazanymi przez producenta w piśmie kompetencjami. Wykonawca IT Solution Factor w piśmie z dnia 9.04.2020r. pomimo konkretnego wezwania zamawiającego do potwierdzenia posiadania wskazanego przez producenta certyfikatu, który warunkuje realizację zamówienia zgodnie z SIWZ stwierdził wprost, że nie posiada certyfikatów wymienionych w ppkt a).

W ppkt a) pisma IT Solution Factor przywołany był certyfikat wraz z kompetencjami na które wskazywał HPE w piśmie do Zamawiającego, a które w ocenie Producenta, warunkują realizację zamówienia zgodnie z SIWZ czyli certyfikat HPE Partner Ready Services Delivery wraz z koniecznymi kompetencjami, W ten sposób, wykonawca IT Solution Factor przyznał wprost, że nie spełnia stawianych wymagań posiadania certyfikatu i inżynierów z odpowiednimi kompetencjami. Powyższe winno w ocenie odwołującego w sposób automatyczny i definitywny powodować wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Jednocześnie IT Solution Factor przedstawił własną, niezgodną z jednoznacznym stanowiskiem producenta, koncepcję realizacji zamówienia. Wykonawca wskazał w piśmie, że zamiast wymaganego przez Producenta certyfikatu HPE Partner Ready Service\$ Delivery z koniecznymi kompetencjami, posiada aktualny certyfikat „HPE Partner Ready Solution Provider”. W postępowaniu zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę takiego certyfikatu który uprawnia wykonawcę do wykonywania konkretnych czynności w ramach realizacji przedmiotu zamówienia bez utraty uprawnień gwarancyjnych producenta. Certyfikat taki jest dowodem na posiadanie przez partnera odpowiednich kompetencji technicznych w dokonywaniu czynności instalacyjnych sprzętu HPE a nie dla kompetencji pośrednictwa w sprzedaży usług/rozwiązań HPE.

Reasumując powyższe podał, że jak wynika z przebiegu postępowania oraz wyjaśnień w zakresie wymaganego certyfikatu od producenta oraz wykonawców, jedynym certyfikatem wraz z wymaganymi kompetencjami jaki spełnia warunki udziału w postępowaniu jest certyfikat który posiada i przedstawił odwołujący. W szczególności nie spełnia wymagania SIWZ certyfikat jakim legitymuje się w postępowaniu wykonawca IT Solution Factor, gdyż jest to certyfikat sprzedażowy, co oznacza konieczność dokonania czynności wykluczenia go z postępowania analogicznie jak to uczynił zamawiający w przypadku wykonawcy Engave.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, jako niezasadnego. Podał, że uwzględniając fakt, iż przedmiot aktualnego postępowania dotyczy wdrożenia sprzętu będącego własnością zamawiającego zakupionego w przetargu 33/ST/SPIS/PN/2019 w listopadzie 2019 r., zamawiający oczekiwał od wykonawców zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - Zadanie VII - Przejęcia zobowiązań gwarancyjnych dla sprzętu i oprogramowania z umowy 33/ST/SPIS/PN/2019. Mając na uwadze fakt, że przedmiot zamówienia może zostać wykonany przez wiele podmiotów i nie stanowi uprawnienia szczególnego dla Wykonawcy zamówienia publicznego realizowanego na podstawie umowy 33/ST/SPIS/PN/2019, zamawiający ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem tego postępowania jest wdrożenie infrastruktury będącej własnością zamawiającego oraz bez kosztowe dla zamawiającego przejęcie zobowiązań gwarancyjnych wykonawcy umowy 33/ST/SPIS/PN/2019, w tym również

zobowiązań gwarancyjnych obejmujących wady, które ujawnią się podczas pierwszej instalacji dostarczonych w ramach umowy 33/ST/SPIS/PN/2019 urządzeń i oprogramowania oraz na dalszych etapach ich eksploatacji, na warunkach określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz w umowie.

W zakresie warunku udziału określonego w pkt 2 zamawiający podał, że warunek ten został przez wyjaśniony co do jego treści w dniu 6 marca 2020 r. w wyjaśnieniach dla Wykonawców. Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 62, że dla spełnienia warunku dopuści każdy certyfikat uprawniający do instalacji sprzętu HPE przeznaczonego do wdrożenia, który nie będzie powodował utraty gwarancji producenta urządzeń. Zamawiający zastrzegł również, że będzie weryfikował spełnienie powyższego warunku bezpośrednio u producenta urządzeń. Zwrócił uwagę, że przez cały czas postępowania wymagał spełnienia tak brzmiącego warunku poprzez posiadanie certyfikatu. Zamawiający określił ten warunek jednoznacznie i ocena ofert została dokonana na jego podstawie i w zakresie postawionego warunku. W związku z powyższy zamawiający w trakcie oceny ofert badał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie ujawnionym w SIWZ nie traktując go rozszerzająco. Mając na względzie konieczność zachowania zasad konkurencyjności w postępowaniu oraz niezasadność zbyt daleko idącego ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający dopuścił jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu posiadanie przez Wykonawcę certyfikatu (bez określania jego konkretnego rodzaju), który nie będzie powodował utraty gwarancji producenta urządzeń.

Dodał, że zamawiający w sposób świadomy określił warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu certyfikatu i tylko w takim zakresie był uprawniony do badania jego spełnienia. Wykonawca T-Systems przedstawił dodatkowo listę zaświadczeń kompetencyjnych własnych inżynierów - będących w opinii Wykonawcy warunkiem możliwości wykonywania usług na podstawie certyfikatu HPE Partner Ready for Services Delivery. Wykonawca T-Systems potraktował tym samym warunek postawiony przez Zamawiającego rozszerzająco i opisał sposób jego spełnienia w sposób wykraczający poza warunek podstawowy (certyfikat) postawiony przez Zamawiającego. Przedstawienie dodatkowo listy zaświadczeń kompetencyjnych inżynierów było własną inicjatywą Wykonawcy T-Systems, które nie wpływało w żaden sposób na uznanie spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego, ale również nie mogło wpłynąć rozszerzająco na sposób oceny spełnienia warunku w stosunku do pozostałych Wykonawców w postępowaniu.

W przypadku wykonawcy Engave Zamawiający zwracał się o wyjaśnienie jaki konkretnie posiada certyfikat partnerski HPE, uprawniający do instalacji sprzętu firmy HPE zgodnie z zaleceniem producenta. W dniu 30.03.br odpowiadając na wezwanie Zamawiającego

Engave przedłożył posiadany certyfikat - Oualifies as a Business HP Partner Ready Solution Proyider for HPE Fiscal Year 2020. który jest faktycznie certyfikatem uprawniającym do dostawy rozwiązań HPE, a nie wdrożenia.

W toku badania ofert zamawiający w dniu 8.04.br. wezwał wszystkich wykonawców w trybie art. 87 ust 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie posiadanego certyfikatu uprawniającego do instalacji sprzętu firmy HPE zgodnie z zaleceniem producenta. Wykonawca IT Solution Factor pismem z dnia 9 kwietnia 2020 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że przedmiotową instalację można wykonać na dwa sposoby:

1. posiadać aktualny certyfikat „HPE Partner Ready Sen/ices Delivery”, w ramach którego Wykonawca legitymować się będzie następującymi kompetencjami:

- dla macierzy z rodziny HPE 3PAR: HPE 3PAR StoreServ Hardware Service and Solution Qualification|SolQ 120,

- dla urządzeń z rodziny HPE StoreOnce 5xxx: HPE StoreOnce 3XXX and 5XXX Service and Solution Qualification SolQ 153,

- dla produktów z rodziny HPE Synergy: HPE Synergy Service & Solution Qualification Sol Q 111,

-dla produktów typu szafa montażowa HPE: HPE Standard ProLiant and Blade Server Service and Solution Qualification SolQ 154 lub HPE Proliant Blade/ML/DL/SL/and Apollo Service and Solution Qualification SolQ_103.

2. posiadać aktualny certyfikat „HPE Partner Ready Solution Provider”, w ramach którego Wykonawca będzie mógł zakupić usługi instalacji powyższego sprzętu wykonane bezpośrednio przez producenta tj. przez Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o. o.

Wykonawca IT Solution Factor wskazał, że nie posiada certyfikatów wymienionych w punkcie 1 powyżej. Wyjaśnił natomiast, że planuje realizację niniejszego zamówienia wykorzystując drugi z wymienionych sposobów, określony w punkcie 2, poprzez wykupienie usług instalacji od autoryzowanego dystrybutora Veracomp S.A., który został wskazany w ofercie f Przystępującego jako podwykonawca. Do pisma został dołączony certyfikat Gold HPE Partner Ready Solution Provider for HPE Fiscal Year 2020, potwierdzający możliwość realizacji zamówienia w powyższy sposób. W ocenie Zamawiającego przedstawiony sposób realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę IT Solution Factor oraz przedstawiony certyfikat spełniają warunek postawiony przez Zamawiającego jako warunek udziału w postępowaniu. W Jedz wykonawca zadeklarował, że certyfikat HPE Partner Ready Services Delivery posiada. Dodatkowo wykonawca potwierdził posiadanie aktualnego certyfikatu HPE Partner Ready Solution Provider oraz podał rozwiązanie realizacji zamówienia poprzez zakup usługi instalacji bezpośrednio u producenta.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, w przedstawionym stanowisku pisemnym oraz

zaprezentowanym na rozprawie poparł stanowisko przedstawione przez zamawiającego i dodatkowo podkreślił, że instalację stanowiącą przedmiot zamówienia można wykonać samodzielnie lub poprzez zakup usługi instalacyjnej u autoryzowanego dystrybutora (w przypadku ITSF u podwykonawcy Veracomp S.A.). W związku z tym, nie ulega wątpliwości, że przystępujący posiada odpowiedni certyfikat producenta, pozwalający wykonać zamówienie tak, aby nie utraciono gwarancji producenta urządzeń. Podkreślił, że w ramach warunku udziału w postępowaniu zamawiający nie wymagał, aby wykonawca posiadał certyfikat uprawniający do samodzielnej instalacji sprzętu firmy HPE zgodnie z zaleceniami producenta. Zamawiający dopuścił bowiem każdy certyfikat, który nie będzie powodował utraty gwarancji u producenta urządzeń. Wobec tego w pełni dopuszczalne jest posługiwanie się przez Przystępującego certyfikatem, umożliwiającym realizację zamówienia poprzez zakup usługi instalacyjnej. Podkreślił, że zamawiający w pkt. 4 SIWZ nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. W związku z tym przystępujący uprawniony jest do powierzenia podwykonawcy wykonania części zamówienia w zakresie instalacji sprzętu producenta HPE. Dodał także, iż obowiązku posiadania certyfikatu uprawniającego do samodzielnej instalacji sprzętu firmy HPE, nie można również wywodzić z treści odpowiedzi producenta HPE z dnia 2.04.2020 r. W odpowiedzi na pismo zamawiającego (w którym Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie czy certyfikaty przedstawione przez wykonawców uprawniają do instalacji sprzętu firmy HPE zgodnie z zaleceniami producenta i nie będą powodowały utraty gwarancji producenta urządzeń), producent wymienił wyłącznie certyfikaty, jakie powinien posiadać wykonawca planujący samodzielnie przeprowadzić objęte postępowaniem instalacje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienia odwołania to jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy przedstawionego w odwołaniu Izba uznała, że w pełni wyczerpuje on zaistniałe w sprawie stany faktyczne i tym samym uznała,

że brak jest podstaw do jego uzupełnienia. Również żaden z uczestników postępowania nie wnosił o uzupełnieniu stanu faktycznego sprawy będącego przedmiotem orzekania przez Izbę. Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania i jest właściwie bezsporny. Odwołujący i zamawiający różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich oceny prawnej.

Wskazać należy, iż osią sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia oceny, czy sposób interpretacji przez zamawiającego pkt 2 warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jest prawidłowy. Przypomnieć należy, że warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przez „warunki udziału w postępowaniu” należy zatem rozumieć warunki odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia. Niewątpliwym jest, że zobowiązaniem do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wykonawca zdefiniowany w przepisie art. 2 pkt 11 Pzp, a nie każdy podmiot, który na jakimś etapie realizacji zaistnieje w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w zakresie spornej pomiędzy stronami kwestii ustalił w pkt 2 wymagań w zakresie zdolności zawodowej, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „posiadają certyfikat uprawniający do instalacji sprzętu firmy HPE zgodnie z zaleceniem producenta”. Celem nadrzędnym postawienia takiego wymagania była kwestia, aby instalacji – wdrożenia posiadanego już przez zamawiającego sprzętu dokonał wykonawca, który poprzez posiadanie odpowiedniego certyfikatu nie spowoduje utraty gwarancji na instalowany sprzęt. Wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego odpowiedź na pytanie 62 nie wprowadziła żadnej zmiany w tym zakresie, lecz doprecyzowane zostało, że zamawiający nie określa jaki to ma być certyfikat gdyż powtórzone zostało, że „Zamawiający dopuści każdy certyfikat uprawniający do instalacji sprzętu firmy HPE przeznaczonego do wdrożenia”. Zarówno warunek w treści wskazanej w SIWZ jak i wyjaśniony w odpowiedzi na pytanie 62 w sposób niezmienny wskazuje, że ma to być certyfikat uprawniający do instalacji sprzętu, a więc nie do „czegokolwiek”, np. zakupu sprzętu, ale do instalacji sprzętu.

Spełnianie warunku podmiotowego wykonawca winien wykazać (również poprzez podanie w Jedz), że postawiony warunek udziału spełnia. Zauważyć na marginesie należy, że wykonawcy mogą składać oferty, jako wykonawcy planujący samodzielnie wykonać zamówienie, w ramach konsorcjum, oraz korzystając z zasobów podmiotu trzeciego. Aby wykazać spełnianie warunku udziału to należy go wykazać na etapie składania ofert występując w jednej z ww. form udziału. Pomimo tego, że przystępujący w Jedz wskazał

posiadanie certyfikatu HPE Partner Ready for Services Delivery, to jednak jak wykazało postępowanie już na etapie badania i oceny ofert, zarówno przystępujący jak i wskazany przez niego podwykonawca Veracomp SA nie posiadali na dzień składania ofert certyfikatu umożliwiającego instalację sprzętu będącego przedmiotem tego zamówienia.

Na potwierdzenie powyższej okoliczności wskazać należy na stwierdzenie samego przystępującego, który w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień zamawiającego podał, że dokona realizacji zamówienia poprzez zakup usługi instalacyjnej u podwykonawcy Veracomp, a ten powierzy wykonanie instalacji urządzeń podmiotowi, którego uprawnienia pozwalają na prawidłowe wykonanie zamówienia w tej części (tj. instalacji bez utraty gwarancji) (pkt 15 pisma procesowego). Podkreślić należy, że Veracomp – podwykonawca przystępującego, w oświadczeniu z dnia 18 czerwca 2020 roku stwierdza, że na dzień 17 marca 2020 roku (termin składania ofert) nie posiadał certyfikatu uprawniającego go do instalacji sprzętu HPE. Warunek udziału w postępowaniu wykonawca winien spełniać najpóźniej na dzień składania ofert.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko przystępującego, który w piśmie procesowym – pkt 15, stwierdza, że nie można odrywać oceny spełniania warunku udziału od sposobu realizacji zamówienia przyjętego przez danego wykonawcę. W tym zakresie Izba zauważa, że warunek udziału w postępowaniu jest warunkiem podmiotowym przynależnym tylko konkretnemu wykonawcy. Natomiast sposób wykonania zamówienia, jest elementem przedmiotowym, który jeśli zamawiający nie określił w SIWZ w zasadzie należy do wyboru wykonawcy.

Podkreślić należy, że uznanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez pryzmat okoliczności odnoszących się do przyjętego przez danego wykonawcę sposobu wykonania zamówienia jest zupełnie niezasadne. Warunek udziału to przymiot podmiotowy wykonawcy, którym musi się legitymować wykonawca dla jego spełnienia na etapie składania ofert, a sposób wykonania zamówienia jest elementem przedmiotowym odnoszącym się do sposobu wykonania zamówienia. W przedmiotowej sprawie to wykonawca IT Solution, który nie polegał na zasobach podwykonawcy Veracomp SA winien posiadać dowolny certyfikat, który umożliwiłby jemu instalację sprzętu zamawiającego w sposób nie powodujący utraty gwarancji. Według ustaleń Izby na dzień składania ofert i na moment orzekania zarówno wykonawca IT Solution, ani Veracomp SA takiego certyfikatu nie posiadali co potwierdza wprost sam przystępujący jak i wynika ze złożonych przez odwołującego dowodów, których treść nie została zakwestionowana.

Oceniając sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego Izba uznała, że przy takiej ocenie stawianie takiego warunku było bezprzedmiotowe, gdyż każdy podmiot (jak wynika z dowodu nr 2 odwołującego) mógłby zaoferować wykupienie usługi montażu u HPE i tym samym spełnić warunki udziału. W tej materii Izba zauważa, że

zamawiający dla potwierdzenia prawidłowości swoich czynności co do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego utożsamia wymóg posiadania certyfikatu przez wykonawcę umożliwiającemu instalację sprzętu, z możliwością zakupu usługi wdrożenia i montażu u podmiotu trzeciego nieznanego jeszcze ani wykonawcy ani zamawiającego, pozostając tylko na zapewnieniu wykonawcy iż ten podmiot jako powiązany z HPE będzie miał odpowiednie uprawnienia. Taka sytuacja nie pozwoliła także zamawiającemu na weryfikację certyfikatu, którym miał się posłużyć bliżej nieokreślony z nazwy podmiot trzeci dla przystępującego.

Izba stwierdza, że niewątpliwym jest, iż z treści pkt 2 warunku udziału w zakresie zdolności zawodowej wynika, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu konieczne było posiadanie przez wykonawcę certyfikatu umożliwiającemu wykonanie przez niego instalacji sprzętu. To czy taki wykonawca wykona tą instalację samodzielnie, czy też zleci ją innemu podmiotowi posiadającego także wymagany certyfikat, jest dla oceny warunku udziału w postępowaniu irrelevantne- nieistotne.

Oceniając stanowisko zamawiającego w zakresie przedmiotowego warunku zawartego w treści SIWZ należy zauważyć, że zamawiający po pierwsze nie określa nazwy certyfikatu który winien posiadać wykonawca, ale po drugie, w każdym przypadku potwierdza, że wykonawca winien posiadać certyfikat umożliwiający instalację sprzętu, a nie dowolny certyfikat. Z treści warunku nigdzie nie wynika, że zamawiający uzna wykazanie spełnienia jest taki certyfikat będzie w posiadaniu nie tylko wykonawcy, ale także innego podmiotu, który podejmie się instalacji sprzętu – z czego na pewno skorzystałby wykonawca Engave. To przystępujący w wyjaśnieniach z 4 kwietnia 2020 roku podał zamawiającemu, że certyfikatu instalacyjnego nie ma, a posiada jedynie certyfikat sprzedażowy. Dodając jednocześnie, że planuje realizację niniejszego zamówienia wykorzystując występującą na rynku możliwość wykupienia usług instalacji od firmy wskazanej przez HPE, która posiada odpowiednie certyfikaty. Na pytanie Izby, czy jest możliwe określenie jaki to będzie podmiot, przystępujący na rozprawie podał, że nie jest to możliwe, gdyż *„trochę z boku łańcuszka dystrybucyjnego stoją wykonawcy mający wszystkie uprawnienia HPE do instalacji i wdrożenia danego sprzętu, którzy na zlecenie wykonawcy poprzez HPE wykonują tą instalację”*. Izba uznała, że taki podmiot w tym postępowaniu nie jest wykonawcą w rozumieniu Pzp, ani nie wchodzi w skład wykonawcy, który winien wykazać się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby niewątpliwym jest, że przy ocenie spełniania warunku udziału przez przystępującego, zamawiający odchodzi od wykładni gramatycznej treści SIWZ, a zmierza do wywiedzenia treści w oparciu o wykładnię celowościową, tj wykonanie usługi przez podmiot trzeci niezwiązany z postępowaniem, który zapewni uzyskanie efektu właściwej instalacji posiadanego sprzętu.

Izba nie przeczy stanowisku zamawiającego, że przyjęty, a zaproponowany przez przystępującego sposób wykonania zamówienia w końcowym efekcie może doprowadzić, do właściwego jego wykonania, ale poprzez takiego stanowiska zamawiający zupełnie pomija znaczenie słów użytych do opisu pkt 2 warunku udziału w postępowaniu. Jako charakterystyczną cechę istotną dla sposobu oceny spełniania warunku udziału przez zamawiającego zaprezentować należy stanowisko przystępującego, który w piśmie procesowym poddaje ocenie certyfikat który posiadał wykonawca Engave SA, stwierdzając, że wykonawca ten pomimo posiadania takiego samego certyfikatu co przystępujący został z postępowania wykluczony, gdyż zamierzał wykonać instalację samodzielnie, bez zlecenia jej podmiotowi spoza kręgu wykonawców, jak to uczynił przystępujący.

Izba uznała, że ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu przystępującego dokonana przez zamawiającego wykracza poza literalną treść postanowień SIWZ. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08 stwierdza, że postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Na etapie postępowania po terminie składnia ofert jakakolwiek zmiana warunku udziału w postępowaniu nawet poprzez jego interpretację sprzyjającą określonoemu wykonawcy jest kategorię zabroniona, a za taką zmianę należałoby uznać chociażby dokonanie celowościowej wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z literalnym brzmieniem postanowienia SIWZ. Warunki muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania, jakichkolwiek ich wykładni rozszerzającej, należy bowiem pamiętać, że ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu determinuje udział danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz ma wpływ na innych wykonawców biorących lub mogących wziąć udział w postępowaniu.

Odnosząc się do powyższych uwag i rozważań Izba wskazuje, że z całą mocą podkreślić należy, że postępowanie o zamówienie publiczne powinno być prowadzone w sposób przejrzysty, transparentny, a fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Nadto za wyrokiem za wyrokiem SO w Warszawie 3 czerwca 2013 roku sygn. akt V Ca 533/13 należy stwierdzić, że niezasadnym jest przywoływanie i opieranie argumentacji dla rozstrzygnięcia sprawy, kwestii nie ujętych w postanowieniach SIWZ. Zawsze decydujące znaczenie ma analiza sformułowań zawartych w SIWZ.

Stwierdzić należy, że zamawiający w SIWZ w sposób jednoznaczny wymagał posiadania przez wykonawcę – niezależnie od formy w jakiej bierze udział, aby dysponował

odpowiednim certyfikatem uprawniającym do instalacji sprzętu HPE, i to niezależnie od tego czy w finalnie to wykonawca będzie samodzielnie tej instalacji dokonywał. Zamawiający w treści SIWZ nigdzie nie podaje, że uzna także za spełnienie warunku udziału w postępowaniu deklarację wykonawcy, że pomimo, iż on nie posiada właściwego certyfikatu to wykonanie zamówienia zleci bliżej nieokreślonemu wykonawcy, mającemu uprawnienia od HPE. Zauważyć należy, że gdyby taki warunek był postawiony to krąg podmiotów zainteresowanych udziałem w tym postępowaniu być może byłby większy, a nadto wykonawca Engave na pewno skorzystałby z takiej możliwości i zamawiający mógłby wybrać wykonawcę oferującego najniższą cenę.

Zauważyć należy także, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznaje, że dokonał oceny spełniania warunku mając na względzie zaproponowany przez przystępującego sposób wykonania zamówienia, co potwierdza tezę odwołującego, że zamawiający formułując treść SIWZ takiego sposobu spełniania warunku udziału nie przewidywał, gdyż wymagał od wykonawcy posiadania certyfikatu instalacyjnego na sprzęt HPE, a uczynił to dopiero na etapie oceny ofert pod wpływem argumentów przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wykonując przedmiotowe orzeczenie winien dokonać czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczyć z postępowania wykonawcę IT Solution - przystępującego i poddać ponownej ocenie ofertę odwołującego celem ustalenia, czy w świetle treści przedmiotowego orzeczenia wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie wyklucza także innych możliwości zamawiającego co do tego postępowania.

Uwzględniając odwołanie Izba kosztami postępowania obciążyła zamawiającego, gdyż stosownie do wyniku sporu to zamawiający jest podmiotem przegrywającym postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący