

Sygn. akt: KIO 2051/19

Sygn. akt: KIO 2056/19

WYROK
z dnia 5 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 28 i 31 października 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 października 2019 r. przez wykonawców:

A. Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2051/19),

B. T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 2056/19),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako konsorcjum firm:
1. Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2051/19 i KIO 2056/19 po stronie Zamawiającego;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako konsorcjum firm:
1. Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, 2. Egida IT Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2051/19 i KIO 2056/19 po stronie Zamawiającego;
- wykonawcy **Polcom S.A. z siedzibą w Skawinie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2051/19 i KIO 2056/19 po stronie Zamawiającego;

- wykonawcy **T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2051/19 po stronie Zamawiającego;
- wykonawcy **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2056/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.
 - A. **Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2051/19 w zakresie zarzutu nr 7 odwołania tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. W pozostałym zakresie oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2051/19.**
 - B. **Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2056/19.**
2. **Kosztami postępowania obciąża Odwołujących: Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2051/19) oraz T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 2056/19) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100 groszy), uiszczoną przez Odwołujących, w tym:**
 - A. **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100 groszy) uiszczoną przez wykonawcę Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2051/19) tytułem wpisu od odwołania,**
 - B. **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100 groszy) uiszczoną przez wykonawcę T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 2056/19) tytułem wpisu od odwołania.**
3. **zasądza na rzecz Zamawiającego Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie:**
 - A. **kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100 groszy) od Odwołującego: Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 2051/19,**
 - B. **kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100 groszy) od Odwołującego: T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 2056/19.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) 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:.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 2051/19

Sygn. akt KIO 2056/19

Uzasadnienie

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa sprzętowa KSIP pod nowotworzony RW”, nr referencyjny 122/BŁil/19/AP/PMP, zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 czerwca 2019 r. pod nr 2019/S 105-155198.

W dniu 14 października 2019 r. wykonawca Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Decsoft lub Odwołujący Decsoft) wniósł odwołanie (KIO 2051/19), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty niezabezpieczonej prawidłowym i skutecznym wadium,
2. art. 26 ust. 3a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Comp”), do przedłożenia pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum Comp w zakresie wszystkich czynności podejmowanych przez pełnomocnika jednego z wykonawców tworzących Konsorcjum, w tym złożenia ofert, a tym samym dokonania oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej wyłącznie przez Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, a nie Konsorcjum Comp,
3. art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie, że zgodnym z przepisami Pzp jest dokonanie przez wykonawcę uzupełnienia dokumentów wskazanych w tym przepisie bez wezwania Zamawiającego,
4. art. 26 ust. 3 Pzp w związku z wezwaniem dokonany w trybie art. 26 ust. 3a) Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie, że ponowne złożenie wymaganych dokumentów przez Konsorcjum Comp jest równoznaczne z realizacją wezwania do złożenia przez Konsorcjum Comp dokumentu pełnomocnictwa,
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp, które nie wykazało braku podstaw wykluczenia nie przedkładając, zgodnie z wezwaniem

- na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała dokumenty złożone uprzednio na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp, mające potwierdzić brak podstaw wykluczenia dla członka Konsorcjum Comp - wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Enigma”),
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comp, mimo że zachodziły przesłanki do jej odrzucenia, jako oferty niezgodnej z SIWZ w zakresie braku wskazania zamiaru realizacji części umowy przez podwykonawców mimo, że żaden z podmiotów tworzących Konsorcjum Comp nie miał wystarczających kompetencji i uprawnień do realizacji usług objętych Etapem I (w zakresie szkolenia) i Etapem II w zakresie posiadania autoryzacji producenta oferowanego sprzętu, w tym do wykonywania czynności gwarancyjnych,
 7. art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie przez Zamawiającego za uzasadnione zastrzeżenia przez Konsorcjum Comp jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów, tj. wykazu osób - zał. 8 oraz wykazu dostaw - zał. 7 wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych zamówień złożonych na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, mimo, że zastrzegający je Wykonawca nie wykazał przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ograniczenie dostępu do ujętych w treści zastrzeżonych dokumentów informacji Odwołującemu Decsoft, co było sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania,
 8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex Sp. z o.o. Sp. k z siedzibą w Warszawie i Egida IT Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Computex”), wykonawcy Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Comtegra”) oraz wykonawcy T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, mimo, że zachodziły przesłanki do ich odrzucenia jako ofert niezgodnych z SIWZ w zakresie braku wskazania zamierzonej realizacji części umowy przez podwykonawców mimo, że żaden z tych wykonawców nie miał wystarczających kompetencji i uprawnień do realizacji usług objętych Etapem I (w zakresie szkolenia) i Etapem II w zakresie posiadania autoryzacji producenta oferowanego sprzętu, w tym do wykonywania czynności gwarancyjnych,
 9. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniających warunków udziału przez wykonawcę Polcom S.A. z siedzibą w Skawinie (dalej: „Polcom”), w zakresie zobowiązania do udostępnienia zasobów od Fujitsu z uwagi na to, że załączone do oferty

zobowiązanie nie spełniało wymagań określonych w § 9 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ze względu na to, że nie wynikało z niego, że podmiot udostępniający zdolności dotyczące doświadczenia zrealizuje usługi do wykonania których te zdolności są wymagane.

Odwołujący Decsoft wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Comp, a także ofert wykonawców Konsorcjum Computex, wykonawcy Comtegra oraz wykonawcy T-Systems Polska Sp. z o.o.,
3. uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez Konsorcjum Comp jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów złożonych na wezwanie: wykaz osób - zał. 8, wykaz dostaw - zał. 7 wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą realizację dostaw i udostępnienie Odwołującemu Decsoft Załącznika nr 7 i Załącznika nr 8 oferty Konsorcjum Comp,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Comp i wykluczenia Konsorcjum Comp z postępowania zgodnie z zarzutami zawartymi w odwołaniu KIO 2051/19, odrzucenia ofert wykonawców Konsorcjum Computex, Comtegra oraz T-Systems Polska Sp. z o.o.
5. wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 14 października 2019 r. Odwołujący T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „T-Systems” lub „Odwołujący T-Systems”) wniósł odwołanie (KIO 2056/19), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców:
 - Konsorcjum Comp,
 - Decsoft,
 - Comtegra,
 - Konsorcjum Computex,
 - Polcom,z powodu niezgodności treści ofert ww. wykonawców z treścią SIWZ, a także ze względu, że zawierały błędy w obliczeniu cen,

2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący T-Systems wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenia z postępowania wskazanych powyżej wszystkich ofert poprzedzających w rankingu ofertę Odwołującego,
3. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, co spowoduje wybór oferty Odwołującego T-Systems jako najkorzystniejszej.

KIO 2051/19

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Decsoft wskazał m.in.:

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX SIWZ, Zamawiający wymagał wniesienia przez wykonawców wadium w kwocie 270 000 zł w jednej z dopuszczalnych ustawowo form z zaznaczeniem celu wpłaty. Konsorcjum Comp wraz z ofertą złożyło gwarancję bankową nr CRD/G/0085840. Z treści dokumentu wynikało, że gwarancja została wystawiona na rzecz Zamawiającego za zobowiązania Konsorcjum Comp. Natomiast tytuł gwarancji został określony jako: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia („Postępowanie Przetargowe”), numer 122/Błil/19/AP/PMP. Z treści dokumentu wynikało również, że przedmiotem podlegającym zabezpieczeniu gwarancją było postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Rozbudowa sprzętowa KSIP pod nowotworzony RW”. Przedmiotem zabezpieczenia nie była zatem oferta Konsorcjum Comp, ale całe postępowanie.

Gwarancja bankowa Konsorcjum Comp w swojej treści nie odnosiła się w żaden sposób do zabezpieczenia oferty w postępowaniu, a wskazywała, że przedmiotem podlegającym zabezpieczeniu jest całe postępowanie, a wystawiona została z tytułu SIWZ, za zobowiązania Konsorcjum Comp. Treść gwarancji, w przypadku zaistnienia podstaw do jej realizacji, musiałaby zostać interpretowana przez gwaranta, który mógłby uznać, mimo wskazania przypadków wypłaty kwoty objętej gwarancją, że wypłaty w odniesieniu do oferty Konsorcjum Comp nie zrealizuje. Jakakolwiek wątpliwość, co do treści gwarancji, powoduje, że nie można było uznać, iż była ona bezwarunkowa. Powyższe uzasadnia odrzucenie oferty Konsorcjum Comp jako niezabezpieczonej wadium, to jest na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Oferta Konsorcjum Comp została podpisana przez pana K.J., działającego najprawdopodobniej na podstawie pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą i udzielonego mu 10 lipca 2019 roku przez spółkę Comp S.A., będącą jednocześnie liderem Konsorcjum Comp. Spółki tworzące Konsorcjum Comp — Enigma i Comp udzielając 10 lipca 2019 roku pełnomocnictwa konsorcjalnego spółce Comp S.A. upoważniły ją do reprezentowania członków Konsorcjum Comp łącznie i każdego z osobna. Tymczasem z treści pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu udzielonego przez Comp trzem osobom, wynikało, że obejmowało ono jedynie uprawnienie do reprezentowania wykonawcy Comp, a nie Konsorcjum Comp. Treść pełnomocnictwa nie odwoływała się do oferty wspólnej Konsorcjum Comp, czy też do możliwości reprezentowania w ramach pełnomocnictwa czy to konsorcjantów łącznie, czy to zarówno spółki Comp jak i Enigma. Oferta zatem została złożona przez osobę nieuprawnioną, a skoro tak, to również treść wszelkich późniejszych oświadczeń została złożona przez osobę działającą bez odpowiedniego upoważnienia. Zamawiający w takim przypadku zobowiązany był do przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3a Pzp i wezwania Konsorcjum Comp do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa i to wystawionego w dacie potwierdzającej uprawnienie do działania w imieniu Konsorcjum Comp oraz składania późniejszych oświadczeń w toku postępowania. Opierając się na godzinach złożonych pod pełnomocnictwami podpisów osób reprezentujących, nie było następstwa czasowego pełnomocnictw. W szczególności, wykonawca Comp udzielił pełnomocnictwa wskazanym trzem osobom fizycznym do reprezentowania spółki Comp wcześniej, niż zostało mu udzielone pełnomocnictwo konsorcjalne. Chociaż wszystkie oświadczenia zostały złożone w dniu 10 lipca 2019 roku, to istotne było, że podpisy elektroniczne nie potwierdzały ich złożenia w taki sposób, by Pan K.J., czy też którakolwiek z pozostałych osób uprawnionych przez Comp mogła reprezentować Comp jako konsorcjanta i to ze skutkiem dla oferty Konsorcjum Comp.

Konsorcjum Comp nie złożyło na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zamawiający 5 września 2019 roku, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Konsorcjum Comp do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, wyznaczając jednocześnie 10-dniowy termin na ich złożenie. Termin ten upływał w dniu 15 września 2019 roku. Jednocześnie w dniu 10 września 2019 roku Zamawiający przesłał do Konsorcjum Comp pismo uzupełniające wezwanie do złożenia dokumentów, przy czym w piśmie tym nie zmieniono terminu na ich złożenie. Konsorcjum Comp złożyło wymagane dokumenty w dniu 12 września 2019 roku. W dniu 25 września 2019 roku Zamawiający wezwał Konsorcjum Comp na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa

dla pana A.S.G., który podpisał się pod składanymi do Zamawiającego dokumentami jednego z członków Konsorcjum Comp — spółki Enigma, podczas, gdy w dokumentacji Zamawiającego nie złożono pełnomocnictwa dla tej osoby do reprezentowania tej spółki. Osoba ta nie widniała również w KRS jako osoba uprawniona do reprezentacji spółki. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentu na dzień 27 września 2019 roku. Konsorcjum Comp, w odpowiedzi na to wezwanie nie złożyło wymaganego dokumentu pełnomocnictwa, tylko raz jeszcze dokumenty KRK członków Zarządu, KRK członków Rady Nadzorczej oraz KRK prokurentów, zaświadczenia z US i ZUS, podpisane tym razem przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki Enigma. Powyższe dowodzi, że Konsorcjum Comp nie wykonało wezwania Zamawiającego z 25 września 2019 r. zgodnie z jego treścią, w to miejsce dokonując innej czynności — uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp - i to bez wyraźnego wezwania do jej wykonania przez Zamawiającego. Samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, nieopowiedzone wezwaniem przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jest niedopuszczalne i nie może rodzić żadnych skutków, sprzeciwia się temu bowiem zarówno literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, jak i zasada równego traktowania wykonawców, wskazana w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie powinien zatem uznać, że Konsorcjum Comp wykonało prawidłowo jego wezwanie z dnia 25 września 2019 roku, w sytuacji, gdy na wezwanie dotyczące złożenia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3a Pzp, Konsorcjum Comp uzupełniło dokumenty, które podpisane były w terminie ich złożenia 12 września 2019 roku przez osobę nieuprawnioną. Dodatkowo, w kontekście zarzutu złożenia oferty i późniejszych oświadczeń, w tym również dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25 września 2019 roku, przez osobę nie posiadającą odpowiedniego umocowania do reprezentowania Konsorcjum Comp, nawet gdyby uznać uzupełniło ono skutecznie dokument pełnomocnictwa dla pana K.J., to nie ma już możliwości ewentualnego zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do dokumentów KRK członków Zarządu, KRK członków Rady Nadzorczej oraz KRK prokurentów, zaświadczenia z US i ZUS, z uwagi na jednokrotny charakter tej czynności.

Oferta Konsorcjum Comp podlegała także odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Przedmiotem zamówienia w postępowaniu w zakresie zamówienia podstawowego była: sprzedaż, dostawa, instalacja i konfiguracja sprzętu oraz szkolenia (Etap I) oraz świadczenie usług gwarancyjnych dla sprzętu dostarczonego w Etapie I (Etap II). Etap dotyczący świadczenia usług gwarancyjnych planowany był na minimum 36 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru Etapu I. Zgodnie z Załącznikiem nr 3 do Umowy - Warunki gwarancyjne i serwisowe, firma świadcząca usługę gwarancji będzie musiała posiadać:

- a. Autoryzację producenta serwera, macierzy i przełączników do wykonywania czynności gwarancyjnych (jeżeli producent sprzętu jest jednocześnie firmą świadczącą gwarancję dokument ten nie jest wymagany),
- b. Oświadczenie producenta serwera, macierzy i przełączników, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy świadczącej gwarancję, przejmie na siebie wszystkie zobowiązania związane z serwisem.

Zamawiający określił warunki dla szkoleń realizowanych w ramach Etapu I, wskazując, że wykonawca ma zapewnić w ramach realizacji umowy, autoryzowane przez producenta sprzętu szkolenia dla pracowników Zamawiającego, a szkolenia muszą odbyć się w certyfikowanym ośrodku szkoleniowym w Warszawie. Konsorcjum Comp nie jest producentem, ani autoryzowanym przedstawicielem producenta sprzętu, samodzielnie nie przeprowadzi szkoleń autoryzowanych przez producenta sprzętu. Musiałby zatem posiłkować się podwykonawcą posiadającym odpowiednie kwalifikacje zawodowe i certyfikaty. Wszystkie załączniki do SIWZ, w tym projekt umowy z załącznikami, stanowiły integralną część SIWZ, a zatem mimo, że wymagania w wyżej wskazanym zakresie dotyczyły sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, z którym Zamawiający zawarł umowę, w wyżej wskazanym zakresie definiują i opisują również przedmiot zamówienia.

Żaden wykonawca wchodzący w skład Konsorcjum Comp, ani samo Konsorcjum, nie byli producentami serwera, macierzy i przełączników, nie posiadali również autoryzacji producenta tego sprzętu. Jedynym sposobem pozwalającym na realizację zamówienia w zakresie Etapu II z zachowaniem wymagań Zamawiającego, byłoby świadczenie usług w zakresie gwarancji przez podwykonawcę Konsorcjum Comp. Jednak nie wskazało ono w formularzu ofertowym, że zamierza powierzyć podwykonawcy jakąś część przedmiotu zamówienia. Wskazuje to, że Konsorcjum Comp zamierzało wykonywać przedmiot zamówienia samodzielnie, tym samym w sposób nie spełniający wymagań Zamawiającego. Oferta Konsorcjum Comp była wobec powyższego niezgodna z postanowieniami SIWZ i podlegała odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zamawiający wskazał w treści SIWZ, że brak informacji o podwykonawcach w ofercie oznaczać będzie, że Wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawców przy realizacji zamówienia. (Rozdział IV, pkt 7 SIWZ). W przypadku tego postępowania nie można było potraktować owej dyspozycji jedynie w kategorii waloru informacyjnego, nie stanowiącego treści oferty. Informacja o ewentualnym udziale podwykonawców stanowiła treść oferty, gdyż odnosiła się do określonych w SIWZ wymagań dotyczących warunków świadczenia jednego z elementów przedmiotu zamówienia.

Wybór oferty najkorzystniejszej został więc dokonany z naruszeniem przepisów Pzp.

Zarzut dotyczący nieprawidłowości badania ofert innych wykonawców, analogiczny jak wyżej opisany i dotyczący braku wskazania w ofercie odpowiednich podwykonawców, w sytuacji gdy wykonawca nie posiadał kwalifikacji i certyfikacji producenta do realizacji serwisu i gwarancji w Etapie II oraz szkoleń w Etapie I, Odwołujący postawił następującym wykonawcom:

- A. Konsorcjum Computex,
- B. Comtegra,
- C. T-Systems Polska Sp. z o.o.

3 października 2019 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. W dniu 10 października 2019 r. Odwołującemu został udostępniony komplet dokumentacji, wśród której nie znajdowały się następujące dokumenty Konsorcjum Comp:

- wykaz osób - zał. 8
- wykaz dostaw — zał. 7 wraz z dokumentami potwierdzającymi należyłą realizację zamówień.

Powyższe dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie odtajnił tych dokumentów, tym samym uznał zastrzeżenie tychże informacji za skuteczne. Konsorcjum Comp oparło swoje zastrzeżenie na nieaktualnej już definicji tajemnicy przedsiębiorstwa - art. 11 ust. 4 Ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, dalej: Uznk). Zgodnie z nowym brzmieniem art. 11 ust. 2 Uznk, za tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp na Konsorcjum Comp spoczywał ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, czego Konsorcjum nie uczyniło. Konsorcjum oparło się jedynie na ogólnych i lakonicznych stwierdzeniach, że wskazane informacje stanowią dla Konsorcjum tajemnicę przedsiębiorstwa, nie odnosząc się i nie udowadniając powyższego.

Wykonawca Polcom w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie art. 22a ust. 1 Pzp posłużył się zdolnościami podmiotów trzecich, w tym spółki Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej: „Fujitsu”), przedstawiając w tym celu zobowiązanie tego podmiotu. Jednocześnie Polcom wskazał w ofercie, że Fujitsu będzie

jego podwykonawcą min. w zakresie serwisu i gwarancji świadczonych w Etapie II i szkoleń realizowanych w Etapie I. Zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z treści zobowiązania złożonego przez Fujitsu nie było można wywieść, że ten warunek został spełniony. Zasoby te miały być dostępne dla Polcom „w szczególności przez udostępnienie zasobów osobowych — tj. osób realizujących wskazane w pkt. 2 projekty posiadających wiedzę i doświadczenie nabyte przy jego realizacji, jak również poprzez konsultacje i przekazanie know-how oraz metodyki rozwiązań w zakresie realizacji usług udostępniającego zasoby, audyt i przekazanie dobrych praktyk. Zasoby udostępniane będą zarówno w sposób bezpośredni jak i pośredni, w zależności od konkretnych potrzeb, przez faktyczne uczestnictwo w realizowanym zamówieniu jak również poprzez konsultacje telefoniczne oraz realizowane drogą elektroniczną”. Udostępnienie wiedzy miało się odbyć przez udostępnienie innego zasobu, a zobowiązanie nie zawierało oświadczenia o tym, że Fujitsu zrealizuje usługi, do których wymagane było udostępniane doświadczenie. Było to niezgodne również z § 9 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Polcom nie wykazał w żaden sposób, że Fujitsu będzie realizowało zamówienie w zakresie udostępnionego potencjału, nawet gdyby miało faktycznie być podwykonawcą Polcom w zakresie Etapu I i II. Powyższe przesądzało o konieczności wezwania Polcom, co najmniej do złożenia wyjaśnień dotyczących tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, ale w toku rozprawy kwestionował stanowisko Odwołującego Decsoft, wnosząc o oddalenie odwołania.

Konsorcjum Comp wniosło pisemną odpowiedź na odwołanie wskazując m.in.:

1. Zarzut dotyczący gwarancji bankowej - wniesienie wadium.

Fakt, że w gwarancji posłużono się sformułowaniem, że została ona wystawiona z tytułu SIWZ oraz że przedmiotem podlegającym zabezpieczeniu gwarancją było postępowanie, nie powodował, że gwarancja nie została wniesiona w sposób prawidłowy w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Z przepisów Pzp wynika, że wadium jest skuteczne, jeśli zostało wniesione: przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 Pzp), w kwocie wymaganej przez Zamawiającego (art. 45 ust. 4 Pzp), w jednej z dopuszczalnych form (art. 45 ust. 6 pkt 1-5 Pzp) oraz obejmowało wszystkie przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Dopiero brak spełnienia któregośkolwiek z ww. wymogów aktualizuje obowiązek odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. W gwarancji bankowej złożonej przez Konsorcjum Comp został wskazany beneficjent gwarancji, kwota gwarancji

w wysokości zgodnej z postanowieniami SIWZ, zostało określone postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczyła gwarancja, jak i wszystkie przypadki aktualizujące obowiązek zapłaty wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Wadium spełniało zatem każdy z formalnych wymogów określonych w Pzp w związku z czym, nie sposób uznać, iż wadium nie zostało skutecznie wniesione.

2. Zarzut dotyczący pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę.

Złożone wraz z ofertą Konsorcjum Comp pełnomocnictwo udzielone przez członka Konsorcjum – wykonawcę Enigma lidera Konsorcjum – wykonawcy Comp uprawniało lidera do reprezentowania członka Konsorcjum w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu (w treści pełnomocnictwa oznaczono zarówno Zamawiającego jak i postępowanie wskazując jego nazwę (przedmiot) i numer referencyjny). Analiza pełnomocnictwa udzielonego przez wykonawcę Comp trzem osobom fizycznym, w tym Panu K.J. prowadzi do następujących wniosków: wspomniane pełnomocnictwo zostało udzielone tego samego dnia, co pełnomocnictwo dla lidera, podano w nim nazwę Zamawiającego, nazwę (przedmiot) i numer referencyjny postępowania, a jego zakres nie wykraczał poza zakres pełnomocnictwa udzielonego na rzecz lidera. W tych okolicznościach, określenie umocowania Pana K.J. przez odesłanie do reprezentowania wykonawcy Comp nie przesądzało o złożeniu oferty i późniejszych oświadczeń tylko w imieniu Comp S.A. Wykładnia pełnomocnictwa musi być dokonywana w związku z treścią oferty. Z treści oferty wynikało natomiast, że została ona złożona w imieniu Konsorcjum Comp, a nie jednego z członków konsorcjum. Powyższe znalazło potwierdzenie nie tylko w formularzu ofertowym, czy pozostałych oświadczeniach dołączonych do oferty, ale również w ciągu pełnomocnictw, które został wraz z nią złożony. Ponadto, biorąc pod uwagę fakt, że pełnomocnictwo udzielone trzem osobom, w tym Panu K.J. zostało udzielone tego samego dnia, co pełnomocnictwo udzielone przez członka Konsorcjum na rzecz lidera, nie sposób było uznać, że intencją wykonawcy Comp było upoważnienie osób wymienionych w pełnomocnictwie do reprezentowania wyłącznie spółki, a nie całego Konsorcjum. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zachowane zostało następstwo czasowe pełnomocnictw, lider udzielił pełnomocnictwa trzem osobom fizycznym później, niż zostało mu udzielone pełnomocnictwo przez członka konsorcjum.

Pełnomocnictwo udzielone przez członka Konsorcjum dla lidera Konsorcjum zostało udzielone w dniu 10 lipca 2019 r. W imieniu wykonawcy Enigma pełnomocnictwo zostało podpisane przez niżej wymienione osoby w następujących godzinach:

- a) Pana A.L. - godz. 10:37:12 (UTC)
- b) Pana K.R. - godz. 11:10:28 (UTC)

Pełnomocnictwo zostało również podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy Comp., tj:

- a) Pana K.M. - godz. 14:36:02 (UTC)
- b) Pana A.W. - godz. 14:55:27 (UTC)

Znaczenie z perspektywy oceny zachowania następstwa czasowego udzielonego ciągu pełnomocnictw miały wyłącznie podpisy złożone przez osoby uprawnione do reprezentowania członka Konsorcjum. Podpisy złożone przez osoby uprawnione do reprezentowania lidera nie miały w tym kontekście znaczenia prawnego, gdyż ich złożenie nie było wymagane dla skuteczności pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo dla trzech osób fizycznych udzielone przez lidera również zostało podpisane w dniu 10 lipca 2019 r. przez następujące osoby:

- a) Pana K.M. - godz. 14:36:00 (UTC)
- b) Pana A.W. - godz. 14:55:23 (UTC)

Powyższe zestawienie godzin złożenia podpisów dowodzi, że zostało zachowane następstwo czasowe złożonych podpisów, a w konsekwencji udzielonych pełnomocnictw.

3. Zarzuty dotyczące wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Konsorcjum Comp odpowiedziało na skierowane przez Zamawiającego wezwanie i złożyło dokumenty KRK członków zarządu, KRK rady nadzorczej, KRK prokurentów, zaświadczenia z US i ZUS podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania członka Konsorcjum – wykonawcę Enigma. Ocena sposobu zrealizowania przez wykonawcę wezwania Zamawiającego nie może być dokonywana z pominięciem przyczyn skierowania tego wezwania. Z treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Uczestnika postępowania 25 września 2019 r. jednoznacznie wynikało, że powodem wezwania był fakt, że KRK członków Zarządu, KRK członków Rady Nadzorczej oraz KRK prokurentów, zaświadczenia z ZUS i US członka Konsorcjum – spółki Enigma zostały podpisane przez pana A.S.G. tj. osobę nie wymienioną w KRS spółki. Biorąc pod uwagę przyczynę wezwania, nie sposób uznać, że wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna powodowała, że Konsorcjum Comp było uprawniony do przedstawienia w odpowiedzi na nie wyłącznie pełnomocnictwa, a nie mogło przedstawić dokumentów podpisanych przez umocowaną do tego osobę. Interpretacja dokonana przez Odwołującego była nieuzasadniona, gdyż w efekcie prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawca będący w stanie wykazać brak podstaw do wykluczenia członka Konsorcjum, nie mógłby tego zrobić wyłącznie z uwagi na wskazaną w wezwaniu podstawę prawną.

4. Zarzut dotyczący niezgodności oferty z treścią SIWZ - autoryzacja producenta.

Należy rozróżnić sformułowany przez Zamawiającego wymóg dotyczący posiadania autoryzacji producenta serwera, macierzy i przełączników do wykonywania czynności

gwarancyjnych od wymogu zapewnienia przez wykonawcę autoryzowanego przez producenta sprzętu szkolenia z obsługi dostarczonych elementów infrastruktury.

W przypadku pierwszego z tych wymogów, Zamawiający w załączniku nr 3 do Umowy wskazał, że firma świadcząca gwarancję musi posiadać „autoryzację producenta serwera, macierzy i przełączników do wykonywania czynności gwarancyjnych (jeżeli producent sprzętu jest jednocześnie firmą świadcząca gwarancję, dokument ten nie jest wymagany)”. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, lider Konsorcjum Comp posiadał autoryzację producenta zaoferowanych serwerów, macierzy i przełączników do wykonywania czynności gwarancyjnych, a zatem będzie w stanie w sposób należyty, samodzielnie (bez udziału podwykonawców) zrealizować zamówienie w zakresie świadczenia usług gwarancyjnych określonych w załączniku nr 3 do Umowy.

Jeśli chodzi o wymóg dotyczący szkoleń to Zamawiający nie doprecyzował, w jaki sposób ma nastąpić zapewnienie tych szkoleń przez wykonawców, a zatem pozostawił w tym zakresie wykonawcom pewną swobodę. Zapewnienie szkoleń autoryzowanych przez producenta sprzętu może nastąpić m.in. poprzez przekazanie Zamawiającemu voucherów uprawniających do odbycia szkolenia w certyfikowanych ośrodkach szkoleniowych - innymi słowy przez wykupienie przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego szkoleń w certyfikowanych ośrodkach szkoleniowych i przekazanie Zamawiającemu dokumentów uprawniających do odbycia tych szkoleń. Taki sposób realizacji tego elementu zamówienia nie stanowi zlecenia usługi podwykonawcy i jest w istocie rodzajem dostawy.

Konsorcjum Comp zakwestionowało również prawidłowość stanowiska Odwołującego w zakresie dotyczącym dokumentów zastrzeżonych przez konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przystępujący Polcom wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie wskazując m.in.:

Odwołujący Decsoft oparł swoje rozumowanie na dwóch argumentach:

1. udostępnienie wiedzy i doświadczenia zostało powiązane z udostępnieniem personelu, co w ocenie Odwołującego nie było dopuszczalne,
2. w zobowiązaniu podmiotu trzeciego brak było wyraźnego oświadczenia, że podmiot ten zrealizuje usługi, do których wymagane jest udostępnianie doświadczenia, co było niezgodne z art. 22a ust. 4 Pzp i § 9 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

„Nośnikiem” wiedzy i doświadczenia nie jest osoba prawna, ale osoby zatrudnione przez nią lub współpracujące z nią. Tym samym, realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia nie tylko może, ale wręcz powinno wiązać się z udostępnieniem personelu. Z tej przyczyny

pierwszy z wymienionych argumentów był nietrafny. Z zobowiązania dołączonego do oferty Polcom jednoznacznie wynikało, że jednym ze sposobów udostępnienia będzie „faktyczne uczestnictwo w realizowanym zamówieniu”. Z kolei w formularzu oferty Polcom wskazano Fujitsu jako podwykonawcę. Identyczna deklaracja znalazła się w dokumencie JEDZ złożonym przez Przystępującego Polcom. Nie ulegało przy tym wątpliwości, że podwykonawca to podmiot, który realizuje część przedmiotu zamówienia. Całościowa lektura oferty Polcom i dołączonych do niej dokumentów nie pozostawiała zatem wątpliwości, co do tego, że udostępnienie zasobów przez Fujitsu miało realny charakter.

Powołane przez Odwołującego przepisy art. 22a ust. 4 Pzp i § 9 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. odnoszą się do usług i robót budowlanych, a przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia dotyczyło dostaw.

KIO 2056/19

Odwołujący T-Systems wskazał m. in.:

Na zakres zamówienia składają się (po zmianie SIWZ z dnia 4 lipca 2019 r.):

"1. Przedmiotem zamówienia jest Rozbudowa sprzętowa KSIP pod nowotworzony RW.

1) Zamówienie podstawowe (gwarantowane) obejmuje sprzedaż i dostawę do siedziby Zamawiającego:

a) Etap I - sprzedaż, dostawa, instalacja i konfiguracja sprzętu, którego szczegółowy opis zawiera załącznik nr 2 do SIWZ wraz z opracowaniem dokumentacji zgodnie z Załącznikiem nr 13 do Projektu umowy oraz przeprowadzenie szkoleń zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 4 do Projektu umowy, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ,

b) Etap II - świadczenie usługi gwarancyjnej dla sprzętu dostarczonego w ramach Etapu I zamówienia podstawowego, której szczegółowy opis zawiera Załącznik nr 3 do Projektu umowy, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ,

2. Zamówienie opcjonalne obejmuje:

a) Etap I - sprzedaż, dostawę, instalację i konfigurację maksymalnie po 4 półki dyskowe do każdej dostarczonej w ramach zamówienia podstawowego macierzy (tj. maksymalnie 8 półek dyskowych) w ukończeniu do 48 SAS HDD i do 48 SSD (łącznie do 96 szt. dysków twardych SAS HDD i do 96 szt. dysków SSD), spełniających te same wymagania co półki dostarczone w Etapie I zamówienia podstawowego, wraz z niezbędnymi licencjami opisanymi w Załączniku nr 1 do Projektu umowy, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ,

b) Etap II - świadczenie usługi gwarancyjnej dla sprzętu dostarczonego w ramach Etapu I zamówienia opcjonalnego, której szczegółowy opis zawiera Załącznik nr 3 do Projektu umowy, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ.

Przedmiot zamówienia, został szczegółowo opisany w załączniku nr 2 do SIWZ".

Zgodnie z częścią XI SIWZ - Opis sposobu przygotowania oferty:

„1. Wykonawca przedstawi ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SIWZ poprzez wypełnienie formularza ofertowego w zakresie części A na Platformie oraz wypełnienie i podpisanie formularza ofertowego w zakresie części B (...).

2. Formularz oferty nie podlega uzupełnieniu na zasadach uregulowanych przepisami art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”.

Zgodnie z Formularzem ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania ceny brutto dla zamówienia podstawowego, z rozbiem na Etap I oraz Etap II, a także ceny brutto dla zamówienia opcjonalnego także z rozbiem na Etap I oraz Etap II.

Wykonawcy mieli także wypełnić tabelę dotyczącą następujących pozycji:

1. Serwer Typ I wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją,
2. Serwer Typ II wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją,
3. Macierz wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją,
4. Przełączniki FC – SAN wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją,
5. Półka dyskowa w ukończeniu 24 SAS HDD wraz ze wsparciem (etap I+etap II),
6. Półka dyskowa w ukończeniu 24 SSD wraz ze wsparciem (etap I+ etap II),

i dla każdej z ww. pozycji podać następujące informacje:

1. Nazwa sprzętu,
2. Producent / Model,
3. Cena jednostkowa netto,
4. VAT %,
5. Cena jednostkowa brutto.

Zamawiający wymagał, aby ceny za półki dyskowe 24 SAS HDD oraz 24 SSD w ukończeniu były takie same w zamówieniu podstawowym (gwarantowanym) oraz opcjonalnym.

Cena oferty, która miała być ustalona jako wynik obliczeń z opisanej wyżej tabeli, stanowiącej integralny element składowy Formularza ofertowego, była jednym z kryteriów oceny ofert (waga 60%). W wyniku zmiany SIWZ z 21 czerwca 2019 r. kryterium ceny oparte było wyłącznie o wartość świadczenia podstawowego (gwarantowanego).

Zamawiający w procesie badania i oceny ofert musiał zweryfikować, czy obliczenie cen ofertowych wykonawców było prawidłowe i zgodne z wymaganiami zawartymi w treści SIWZ, a także czy zakres świadczeń wykonawców wyceniony w ofercie był zgodny z treścią SIWZ. Miało to wpływ na sposób rozliczenia zamówienia w zakresie odnoszącym się do zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego.

Formularz ofertowy wraz z ceną oferty z uwzględnieniem poszczególnych etapów oraz zamówień podstawowych i opcjonalnych dla każdego z nich wraz z tabelą wyceny komponentów stanowiły treść oferty sensu stricto.

Zdaniem Odwołującego T-Systems oferty Konsorcjum Comp oraz pozostałych wykonawców były niezgodne z treścią SIWZ oraz zawierały błąd w obliczeniu ceny oferty. Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko w odniesieniu do oferty Konsorcjum Comp zastrzegając, że analogiczna argument odnosi się do wszystkich pozostałych, kwestionowanych przez Odwołującego, ofert.

Załącznik nr 1 do oferty Konsorcjum Comp prezentował się następująco (wg schematu: nazwa sprzętu - producent/model - cena jednostkowa netto - VAT % - cena jednostkowa brutto):

1. Serwer Typ I - Fujitsu/RX2540M4 - 52 025,06 zł - 23% - 63 990,82 zł
2. Serwer Typ II - Fujitsu/RX2540M5 - 59 024,91 zł - 23% - 72 600,64 zł
3. Macierz - Hitachi Vantara/VSP G700 - 935 715,27 zł netto - 23% - 1 150 929,78 zł
4. Przełączniki FC – SAN - Broadcom/6520 - 101 939,29 zł - 23% - 125 385,33 zł
5. Półka dyskowa w ukompletowaniu 24 SAS HDD (etap I+ etap II) - Hitachi Vantara/Drivebox SFF - 49 309,03 zł - 23% - 60 650,11 zł
6. Półka dyskowa w ukompletowaniu 24 SSD (etap I+ etap II) - Hitachi Vantara/Drivebox SFF - 286 176,38 zł - 23% - 351 996,95 zł

Zamawiający wymagał „aby ceny za półki dyskowe 24 SAS HDD oraz 24 SSD w ukompletowaniu były takie same w zamówieniu podstawowym (gwarantowanym) oraz opcjonalnym”. Do tego wymogu zastosował się jedynie Odwołujący T-Systems. Zgodnie z powyższym cena za zamówienie podstawowe powinna obligatoryjnie zawierać cenę wymaganych półek dyskowych.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 2 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”:

„Parametry macierzy - 2 szt.

M.1. Obudowa - obudowa typu rack 19 cali, umożliwiająca wymianę dysków, zasilaczy i kontrolerów w trybie hot swap,

M.2. Architektura - oferowany system dyskowy musi składać się z pojedynczej macierzy dyskowej. Niedopuszczalne jest realizowanie zamówienia poprzez dostarczenie wielu macierzy dyskowych. Za pojedynczą macierz nie uznaje się rozwiązania opartego o wiele macierzy dyskowych (par kontrolerów macierzowych) połączonych przełącznikami SAN lub tzw. wirtualizatorem sieci SAN czy wirtualizatorem macierzy dyskowych”. Tym samym Zamawiający zdefiniował w treści SIWZ macierz dyskową jako parę kontrolerów macierzowych.

Producenci sprzętu stosują różne koncepcje budowy kontrolerów:

- niektóre kontrolery macierzowe posiadają możliwość obsługi dysków twardych macierzy w tej samej obudowie (zaoferowane macierze IBM i Dell/EMC):

- oferowana przez innych wykonawców w postępowaniu macierz IBM posiada dedykowane dyski na system operacyjny macierzy wewnątrz obudowy,
- oferowana między innymi przez Odwołującego T-Systems macierz Dell/EMC rezerwuje 4 pierwsze dyski twarde obudowy kontrolera na potrzeby systemu operacyjnego macierzy – istnieją dwie metody implementacji dysków: te dyski współdzielą system operacyjny oraz dane albo są wydzielone wyłącznie na potrzeby hostowania systemu operacyjnego,
- istnieją także kontrolery nieposiadające miejsca na dyski obsługiwane przez macierz, w takiej sytuacji wewnątrz macierzy znajdują się dyski przeznaczone wyłącznie na system operacyjny (oferowane przez innych wykonawców w postępowaniu macierze HPE i Hitachi).

Żadna z zaoferowanych macierzy nie była w stanie obsłużyć minimalnej, wymaganej ilości dysków w samej tylko obudowie kontrolera, konieczne zatem stało się wykorzystywanie półek dyskowych. Zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1 do SIWZ – instrukcja pod Tabelą:

- półki dyskowe w zamówieniu gwarantowanym i opcjonalnym powinny być identyczne;
- kwant rozbudowy to jedna półka z 24 dyskami;
- niedopuszczalne było mieszanie dysków SAS i SSD w obrębie jednej półki (wyraźne rozdzielanie pozycji cenowych odnoszących się do dysków SAS i dysków SSD – mimo, że Zamawiający nie określił tego wymogu wprost.

Skoro macierz dyskowa została zdefiniowana jako para kontrolerów, a macierz powinna zawierać określoną liczbę dysków, z czego w każdej półce powinna być ich określona liczba, to rzeczywista minimalna liczba dysków powinna wynosić 96 dysków twardej SAS (mieszczące się w 4 półkach dyskowych) oraz 72 dyski SSD (mieszczące się w 3 półkach dyskowych).

Zestawiając pozycje z tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ z Załącznikiem nr 2 do SIWZ możliwe było stworzenie odpowiedniego przyporządkowania wg schematu: nazwa sprzętu (za Załącznikiem nr 1 do SIWZ) - miejsce w Załączniku nr 2:

1. Serwer Typ I wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją - Punkt 1 definiował wymagania minimalne odnośnie sprzętu; zakres dostawy, instalacji i konfiguracji zgodnie z punktami 5-7,
2. Serwer Typ II wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją - Punkt 2 definiował wymagania minimalne odnośnie sprzętu; zakres dostawy, instalacji i konfiguracji zgodnie z punktami 5-7,
3. Macierz wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją - Punkt 3 definiował wymagania minimalne odnośnie sprzętu; zakres dostawy, instalacji i konfiguracji zgodnie z punktami 5-7,

4. Przełączniki FC – SAN wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją - Punkt 4 definiuje wymagania minimalne odnośnie sprzętu; zakres dostawy, instalacji i konfiguracji zgodnie z punktami 5-7,
5. Półka dyskowa w ukończeniu 24 SAS HDD wraz ze wsparciem (etap I + etap II) - moduł rozszerzeń macierzy (extension),
6. Półka dyskowa w ukończeniu 24 SSD wraz ze wsparciem (etap I + etap II) - moduł rozszerzeń macierzy (extension).

Z powyższego wynikało, że Zamawiający wyraźnie rozdzielił kontrolery od półek dyskowych zamiennie posługując się wyrazami „macierz” i „moduł rozszerzeń macierzy” - patrz punkt M.10 punktu 3 Załącznika nr 2 do SIWZ: „Zasilanie - macierz i ew. moduły rozszerzeń (extension) powinny posiadać redundantne zasilanie umożliwiające pracę z sieci o napięciu 230V przy połowie działających zasilaczy na macierz lub rozszerzenie (...)”. Podobnie w przypadku poz. M.12 punktu 3 Załącznika nr 2 do SIWZ: „wszystkie krytyczne komponenty macierzy takie jak kontrolery dyskowe, pamięci cache, zasilacze i wentylatory muszą być zdublowane, tak, aby awaria pojedynczego elementu nie wpływała na funkcjonowanie całego systemu, komponenty te muszą być wymienne w czasie pracy macierzy”.

W treści SIWZ zawarte zostało następujące postanowienie:

„2) Zamówienie opcjonalne obejmuje:

- a) Etap I - sprzedaż, dostawę, instalację i konfigurację maksymalnie po 4 półki dyskowe do każdej dostarczonej w ramach zamówienia podstawowego macierzy (tj. maksymalnie po 8 półek dyskowych) w ukończeniu do 48 SAS HDD i do 48 SSD”.

Takie rozumienie postanowień wynikało także z procedury wyjaśnień SIWZ i jej zmian - np. wyjaśnienia z 12 lipca 2019 r. udzielone na pytanie wykonawcy nr 57, w wyniku których Zamawiający dodał istotne zastrzeżenie pod tabelą:

„Pytanie nr 57

Dotyczy odpowiedzi na pytanie nr 42 z dnia 04.07.2019 r. oraz modyfikacjach załącznika nr 1 do SIWZ. Czy w formularzu cenowym z pkt 4 w pozycjach od 1-4 Wykonawca ma przedstawić cenę jednostkową netto za urządzenia (wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją oraz przeprowadzeniem szkoleń) bez uwzględnienia usług gwarancyjnych wymienionych dla Etapu II? Ponadto czy w pozycji 3 tabeli tj. "macierz" cena jednostkowa za urządzenie ma uwzględniać pełną konfigurację macierzy czy konfigurację bez półek dyskowych i wymaganych dysków?

Odpowiedź na pytanie nr 57

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający informuje, że dokonuje zmiany pkt 4 formularza ofertowego, który stanowi załącznik nr 1 do SIWZ, który otrzymuje brzmienie:

2. Skoro macierz dyskowa musi zawierać moduły rozszerzeń, aby być w pełni funkcjonalną, to cena macierzy podana w tabeli powinna zawierać cenę dla obu etapów – tak samo

pozostałego sprzętu będącego elementem pojedynczego zamówienia celem zachowania spójności formularza ofertowego”.

Przyjmując $P(x)$ jako określenie ceny danej pozycji (przy czym x to liczba porządkowa zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ) w ocenie Odwołującego T-Systems prawidłowy sposób obliczenia całkowitej ceny zamówienia powinien wyglądać następująco:

$$\text{Cena całkowita} = P1*6 + P2*2 + (P3 + 4*P5 + 3*P6)*2 + P4*4$$

Wszyscy wykonawcy (poza wykonawcą Comtegra) obliczyli wartość zamówienia wg wzoru:

$$\text{Cena całkowita} = P1*6 + P2*2 + P3*2 + P4*4$$

W przypadku oferty wykonawcy Comtegra sposób obliczenia ceny był całkowicie niejasny, ponieważ suma wartości wynikająca z którychkolwiek ze wzorów dawała wyniki inne niż spodziewane (przyjmując ten drugi, do którego obliczeniom w ofercie wykonawcy Comtegra było bliżej, wartość sumy wynosiła więcej niż wartość Etapu I, lecz mniej niż suma etapów). Stawiając twierdzenie odwrotne (tj. przyjmując, że podana przez wykonawców innych niż Odwołujący, cena macierzy zawiera półki dyskowe) okazuje się, że wszystkie oferty (oprócz oferty wykonawcy Decsoft) zostały skonstruowane w taki sposób, iż sama macierz (zdefiniowana wcześniej jako para kontrolerów, bez dysków wymaganych w SIWZ) została zaoferowana za kwotę mniejszą niż 0,00 zł. W przypadku oferty wykonawcy Decsoft analogiczna wartość, byłaby symboliczna i nieodzwierciedlająca jakichkolwiek rynkowych poziomów wartości macierzy - kalkulacja nie została wykonana w prawidłowy, tj. prezentowany przez Odwołującego sposób.

Załącznik nr 5 do Umowy był skorelowany z Załącznikiem nr 1 do SIWZ i zawierał te same pozycje. Przy wykonywaniu umowy wybrany wykonawca będzie musiał wypełnić Załącznik nr 5 do Umowy w sposób następujący:

1. przenieść odpowiednie pozycje z Formularza Oferty na Załącznik nr 5 do Umowy;
2. dokonać rozdzielenia kwot przypadających na Etap I oraz Etap II (celem określenia, jaka będzie wartość wsparcia w ramach pozycji 1-4) – na przykład stosując podział pola „Opis/Nazwa” na dwie części i określając którego etapu ona dotyczy;
3. wprowadzić odpowiednie kwoty, zachowując odpowiednie proporcje, co będzie miało niebagatelne znaczenie przy zamówieniu opcjonalnym i będzie nierozdzielnie związane z charakterystyką zamówienia opcjonalnego.

Wybór którejkolwiek innej oferty niż Odwołującego spowoduje sytuację, w której wypełnienie Załącznika nr 5 do Umowy stanie się niemożliwe do wykonania, ponieważ na etapie wykonywania umowy nie będzie można sztucznie podzielić cen między pozycje.

Wada dotycząca sposobu wyceny ofert przez pozostałych wykonawców miały charakter niezgodności treści oferty z treścią SIWZ obligującej Zamawiającego do odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Próba sanowania powyższych wad musiałaby prowadzić do ustalenia na nowo treści ofert w zakresie wyceny poszczególnych elementów

składowych zamówienia i miałyby charakter niedozwolonych negocjacji treści ofert po upływie terminu ich składania.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie, ale w toku rozprawy kwestionował stanowisko Odwołującego T-Systems, wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał przede wszystkim, że Odwołujący T-Systems w błędny sposób interpretował SIWZ, co skutkowało podniesieniem zarzutów nie mających oparcia w faktycznych wymogach postawionych wykonawcom przez Zamawiającego.

Konsorcjum Comp wniosło pisemną odpowiedź na odwołania wskazując m.in.:

Odwołujący podniósł, że „Zamawiający nie określił wprost że niedopuszczalne jest mieszanie dysków SAS i SSD w obrębie jednej półki (wyraźne rozdzielnie pozycji cenowych odnoszących się do dysków SAS i dysków SSD)”. Poza odniesieniem się do rozdzielnia pozycji cenowych odnoszących się do dysków SAS i SSD nie określił jednak z jakiego innego miejsca specyfikacji taki zakaz miałby wynikać. Skoro Zamawiający nie określił wprost, że niedopuszczalne jest mieszanie dysków SAS i SSD to pozostawił w tym zakresie dowolność wykonawcom, którzy mogli przyjąć założenie mieszania dysków tych dwóch typów w ramach półek dyskowych.

Odwołujący T-Systems błędnie wskazał na str. 7 odwołania, że skoro macierz dyskowa została zdefiniowana jako para kontrolerów, a macierz powinna zawierać określoną liczbę dysków, z czego w każdej półce powinna być ich określona liczba, to rzeczywista minimalna liczba dysków powinna wynosić: 96 dysków twardej SAS mieszczących się w 4 półkach dyskowych i 72 dyski SSD mieszczące się w 3 półkach dyskowych. Powyższe założenie było sprzeczne z wymogiem M.3 załącznika nr 2 do SIWZ, Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, w którym Zamawiający w odniesieniu do dysków twardej określił, że macierz ma być wyposażona w: „min. 88 szt. identycznych dysków twardej SAS o prędkości obrotowej nie mniejszej niż 10.000 RPM i pojemności nie mniejszej niż 1,8 TB każdy posiadający możliwość wymiany w trybie hot swap; min. 56 sztuk identycznych dysków SSD o pojemności nie mniejszej niż 3 TB każdy posiadający możliwość wymiany w trybie hot swap”. Tym samym, zarówno przyjęta przez Odwołującego do obliczeń liczba dysków jak i liczba półek dyskowych była niezgodna z jednoznacznym wymogiem Zamawiającego.

Opracowany przez Odwołującego wzór opierał się na błędnym założeniu. Macierz – wbrew twierdzeniu Odwołującego T-Systems - to nie tylko kontrolery, ale także półki dyskowe z dyskami. Tym samym wyceniając macierz w tabeli zawartej w formularzu ofertowym należało wskazać cenę macierzy wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją, razem z półkami dyskowymi w ukompletowaniu. Konsorcjum Comp skonstruowało ofertę właśnie w taki sposób, zatem zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego T-Systems, kwota pozostała po odjęciu od ceny macierzy ceny półek dyskowych w ukompletowaniu odpowiadała rynkowej cenie macierzy.

Liczba dysków, którą zobowiązani byli uwzględnić wykonawcy wynosiła: 56 dysków SSD i 88 dysków SAS HDD. Pojemność jednej półki dyskowej to 24 dyski. Do obsługi wymaganej przez Zamawiającego liczby dysków konieczne było zatem użycie sześciu półek dyskowych. Rozumowanie Odwołującego T-Systems opierało się na założeniu, że macierz, o której mowa w poz. 3 tabeli w formularzu oferty, to jedynie dwa kontrolery, z pominięciem wszelkich innych komponentów, takich jak półki dyskowe i dyski. Z tego założenia Odwołujący T-Systems wywiódł wniosek, zgodnie z którym prawidłowo złożona oferta w ramach zamówienia podstawowego miała obejmować parę kontrolerów, 4 półki dyskowe zawierające 96 dysków SAS oraz 3 półki dyskowe zawierające 72 dyski SSD.

W ocenie Konsorcjum Comp na przeszkodzie takiej interpretacji stało przede wszystkim brzmienie załącznika nr 2 do SIWZ. Załącznik ten przesądza, że przedmiotem zamówienia w ramach zamówienia podstawowego była:

- a) dostawa 6 serwerów typu I,
- b) dostawa 2 serwerów typu II,
- c) dostawa 2 macierzy,
- d) dostawa 4 przełączników FC-SAN.

Do odwołania odniósł się też pisemnie wykonawca Polcom. Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania wskazując m.in.:

Treść wymagania znajdującego się w punkcie M.3 określała, że przez macierz, której dwa egzemplarze miały zostać dostarczone w ramach zamówienia podstawowego, Zamawiający rozumiał nie tylko kontrolery. Zamawiającemu chodziło o urządzenie wraz z dyskami (co najmniej 88 dysków SAS i 56 dysków SSD) instalowane w półkach dyskowych. Co za tym idzie, cena za macierz wskazana w poz. 3 tabeli w formularzu ofertowym musiała uwzględniać także cenę za półki dyskowe oraz dyski, które wykonawca będzie miał dostarczyć Zamawiającemu w ramach zamówienia podstawowego.

Zamawiający w odniesieniu do zamówienia podstawowego w ogóle nie posłużył się pojęciem „kwantu rozbudowy”, o którym wspomniał Odwołujący T-Systems. Posługiwanie się tym pojęciem to nadinterpretację. Błąd popełniony przez Odwołującego T-Systems można z łatwością dostrzec, konfrontując jego wniosek, co do wymaganej liczby dysków (96 dysków SAS i 72 dyski SSD; odpowiednio 4 i 3 „kwanty” po 24 dyski) z rzeczywistym wymaganiem SIWZ (co najmniej 88 dysków SAS i 56 dysków SSD, czyli liczby, których nie można uzyskać stosując „kwanty” po 24 dyski). Błąd ten prowadził Odwołującego także do bezzasadnego zarzutu, że wykonawca Polcom zaoferował inne ceny półek dyskowych w zamówieniu podstawowym i w zamówieniu opcjonalnym.

W ocenie wykonawcy Polcom Zamawiający nie postawił w treści SIWZ takich wymagań dotyczących obliczenia ceny, na których oparł swoje zarzuty Odwołujący T-Systems. W ramach zamówienia podstawowego przedmiotem zamówienia było dostarczenie 6 serwerów typu I (wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją), 2 serwerów typu II (wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją), 2 macierzy dyskowych (wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją) oraz 4 przełączników FC-SAN (wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją). Z kolei w ramach zamówienia opcjonalnego przedmiotem zamówienia było dostarczenie maksymalnie 4 półek dyskowych w ukończeniu 24 SAS HDD (etap I + etap II) oraz maksymalnie 4 półek dyskowych w ukończeniu 24 SSD (etap I + etap II). Ceny jednostkowe każdego z wymienionych produktów należało podać w tabeli cenowej. Natomiast w punkcie 4 formularza oferty należało podać cenę oferty brutto dla zamówienia podstawowego z wyszczególnieniem Etapu I oraz Etapu II (pkt 4 lit. a) oraz cenę oferty brutto dla zamówienia opcjonalnego z wyszczególnieniem Etapu I oraz Etapu II (pkt 4 lit. b). W ocenie Przystępującego Polcom właściwy sposób obliczenia ceny (tj. wypełnienia tabeli z cenami jednostkowymi oraz przełożenia jej treści na łączne ceny zamówienia podstawowego i opcjonalnego) był następujący:

- wykonawca w cenach jednostkowych produktów w tabeli powinien ująć cenę za Etap I oraz Etap II,
- cena brutto za wykonanie zamówienia podstawowego (Etap I oraz Etap II łącznie) powinna odpowiadać iloczynowi cen jednostkowych wskazanych w poz. 1-4 formularza ofertowego oraz liczby poszczególnych produktów,
- cena brutto za wykonanie zamówienia opcjonalnego (Etap I oraz Etap II łącznie) powinna odpowiadać iloczynowi cen jednostkowych wskazanych w poz. 5-6 formularza ofertowego oraz liczby poszczególnych produktów.

Algorytm obliczania ceny łącznej, który zastosował Odwołujący T-Systems był nieprawidłowy. Został odparty na założeniach, które nie były zgodne z postanowieniami SIWZ. W szczególności Odwołujący T-Systems przyjął błędne rozumienie pojęcia „macierzy”, ignorując treść tabeli znajdującej się w załączniku nr 2 do SIWZ. Ponadto, Odwołujący T-Systems przyjął, że konieczne było zaoferowanie w zamówieniu podstawowym aż 96 dysków SAS i 72 dysków SSD, mimo że co innego wynikało wprost z wymagania M.3 w załączniku nr 2 do SIWZ. Argumentacja Odwołującego T-Systems nie była trafna także z tej przyczyny, że wbrew jego twierdzeniom nie wszyscy wymienieni przez niego wykonawcy zastosowali ten sam algorytm obliczania ceny.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, złożone dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że obu Odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy -przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołań.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień po stronie Zamawiającego:

- a) Konsorcjum Comp zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2051/19 i KIO 2056/19;
- b) Konsorcjum Computex zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2051/19 i KIO 2056/19;
- c) wykonawcy Polcom zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2051/19;
- d) wykonawcy T-Systems zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2051/19;
- e) wykonawcy Decsoft zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 2056/19.

Przystąpienia nastąpiły z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, w tym z wykazaniem interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili, tj. Zamawiającego.

W toku posiedzenia z udziałem stron, 28 października 2019 r. w odniesieniu do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 2051/19 Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 7 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie przez Zamawiającego za uzasadnione zastrzeżenia przez Konsorcjum Comp jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów, tj. wykazu osób - zał. 8 oraz wykazu dostaw - zał. 7 wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych zamówień złożonych na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, mimo, że zastrzegający je wykonawca nie wykazał przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ograniczenie dostępu do ujętych w treści zastrzeżonych dokumentów informacji Odwołującemu Decsoft, co było sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania. Żaden z wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego KIO 2051/19 po stronie Zamawiającego nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego ww. zarzutu. Wobec powyższego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu, o czym orzekła w sentencji.

Izba uznała za niezasadne wnioski o częściowe odrzucenie obu odwołań złożone przez Konsorcjum Comp. W ocenie składu orzekającego wszystkie zarzuty podniesione przez

Odwołujących zostały podniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie.

KIO 2051/19

Zarzut nr 1, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty niezabezpieczonej prawidłowym i skutecznym wadium nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że jako wadialne zabezpieczenie oferty Konsorcjum Comp złożyło Zamawiającemu Gwarancję Bankową nr CRD/G/0085840 wystawioną 12 lipca 2019 roku przez BNP Paribas Bank Polska S.A. W treści gwarancji Gwarant oświadczył m.in.:

„Niniejszą gwarancję wystawiamy z następującego tytułu: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia („Postępowanie Przetargowe”), numer 122/Błil/19/AP/PMP, za zobowiązania: Konsorcjum firm w składzie: Lider - Comp S.A. ul. Jutrzenki 116 02-230 Warszawa KRS0000037706, Członek konsorcjum - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 116 02-230 Warszawa, KRS 0000160395 („Wykonawca”), na rzecz: Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, Polska. Przedmiot podlegający zabezpieczeniu niniejszą gwarancją: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Rozbudowa sprzętowa KSIP pod nowotworzony RW. Zostaliśmy poinformowani, że w związku z powyższym wymagane jest wniesienie wadium w wysokości: 270 000,00 PLN. W związku z powyższym, my, BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (...) działając na zlecenie następującego podmiotu: Comp S.A., (...) i na rzecz Wykonawcy, niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązujemy się, niezależnie od ważności i skutków prawnych wyżej wymienionego Postępowania Przetargowego, do wypłaty na Państwa rzecz każdej kwoty do maksymalnej wysokości: 270 000,00 PLN, po otrzymaniu Państwa pierwszego pisemnego żądania wypłaty zawierającego oświadczenie stwierdzające zaistnienie którejkolwiek z poniższych okoliczności:

1. Wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie i/lub
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy i/lub

- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,
2. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej z wymienieniem tej lub tych okoliczności”.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Wobec faktu, że przesłanki określone w tym przepisie nie zostały wypełnione w przedmiotowej sprawie Izba uznała zarzut nr 1 za niezasadny i podlegający oddaleniu.

Izba stanęła na stanowisku, że przytoczone postanowienia gwarancji wadialnej dowodzą, że dotyczyła ona zobowiązań Konsorcjum Comp. Ponadto Gwarant określił przypadki w jakich nieodwołalnie i bezwarunkowo dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego. Przypadki te zgodne są z wymaganym Pzp zakresem wadialnego zabezpieczenia ofert wykonawców i dotyczą zdarzeń leżących po stronie Konsorcjum Comp. W tej sytuacji nie można uznać, że Konsorcjum Comp nie wniosło wadium. Wobec tego Izba stwierdziła, że błędne jest wywodzenie przez Odwołującego jedynie z tytułu gwarancji bankowej, że jest ona nieprawidłowa. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie powyższa kwestia nie ma żadnego wpływu na skuteczność tej gwarancji. Tym samym zgłoszony zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comp, do złożenia pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum w zakresie wszystkich czynności podejmowanych przez pełnomocnika jednego z wykonawców tworzących Konsorcjum, w tym złożenia ofert, a tym samym dokonania oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej wyłącznie przez wykonawcę Comp, zamiast Konsorcjum Comp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że 10 lipca 2019 r. wykonawcy tworzący Konsorcjum Comp – tj. Comp oraz Enigma ustanowili jako pełnomocnika do reprezentacji Konsorcjum wykonawcę Comp. Strony określiły następujący zakres umocowania pełnomocnika:

„Pełnomocnik ma prawo do reprezentowania członków Konsorcjum łącznie, jak również każdego z nich z osobna zarówno w Postępowaniu jak i przy zawieraniu umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do:

- a) podpisania, parafowania i złożenia oferty z załącznikami,
- b) wniesienia wadium,
- c) składania w toku Postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z Postępowaniem, w tym zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty oraz innych dokumentów składanych w związku z Postępowaniem,
- d) poświadczania za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów składanych w toku Postępowania,
- e) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego będącego przedmiotem Postępowania,
- f) wnoszenia przysługujących w Postępowaniu środków ochrony prawnej, jak również złożenia oświadczenia o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez innego wykonawcę w Postępowaniu oraz przystąpienia do postępowania odwoławczego,
- g) wnoszenia pism w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym,
- h) reprezentowania Wykonawców na posiedzeniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym.

Pełnomocnik jest uprawniony do udzielenia dalszych pełnomocnictw”.

Powyższe dowodzi, że wykonawca Comp był należycie umocowany do reprezentacji Konsorcjum Comp w postępowaniu.

10 lipca 2019 r. wykonawca Comp udzielił pełnomocnictwa do samodzielnej reprezentacji spółki trzem osobom – panom: K.J., M.S. i R.U. Zakres pełnomocnictwa był następujący:

„(...) do samodzielnego reprezentowania Spółki w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Skarb Państwa Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa sprzętowa KSIP pod nowotworzony RW”, Sprawa nr: 122/Błil/19/AP/PMP (zwanego dalej „Postępowaniem”).

Z zastrzeżeniem poniższych postanowień, niniejsze pełnomocnictwo obejmuje w szczególności, ale nie wyłącznie umocowanie do:

- a) przygotowania, podpisania, parafowania i złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym m.in. przygotowania, podpisania, parafowania i złożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia,
- b) składania w toku Postępowania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy oraz dokonywania wszelkich czynności przewidzianych przepisami prawa, w tym m.in. zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz innych dokumentów składanych w związku z Postępowaniem, uzupełniania dokumentów, występowania o udostępnienie protokołu postępowania oraz wgląd do protokołu postępowania;
- c) poświadczania za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów składanych w toku Postępowania,
- d) wniesienia wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- e) wnoszenia i cofania przysługujących w Postępowaniu środków ochrony prawnej (w tym odwołania i skargi), złożenia oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, wniesienia opozycji, sprzeciwu, interwencji ubocznej oraz składania wszelkich oświadczeń w toku postępowania odwoławczego i skargowego przewidzianych w Dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych,
- f) wnoszenia pism i reprezentowania w postępowaniu przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej, Krajową Izbą Odwoławczą, Sądem Okręgowym, Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed wszystkimi instytucjami stosującymi przepisy Prawa zamówień publicznych,
- g) reprezentowania Spółki na posiedzeniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed Sądem Okręgowym.

Pełnomocnictwo niniejsze nie upoważnia pełnomocnika do zawarcia umowy o realizację w/w zamówienia publicznego jak również nie upoważnia do udzielania dalszych pełnomocnictw”.

Na kanwie przytoczonych postanowień pełnomocnictwa Izba stwierdziła, że z jego treści wynika, że trzech ww. pełnomocnicy byli uprawnieni do reprezentacji wykonawcy Comp w postępowaniu, mieli również prawo do złożenia w imieniu tego wykonawcy oferty w postępowaniu. Należy jednak wziąć pod uwagę, że wykonawca Comp był umocowany do reprezentacji Konsorcjum Comp. Odwołujący wskazywał, że ww. osoby zostały umocowane do reprezentacji wykonawcy Comp zanim został on umocowany do reprezentacji Konsorcjum Comp. Jednak dostrzeżenia wymaga, że oba ww. pełnomocnictwa zostały udzielone w tej samej dacie, tj. 10 lipca 2019 r. i praktycznie

w tym samym czasie, bowiem różnica pomiędzy złożeniem podpisów elektronicznych pod pełnomocnictwem dla wykonawcy Comp, a pełnomocnictwem dla ww. trzech osób była sekundowa a zatem należy ją uznać za taką, która nie może przesadzać o zasadności argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, opierającej się na fakcie wcześniejszego umocowania trzech osób do reprezentacji wykonawcy Comp niż umocowanie wykonawcy Comp do reprezentacji Konsorcjum..

Wobec powyższego nie budziło wątpliwości składu orzekającego, że panowie K.J., M.S. i R.U. byli umocowani do reprezentacji wykonawcy Comp, a co za tym idzie również Konsorcjum Comp. „Formularz Ofertowy do przetargu 122/Błil/19/AP/PMP” złożony przez Konsorcjum Comp w Części B zawiera informacje identyfikujące podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu: „Pełna nazwa: Comp S.A. – lider konsorcjum, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o. – członek konsorcjum”. Dowodzi to, że oferta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie została złożona przez wykonawcę Comp, a przez Konsorcjum Comp. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się podstaw prawnych i faktycznych do uznania, że Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum Comp do złożenia odpowiednich pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp.

Zarzuty nr od 3 do 5, tj. zarzuty naruszenia:

- 3. art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie, że zgodnym z przepisami Pzp było dokonanie przez wykonawcę uzupełnienia dokumentów wskazanych w tym przepisie bez wezwania Zamawiającego,**
- 4. art. 26 ust. 3 Pzp w związku z wezwaniem dokonany w trybie art. 26 ust. 3a) Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie, że ponowne złożenie wymaganych dokumentów przez Konsorcjum Comp było równoznaczne z realizacją wezwania do złożenia przez Konsorcjum Comp dokumentu pełnomocnictwa,**
- 5. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Comp, które nie wykazało braku podstaw wykluczenia nie przedkładając, zgodnie z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3a Pzp pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała dokumenty złożone uprzednio na wezwanie z art. 26 ust. 1, mające potwierdzić brak podstaw wykluczenia dla członka Konsorcjum Comp - wykonawcy Enigma,**

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, że Zamawiający, 25 września 2019 r. wystosował do Konsorcjum Comp następujące wezwanie:

„Na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) Zamawiający wzywa Państwa do uzupełnienia dokumentów w prowadzonym postępowaniu. Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 7 ppkt 7 w przypadku złożenia dokumentów podpisanych przez osobę(y) nie wymienioną(e) w dokumencie rejestracyjnym (ewidencyjnym), Zamawiający wymagał dołączenia stosownego pełnomocnictwa.

7.7. W przypadku dokonywania czynności związanych ze złożeniem wymaganych dokumentów przez osobę(y) nie wymienioną(e) w dokumencie rejestracyjnym (ewidencyjnym) Wykonawcy do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub kopię poświadczoną przez notariusza za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Przesłane przez Państwa dokumenty (tj. KRK członków Zarządu, KRK członków Rady Nadzorczej oraz KRK prokurentów, zaświadczenie z ZUS i US) członka Konsorcjum firmy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. zostały podpisane przez pana A.S.G tj. osobę nie wymienioną w KRS Członka Konsorcjum”.

W odpowiedzi Konsorcjum Comp 27 września 2019 r. drogą elektroniczną zamiast żądanego przez Zamawiającego pełnomocnictwa ponownie przesłało komplet złożonych wcześniej dokumentów, z tym, że zostały one podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji Konsorcjum Comp: „W odpowiedzi na Państwa pismo nr FZF-11327/19 z dnia 25.09.2019 r. w załączeniu przedkładam wymagane przez Zamawiającego dokumenty poświadczone przez Panią K. M. L., której pełnomocnictwo z dnia 10 lipca 2019 r. zostało złożone wraz z ofertą”.

Celem wezwania z 25 września 2019 r. było uzyskanie przez Zamawiającego prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum Comp warunków udziału w postępowaniu. Treść dokumentów, o których mowa w wezwaniu, nie budziła wątpliwości Zamawiającego, nie kwestionował ich również Odwołujący. Wadliwość dokumentów sprowadzała się do ich podpisania przez osobę, która nie została wskazana jako umocowana do reprezentacji wykonawcy. W tej sytuacji przesłanie Zamawiającemu zamiast odpowiedniego pełnomocnictwa dla pana A.S.G., tych samych dokumentów, ale podpisanych przez osobę umocowaną do reprezentacji Konsorcjum Comp wywołało skutek tożsamy z zastosowaniem się przez Konsorcjum do dyspozycji wynikającej z treści wezwania z 25 września 2019 r. W efekcie, wykonawca składając KRK członków Zarządu, KRK członków Rady Nadzorczej oraz KRK prokurentów, zaświadczenie z ZUS i US zamiast pełnomocnictwa uzupełnił braki stwierdzone przez Zamawiającego. Z tego względu, Izba uznała, że brak jest przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1

pkt 12 Pzp. Wykluczenie, biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, stanowiłoby w tej sytuacji przejaw rażącego formalizmu. Konsorcjum w pełni wypełniło cel, jakiemu służyło wezwanie z 25 września 2019 r. bowiem w dyspozycji Zamawiającego znalazły się dokumenty podpisane przez osobę prawidłowo do tego umocowaną. ,
Z powyższych względów Izba oddaliła zarzuty o numerach od 3 do 5.

Zarzuty nr 6 i 8, tj. zarzuty naruszenia:

- 6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comp, mimo że zachodziły przesłanki do jej odrzucenia, jako oferty niezgodnej z SIWZ w zakresie braku wskazania zamiaru realizacji części umowy przez podwykonawców mimo, że żaden z podmiotów tworzących Konsorcjum Comp nie miał wystarczających kompetencji i uprawnień do realizacji usług objętych Etapem I (w zakresie szkolenia) i Etapem II w zakresie posiadania autoryzacji producenta oferowanego sprzętu, w tym do wykonywania czynności gwarancyjnych,**
- 8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert: Konsorcjum Computex, wykonawcy Comtegra oraz wykonawcy T-Systems, mimo, że zachodziły przesłanki do ich odrzucenia jako niezgodnych z SIWZ w zakresie braku wskazania zamierzonej realizacji części umowy przez podwykonawców mimo, że żaden z tych wykonawców nie miał wystarczających kompetencji i uprawnień do realizacji usług objętych Etapem I (w zakresie szkolenia) i Etapem II w zakresie posiadania autoryzacji producenta oferowanego sprzętu, w tym do wykonywania czynności gwarancyjnych,**

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, że Załącznik nr 3 do wzoru Umowy – „Warunki gwarancyjne i serwisowe” stanowił m. in.:

„2. Firma świadcząca gwarancję musi posiadać:

- a) autoryzację producenta serwera do wykonywania czynności gwarancyjnych (jeżeli producent serwera jest jednocześnie firmą świadczącą gwarancję, dokument ten nie jest wymagany),
- b) oświadczenie producenta serwera, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy świadczącej gwarancję, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem”.

Natomiast określający wymagania dotyczące szkoleń administracyjnych Załącznik nr 4 do wzoru Umowy wskazywał m. in.:

1. „Wykonawca zapewni w ramach realizacji Umowy autoryzowane przez producenta sprzętu szkolenia z obsługi dostarczonych elementów infrastruktury dla pracowników Zamawiającego, z zakresu budowy architektury, instalacji, konfiguracji, administracji i zarządzania dostarczonymi w ramach Umowy serwerami,
2. Wykonawca zapewni w ramach realizacji Umowy autoryzowane przez producenta sprzętu szkolenia z obsługi dostarczonych elementów infrastruktury dla pracowników Zamawiającego. z zakresu budowy architektury, instalacji, konfiguracji, administracji i zarządzania dostarczonymi w ramach Umowy macierzami,
3. Wykonawca zapewni w ramach realizacji Umowy autoryzowane przez producenta sprzętu szkolenia z obsługi dostarczonych elementów infrastruktury dla pracowników Zamawiającego, z zakresu budowy architektury, instalacji, konfiguracji, administracji i zarządzania dostarczonymi w ramach Umowy przełącznikami SAN, (...)
7. Szkolenia muszą odbyć się w certyfikowanym ośrodku szkoleniowym w Warszawie, zajęcia prowadzone przez wykwalifikowany personel i zakończyć się wydaniem imiennych certyfikatów dla uczestników szkolenia”.

W SIWZ oraz załącznikach do SIWZ Zamawiający nie określił obowiązku, aby wskazany wyżej zakres przedmiotu zamówienia został zrealizowany osobiście przez wybranego w toku postępowania wykonawcę. Brak jest również obowiązku, by tą część usług w ramach realizacji zadania świadczyli podwykonawcy. W tej sytuacji Izba uznała, że dopuszczalne jest świadczenie ww. usług zarówno przez wykonawcę osobiście, jak i jego ewentualnych podwykonawców, ale także zlecenie przez wybranego wykonawcę podmiotom zewnętrznym. Świadczy o powyższym literalna interpretacja kluczowych dla oceny zasadności zarzutów postanowień przytoczonych wyżej fragmentów załączników nr 3 i 4 do wzoru Umowy: „Firma świadcząca gwarancję musi posiadać...”, „Wykonawca zapewni w ramach realizacji Umowy autoryzowane przez producenta sprzętu szkolenia...”. W ocenie Izby taki sposób określenia obowiązków wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia wskazuje, że w sytuacji np. wystąpienia okoliczności uzasadniających oddanie określonych urządzeń do serwisu, wykonawca może, z poszanowaniem postanowień Umowy oraz SIWZ, przekazać sprzęt do naprawy prowadzącego autoryzowany serwis podmiotowi zewnętrznemu, byle tylko podmiot taki spełniał wymogi postawione przez Zamawiającego. Podobnie w przypadku szkoleń – mogą one zostać zleczone odpowiedniemu podmiotowi szkolącemu – podmiot taki wcale nie musi być podwykonawcą. Co za tym idzie, wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mieli obowiązku wskazywania w swoich ofertach ani podwykonawców, ani części zadań, które miałyby być im powierzone do realizacji. Ponadto Konsorcjum Comp

w toku rozprawy udowodniło, że samodzielnie spełnia postawione przez Zamawiającego wymogi dotyczące zdolności wykonawcy do świadczenia usług serwisowych zgodnych z warunkami SIWZ składając jako dowód oświadczenia:

1. Fujitsu, które oświadczyło, że w cenie oferty Konsorcjum Comp zawarte zostały autoryzowane przez producenta sprzętu szkolenia z obsługi dostarczonych elementów infrastruktury dla pracowników Zamawiającego, z zakresu budowy, architektury, instalacji, konfiguracji, administracji i zarządzania dostarczonymi w ramach Umowy serwerami,
2. Hitachi Vantara Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oświadczyła, że w cenie oferty Konsorcjum zawarte zostały:
 - a) Autoryzowane przez producenta sprzętu szkolenia z obsługi dostarczonych elementów infrastruktury dla pracowników Zamawiającego, z zakresu budowy, architektury, instalacji, konfiguracji, administracji i zarządzania dostarczonymi w ramach Umowy macierzami.
 - b) Autoryzowane przez producenta sprzętu szkolenia z obsługi dostarczonych elementów infrastruktury dla pracowników Zamawiającego, z zakresu budowy, architektury, instalacji, konfiguracji, administracji i zarządzania dostarczonymi w ramach Umowy przełącznikami SAN.

Dowody powyższe Izba uznała za wiarygodne.

Izba uwzględniła również dowody złożone w toku rozprawy przez Konsorcjum Comp na okoliczność wykazania, że wykonawca ten posiada autoryzację do świadczenia usług gwarancyjnych dla produktów Fujitsu.

Odwołujący nie zdołał wykazać, że wykonawcy, których dotyczyły zarzuty nr 6 i 8 nie będą w stanie zapewnić Zamawiającemu realizacji Etapu I (w zakresie szkolenia) oraz Etapu II przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z literalnym brzmieniem postanowień SIWZ oraz załączników do SIWZ. Odnoszący się do wykonawców: Konsorcjum Computex, Comtegra i T-Systems zarzut nr 8 został sformułowany bardzo ogólnikowo. Odwołujący zaniechał zarówno odpowiedniego uzasadnienia tego zarzutu, jak również poparcie go odpowiednimi dowodami. Wobec niewypełnienia przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oraz na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp, który stanowi, że „strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy” Izba oddaliła zarzuty nr 6 i 8 odwołania.

Jako nieudowodniony – na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp – został oddalony również zarzut nr 9 odwołania, tj.: zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp przez

zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniających warunków udziału przez wykonawcę Polcom w zakresie zobowiązania do udostępnienia zasobów od Fujitsu. Z treści zobowiązania z 30 lipca 2019 r. do oddania niezbędnych zasobów Fujitsu wskazało osoby, które udostępni na rzecz wykonawcy Polcom w każdy sposób jaki okaże się niezbędny. Osoby te spełniały wymogi SIWZ, co do niezbędnych kwalifikacji. Fujitsu oświadczyło też, że udostępnione osoby będą brały udział w wykonaniu zamówienia przez cały okres jego realizacji, przez faktyczne uczestnictwo w realizowanym zamówieniu jak również poprzez konsultacje telefoniczne oraz realizowane drogą elektroniczną. Treść zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz Polcom w ocenie Izby nie budzi wątpliwości ani co do zakresu, ani co do jego realnego charakteru. Odwołujący Decsoft nie poparł zarzutu nr 9 żadnymi dowodami, wobec czego Izba oddaliła ten zarzut.

KIO 2056/19

Zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców:

- **Konsorcjum Comp,**
- **Decsoft,**
- **Comtegra,**
- **Konsorcjum Computex,**
- **Polcom,**

z powodu niezgodności treści ofert ww. wykonawców z treścią SIWZ, a także ze względu, że zawierały błędy w obliczeniu cen, nie potwierdził się.

Oceniając odwołanie wniesione przez Odwołującego T-Systems skład orzekający uznał, że wszystkie argumenty mające potwierdzać słuszność podniesionych zarzutów oparte zostały na interpretacji SIWZ dokonanej przez Odwołującego. Odwołujący przeanalizował treść Opisu przedmiotu zamówienia i na podstawie własnych ustaleń uznał, że oferty wszystkich pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu były niezgodne z SIWZ. Zamawiający nie określił w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ takich wymogów, co do sposobu obliczania ceny, na których oparł swoje zarzuty Odwołujący T-Systems.

W zakresie zamówienia podstawowego przedmiotem zamówienia jest dostawa:

1. 6 serwerów typu I (wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją),
2. 2 serwerów typu II (wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją),

3. 2 macierzy dyskowych (wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją),
4. 4 przełączników FC-SAN (wraz z dostawą, instalacją i pełną konfiguracją).

Przedmiotem zamówienia opcjonalnego będzie dostawa maksymalnie:

5. 4 półek dyskowych w ukończeniu 24 SAS HDD (etap I + etap II),
6. 4 półek dyskowych w ukończeniu 24 SSD (etap I + etap II).

Wykonawcy mieli obowiązek określić w tabeli cenowej ceny jednostkowe każdego z ww. produktów. Zgodnie z § 1 wzoru Umowy przedmiot zamówienia został określony następująco:

„3. Zamawiający przewiduje w ramach Umowy możliwość skorzystania z prawa opcji, gdzie:

1) Zamówienie podstawowe (gwarantowane) obejmuje sprzedaż i dostawę do siedziby Zamawiającego:

1.1. Etap I - sprzedaż, dostawa, instalacja i konfiguracja sprzętu, którego szczegółowy opis zawiera Załącznik nr 1 do Umowy oraz przeprowadzenie szkoleń zgodnie z wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 4 do Umowy.

1.2. Etap II - świadczenie usługi gwarancyjnej dla sprzętu dostarczonego w ramach Etapu I zamówienia podstawowego, której szczegółowy opis zawiera Załącznik nr 3 do Umowy.

2) Zamówienie opcjonalne obejmuje:

2.1. Etap I - sprzedaż, dostawę, instalację i konfigurację maksymalnie po 4 półki dyskowe do każdej dostarczonej w ramach zamówienia podstawowego macierzy (tj. maksymalnie 8 półek dyskowych) w ukończeniu do 48 SAS HDD i do 48 SSD (łącznie: do 96 szt. dysków twardej SAS HDD i do 96 szt. dysków SSD), spełniających te same wymagania co półki dostarczone w Etapie I zamówienia podstawowego, wraz z niezbędnymi licencjami opisanymi w Załączniku nr 1 do Umowy.

2.2 Etap II - świadczenie usługi gwarancyjnej dla sprzętu dostarczonego w ramach Etapu I zamówienia opcjonalnego, której szczegółowy opis zawiera Załącznik nr 3 do Umowy”.

§ 4 wzoru Umowy – „Płatności” stanowi natomiast:

„1. Wartość Przedmiotu umowy zamówienia podstawowego dla Etapu I określonego w § 1 ust. 2 pkt 1 ppkt 1.1, Strony ustalają na kwotę zł (...). Wartość Przedmiotu umowy brutto obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Umowy z uwzględnieniem podatku od towarów i usług VAT, innych opłat i podatków, opłat celnych, kosztów dokumentacji, kosztów opakowania, skalkulowanych z uwzględnieniem kosztów dostawy (transportu) do określonych Umową lokalizacji.

2. Maksymalna wartość Przedmiotu umowy zamówienia opcjonalnego dla Etapu I określonego w § 1 ust. 2 pkt 2 ppkt 2.1, Strony ustalają na kwotę (...). Wartość Przedmiotu umowy brutto obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Umowy z uwzględnieniem podatku od towarów i usług VAT, innych opłat i podatków, opłat celnych, kosztów dokumentacji, kosztów opakowania oraz ewentualnych upustów i rabatów, skalkulowanych z uwzględnieniem kosztów dostawy (transportu) do określonej Umową lokalizacji.
3. Zryczałtowaną opłatę kwartalną za realizację umowy dla Etapu II zamówienia podstawowego określonego w § 1 ust. 2 pkt 1 ppkt 1.2, Strony ustalają na (...) opłat kwartalnych na kwotę (...).
4. Maksymalną zryczałtowaną opłatę kwartalną za realizację umowy dla Etapu II zamówienia opcjonalnego określonego w § 1 ust. 2 pkt 2 ppkt 2.2, Strony ustalają na (...) opłat kwartalnych na kwotę (...)."

Przytoczone postanowienia wzoru Umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, przeczą stanowisku Odwołującego T-Systems, co do wzoru matematycznego, według którego powinna być obliczana cena ofertowa. Ceny półek dyskowych z punktów 5 i 6, zawierać miały także ceny serwisu wchodzącego w zakres Etapu II realizacji zadania. Pozycja nr 3 - macierze, to wyłącznie Etap I zamówienia, zatem nie uwzględniający cen serwisu. Z tego względu obliczenia Odwołującego oparte na wzorze „Cena całkowita = $P1*6 + P2*2 + (P3 + 4*P5 + 3*P6)*2 + P4*4$ ” są błędne. Wszyscy wykonawcy, których dotyczą zarzuty odwołania, w ocenie Izby kalkulowali ceny swoich ofert w prawidłowy sposób, tj. zgodny z wymogami SIWZ.

W zakresie wymogów technicznych dotyczących macierzy dyskowych Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ wskazał m. in.:

1. Architektura macierzy – „oferowany system dyskowy musi składać się z pojedynczej macierzy dyskowej. Niedopuszczalne jest realizowanie zamówienia poprzez dostarczenie wielu macierzy dyskowych. Za pojedynczą macierz nie uznaje się rozwiązania opartego o wiele macierzy dyskowych (par kontrolerów macierzowych) połączonych przełącznikami SAN lub tzw. wirtualizatorem sieci SAN czy wirtualizatorem macierzy dyskowych”.
2. Dyski twarde – „min. 88 szt. identycznych dysków twardej SAS o prędkości obrotowej nie mniejszej niż 10.000 RPM i pojemności nie mniejszej niż 1,8 TB każdy, posiadający możliwość wymiany w trybie hot swap; min. 56 szt. identycznych dysków SSD o pojemności nie mniejszej niż 3 TB każdy, posiadający możliwość wymiany w trybie hot swap”.

Przytoczone postanowienia stoją w sprzeczności z twierdzeniem Odwołującego T-Systems, co do rzeczywistej, minimalnej ilości dysków mającej być przedmiotem dostawy w ramach zadania. Cena macierzy wykazana w formularzu ofertowym obejmować miała także dostawę, instalację i pełną konfigurację, razem z półkami dyskowymi w ukończeniu i w ten sposób skonstruowane zostały oferty wykonawców, których dotyczą zarzuty odwołania. Nie potwierdziło się też stanowisko Odwołującego wskazujące, że kwant rozbudowy to jedna półka z 24 dyskami i niedopuszczalne było mieszanie dysków SAS i SSD w obrębie jednej półki - Zamawiający nie określił takiego wymogu w żadnym z dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazał minimalną wymaganą ilość dysków, ale dopuścił, by półki dyskowe nie były w pełni obsadzone dyskami. Ponadto ukończenie półek dyskowych, wbrew stanowisku Odwołującego, nie musi być identyczne – wymóg taki nie znajduje oparcia w SIWZ, nie ma także uzasadnienia technicznego .

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przytoczył część postanowień SIWZ, ale w ocenie składu orzekającego przez ich interpretację próbował nadać im inne, niż literalne, brzmienie. Działanie takie było nieuzasadnione. Treść SIWZ powinna być interpretowana z poszanowaniem zasady pierwszeństwa wykładni gramatycznej. Próba dokonania zawężającej wykładni postanowień SIWZ na etapie po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna.

Z powyższego względu, mimo, że Odwołujący T-Systems złożył dowody na poparcie podniesionych zarzutów Izba uznała, że są one nieprzydatne, ze względu na fakt, iż źródłem zarzutów jest błędna interpretacja postanowień SIWZ dokonana przez Odwołującego. Obraz stanu faktycznego opisany przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, jak i pismach procesowych, zdaniem Izby również nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości.

Izba oceniła jako prawidłową, przytoczoną wyżej, argumentację przedstawioną w pisemnych odpowiedziach na odwołanie złożonych przez Konsorcjum Comp i Przystępującego Polcom i uznała ją za swoją.

Tym samym – wynikowo wobec oddalenia pierwszego zarzutu – Izba uznała za niezasadny drugi z zarzutów odwołania, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej. Oferta Konsorcjum Comp spełniała wymogi SIWZ, zatem Zamawiający był uprawniony by wybrać ją jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....

.....

.....