

Sygn. akt: KIO 2092/14

**WYROK**

**z dnia 24 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 października 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 października 2014 r.** przez **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministra Sprawiedliwości reprezentowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Infomex Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) IntegraKom Sp. z o.o. (Partner)** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Płowiecka 105/107, 04-501 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach którego nakazuje Zamawiającemu wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty o autoryzację producenta sprzętu komputerowego firmy IBM lub polskich przedstawicieli producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych firmy IBM w zakresie urządzeń IBM, które zostały określone w załączniku nr 1 do wzoru umowy, tj. zestawieniu sprzętu i oprogramowania stanowiącego załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” potwierdzającą stosowną autoryzację nie później niż w dniu 21.08.2014 r.,**

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Ministra Sprawiedliwości reprezentowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Skarb Państwa – Ministra Sprawiedliwości reprezentowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** na rzecz **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zakup wsparcia technicznego i opieki serwisowej dla sprzętu HP i IBM (kontynuacja serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urzędzeń komputerowych firm HP i IBM)”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 139-249689 dnia 23.07.2014 r., przez Skarb Państwa - Ministra Sprawiedliwości, reprezentowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 30.09.2014 r. (faxem) Zamawiający poinformował m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Infomex, drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Betacom S.A., ul. Połczyńska 31a, 01-377 Warszawa zwana dalej: „Betacom S.A.” albo „Odwołującym”.

W dniu 10.10.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Betacom S.A. wniósł na podstawie art. 179 ust.1 w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie na w/w czynności w zakresie. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.10.2014 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 7 ust 1 Pzp, 2) art. 26 ust 3 Pzp 3) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp
- 4) art. 91 ust 1 Pzp i innych wskazanych w treści odwołania.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności uznania za taką oferty wykonawcy konsorcjum Infomrx dokonanie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ, po ewentualnym wezwaniu do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego że oferowane świadczenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 Pzp.

Zgodnie z SIWZ, przedmiotem zamówienia jest:

- kontynuacja serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego zwanego dalej „oprogramowaniem” oraz zespołu urzędzeń komputerowych firmy HP,
- kontynuacja serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego zwanego dalej „oprogramowaniem” oraz zespołu urzędzeń komputerowych firmy IBM.

Zważywszy na przedmiot zamówienia, Zamawiający w treści SIWZ sformułował swoje wymagania odnośnie dokumentów potwierdzających że oferowany przedmiot zamówienia

spełnia wymagania Zamawiającego.

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 10 SIWZ, Zamawiający oczekiwał od Wykonawców:

*„10. Na podstawie art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Rozdziale III pkt 6-9, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą oświadczenia Wykonawcy potwierdzającego spełnianie tych wymogów - oryginał lub kopia (odpis) poświadczona(-y) notarialnie lub kopia dokumentu/dokumentów poświadczona za zgodność z oryginałem przez osobę/osoby uprawnioną/uprawnione do reprezentowania Wykonawcy, Oryginał oświadczenia musi być podpisany przez Wykonawcę.”*

W trakcie postępowania Odwołujący pismem z dnia 01.08.2014 r. zwrócił się do Zamawiającego z następującej treści wezwaniem dotyczącym wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie dotyczącym powyższego wymagania:

Rozdział III pkt 10: *„Na podstawie art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Rozdziale III pkt 6-9, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą oświadczenia Wykonawcy potwierdzającego spełnianie tych wymogów - oryginał lub kopia (odpis) poświadczona(-y) notarialnie lub kopia dokumentu/dokumentów poświadczona za zgodność z oryginałem przez osobę/osoby uprawnioną/uprawnione do reprezentowania Wykonawcy. Oryginał oświadczenia musi być podpisany przez Wykonawcę.”*

Wykonawca wnosil o potwierdzenie czy Zamawiający w ramach weryfikacji oświadczenia wymaga dołączenia do oferty Wykonawcy pisemnych oświadczeń od producentów sprzętu/oprogramowania (HP/IBM) potwierdzających spełnienie przez Wykonawcę warunków wymienionych w punktach 6.8 i 9 Rozdziału III ?

Zamawiający pismem z dnia 08.08.2014 r. wskazał, iż

*„Zamawiający działając zgodnie z art. 38 ust 4 ustawy zmienia treść SIWZ, tj. zmienia treść pkt 10 w Rozdziale III SIWZ, w następujący sposób:*

*10. Na podstawie art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą autoryzacji producenta sprzętu komputerowego firm Hewlett-Packard i IBM lub polskich przedstawicieli producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych firm Hewlett-Packard i IBM wyszczególnionymi w załączniku nr 1 do Wzoru Umowy, który stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ (Wzór Umowy), oryginał lub kopia dokumentu poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę: dokument sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski - oryginał tłumaczenia lub kopia tłumaczenia poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.”*

Na skutek powyższej zmiany treści SIWZ Zamawiający określił ostateczne brzmienie treści SIWZ i swojego wymagania odnośnie wymaganych dokumentów przedmiotowych. Dodatkowo podkreślenia wymaga znaczenie jakie nadawał Zamawiający przedmiotowemu dokumentowi w postępowaniu jako gwarantowi jakości i pewności realizacji go zgodnie z wymaganiami. Konsorcjum złożyło wraz z ofertą na potwierdzenie powyższego wymagania dokument z którego treści wynika, iż w zakresie sprzętu producenta HP:

Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. w związku z przedmiotowym postępowaniem jako polski przedstawiciel producenta sprzętu Hewlett - Packard oświadczył, iż:

*Infomex Sp. z o.o. może świadczyć usługi serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych firmy Hewlett-Packard w zakresie urządzeń Hewlett - Packard, których lista i numery seryjne zostały określone w załączniku nr 1 do wzoru umowy - zestawienie sprzętu i oprogramowania stanowiącego załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (z uwzględnieniem zmian wynikających z wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 8 sierpnia 2014 r.).*

*Z dalszej części oświadczenia przedstawiciela producenta wynika, iż świadczenie usług serwisu do ww. urządzeń odbywać się będzie z udziałem HP Polska, jako bezpośredniego lub pośredniego podwykonawcy na podstawie oferty HP Polska nr MS/BOF-11-3710-33/14 z zastrzeżeniem konieczności zawarcia z HP Polska przez podmiot przyjmujący ofertę HP Polska nr MS/BOF-II-3710-33/14 umowy podwykonawstwa gwarantującej dostęp do know-how, najlepszych praktyk i polityk HP Polska w zakresie usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych firmy Hewlett-Packard objętych Postępowaniem.*

Powyższy dokument analogicznie do dokumentu znajdującego się w ofercie Odwołującego jest dokumentem zgodnym z wymaganiami Zamawiającego i takiego właśnie dowodu potwierdzającego zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego oczekiwano.

Zastrzeżenia Odwołującego dotyczą jednak zakresu dotyczącego sprzętu producenta IBM.

Konsorcjum załączyło do swojej oferty pismo z IBM Polska Sp. z o.o. informujące, że oddział firmy IntegraKom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul Płowieckiej 105/107 jest Autoryzowanym Partnerem Serwisowym IBM, oraz, że firma jest upoważniona do prowadzenia serwisu gwarancyjnego serwerów IBM System x, w tym systemów IBM BladeCenter w technologii x.

Po zapoznaniu się z treścią złożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą dokumentu Odwołujący zasygnalizował pismem do Zamawiającego z dnia 28.08.2014 r., powyższą niezgodność z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący podkreślał w ww. piśmie, iż autoryzacja upoważniająca oddział firmy IntegraKom Sp. z o.o. do prowadzenia serwisu gwarancyjnego jest niewystarczająca i nie spełnia wymagań Zamawiającego gdyż zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia nie jest prowadzenie serwisu gwarancyjnego, ale świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego i Zamawiający żądał adekwatnych do zakresu zamówienia dokumentów.

Na skutek powyższego pisma, Zamawiający uznał iż zastrzeżenia Odwołującego zasługują na uwzględnienie czemu dał wyraz wzywając Konsorcjum pismem z dnia 17.09.2014r. w trybie art. 26 ust 4 Pzp do wyjaśnień przedmiotowego dokumentu.

Jak podkreślał to Zamawiający w powołanym piśmie (str. 2), z treści złożonego dokumentu wraz z ofertą nie wynika, że autoryzacja IBM dotyczy wymaganego przez Zamawiającego świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego a jedynie upoważnia do prowadzenia serwisu gwarancyjnego.

Uwzględniając powyższe Zamawiający zażądał od Konsorcjum wyjaśnień dot. tego pisma, i udzielenia odpowiedzi na pytanie czy Wykonawca posiada autoryzację IBM do świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych IBM, w szczególności urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do Wzoru umowy co było zasadniczym wymaganiem Zamawiającego dotyczących wszystkich wymaganych i prawidłowych dokumentów w zakresie określonym w SIWZ.

W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie Zamawiającego Konsorcjum pismem z dnia 22.09.2014r. wyjaśnił, iż uczestnik Konsorcjum IntegraKom sp. z o.o. na dzień 20 sierpnia 2014r. posiadał i w dalszym ciągu posiada autoryzacje IBM do świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych IBM, w szczególności urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do Wzoru umowy który stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ.

Zgodnie z SIWZ dowodem potwierdzenia iż wykonawca posiada wymagane kompetencje jest wyłącznie autoryzacja producenta sprzętu komputerowego IBM lub polskich przedstawicieli producenta sprzętu, potwierdzająca możliwość świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych IBM wyszczególnionymi w załączniku nr 1 do Wzoru Umowy, który stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ (Wzór Umowy), oryginał lub kopia dokumentu poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

Dodatkowo w ocenie Odwołującego złożona przez Konsorcjum wraz z ofertą autoryzacja nie spełnia wymagań Zamawiającego ponieważ nie pokrywa swoim zakresem wszystkich wymagań stawianych przez Zamawiającego, a w szczególności:

1. Par. 4 pkt 8 Wzoru umowy - działań związanych z pokryciem kosztów wypożyczenia sprzętu zastępczego przez Zamawiającego.

2. Par. 4 pkt 8 Wzoru umowy - działań związanych z pokryciem kosztów naprawy sprzętu przez inną firmę wybraną przez Zmawiającego, przy jednoczesnym dalszym zachowaniu gwarancji.
3. Par. 4 pkt 13 Wzoru umowy - przedłużenia okresu trwania serwisu , stanowiącego przedmiot umowy dla wymienionych na nowe urządzeń będzie automatycznie wydłużony o czas trwania ich naprawy.
4. Par. 4 pkt 11 Wzoru umowy - prac związanych z ponowną instalacją oprogramowania po wykonanej naprawie.
5. Par. 4 pkt 29 Wzoru umowy - wszelkich prac związanych z opieką serwisową dla oprogramowania IBM, a tym samym konsultacji technicznych dla oprogramowania IBM.
6. Par. 4 pkt 4 Wzoru umowy - świadczenia czasu reakcji na zgłoszenia awarii oprogramowania wynoszącego 1 h.

Reasumując w związku z faktem, że prowadzenie serwisu gwarancyjnego serwerów IBM System x nie jest tożsame z wymaganiami Zamawiającego w zakresie świadczenie usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania IBM, uważamy, że przedstawiona autoryzacja posiadana przez Konsorcjum jest niewystarczającym potwierdzeniem spełnienia wymagań SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający pomimo jednoznacznego w swej treści i formie oczekiwania zawartego w SIWZ zaakceptował dokument zawarty na str. 43 oferty Konsorcjum pomimo, iż także w jego ocenie, dokument ten nie spełniał wymagań określonych przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający zaakceptował treść wyjaśnień samego wykonawcy, który zapewnił go o tym, iż posiada niezbędne kompetencje, pomimo braku przedstawienia wymaganego dowodu w tym zakresie.

Jak wynika z powyższych ustaleń Zamawiający na etapie rozstrzygnięcia postępowania nie posiadał dokumentu wymaganego w SIWZ, pochodzącego od wskazanego podmiotu, z którego treści wynikałyby informacje konieczne dla oceny spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań Zamawiającego. Jednocześnie uznał za taki dokument oświadczenie własne podmiotu nieuprawnionego w osobie samego wykonawcy, który złożył Zamawiającemu oświadczenie własne.

Wskazał na następujące orzeczenia: wyrok KIO 13.05.2014 r., sygn. akt: KIO 816/14; wyrok KIO 19.03.2014 r., sygn. akt: KIO 419/14 ; wyrok KIO 08.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2303/13 oraz wyrok KIO 7.05.2014, sygn. akt: KIO 796/14.

Jak wskazuje stan faktyczny sprawy, nie jest przedmiotem sporu ani dla wykonawców ani też dla Zamawiającego treść wymagań odnośnie dokumentów przedmiotowych. Nie budzi także wątpliwości Zamawiającego iż treść złożonego dokumentu przedmiotowego producenta IBM nie wystarcza dla udowodnienia, iż oferowany przedmiot świadczenia spełnia wymagania Zamawiającego.

Nie sposób zaakceptować na gruncie Pzp sytuacji gdy Zamawiający w stosunku do wykonawcy którego ofertę uznaje za najkorzystniejszą dokonuje, na etapie oceny ofert, zmiany wymagań w zakresie oczekiwanych dowodów potwierdzania zgodności świadczenia oferowanego z wymaganiami SIWZ.

Wymagania Zamawiającego w tym zakresie muszą być konsekwentnie przestrzegane przez cały czas trwania postępowania. Nie do pogodzenia z brzmieniem wymagania zawartego w SIWZ jest aby zastąpić na etapie oceny ofert wymagane oświadczenie przedstawiciela producenta oświadczeniem własnym wykonawcy, który zapewnia o posiadaniu wymaganego potencjału.

Skutkiem powyższego jest w tej sytuacji obowiązek dokonania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust 3 Pzp do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, jednocześnie mając na uwadze fakt, iż zgodnie z powołanym przepisem - złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Reasumując, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Konsorcjum została dokonana przez Zamawiającego w sposób oczywiście niezgodny z wymaganiami zawartymi w SIWZ oraz mającymi charakter obligatoryjny przepisami Pzp.

Zamawiający w dniu 10.10.2014 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.10.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum Firm: 1) Infomex Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) IntegraKom Sp. z o.o. (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Płowiecka 105/107, 04-501 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Infomex” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.10.2014 r. (faxem), a w dniu 24.10.2014 r. (oryginał - na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. W opublikowanym SIWZ Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia (rozdział III):

*„6. Wykonawca musi zagwarantować, że oferowane części zamienne zostaną zakupione*



w autoryzowanym kanale dystrybucji producenta i będą posiadały pakiet usług gwarancyjnych producenta, obejmujący użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej.

(...)

8. Wykonawca musi zagwarantować, że usługi serwisowe dotyczące produktów wymienionych w „Zestawieniu sprzętu i oprogramowania” - załączniku nr 5 a) do SIWZ, będą świadczone przez serwis producenta lub serwis autoryzowany przez producenta.

9. Wykonawca musi zagwarantować, że dla produktów wymienionych w „Zestawieniu sprzętu i oprogramowania” - załączniku nr 5 a) do SIWZ, wsparcie techniczne będzie świadczone przez producenta lub podmiot posiadający autoryzację producenta do świadczenia wsparcia technicznego.

10. Na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Rozdziale III pkt. 6-9, Zamawiający **żąda złożenia wraz z ofertą oświadczenia Wykonawcy potwierdzającego spełnianie tych wymogów** - oryginał lub kopia (odpis) poświadczona(-y) notarialnie lub kopia dokumentu/dokumentów poświadczona za zgodność z oryginałem przez osobę/osoby uprawnioną/uprawnione do reprezentowania Wykonawcy. Oryginał oświadczenia musi być podpisany przez Wykonawcę.”

W związku z pytaniami wykonawców Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2014r. dokonał zmiany pkt.10 rozdziału III SIWZ w następujący sposób:

„10. Na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą autoryzacji producenta sprzętu komputerowego firm Hewlett-Packard i IBM lub polskich przedstawicieli producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych firm Hewlett-Packard i IBM wyszczególnionymi w załączniku nr 1 do Wzoru Umowy, który stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ (Wzór Umowy), oryginał lub kopia dokumentu poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę; dokument sporządzony w języku obcym jest składany wraz z tłumaczeniem na język polski - oryginał tłumaczenia lub kopia tłumaczenia poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”.

Wraz z ofertą Konsorcjum złożyło dokument wystawiony przez IBM Polska Sp. z o.o. (dalej „IBM Polska”) informujący, że:

„oddział firmy IntegraKom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Płowieckiej 105/107 jest Autoryzowanym Partnerem Serwisowym IBM’

oraz, że:

„Firma jest upoważniona do prowadzenia serwisu gwarancyjnego serwerów IBM System x, w tym systemów IBM BladeCenter w technologii V.

Oświadczenie to, zdaniem Odwołującego, nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż nie wynika z niego, że autoryzacja IBM dotyczy wymaganego przez Zamawiającego świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego (a jedynie serwisu gwarancyjnego), na co Odwołujący zwrócił uwagę w piśmie z dnia 28.08.2014r. Zamawiający zażądał od Konsorcjum wyjaśnień dot. tego pisma, i udzielenia odpowiedzi na pytanie czy Wykonawca posiada autoryzację IBM do świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych IBM. W odpowiedzi z dnia 22.09.2014r. Konsorcjum wyjaśniło, że firma IntegraKom posiadała na dzień składania ofert oraz nadal posiada autoryzację IBM do świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych IBM, w szczególności urządzeń wymienionych w Załączniku nr 1 do Wzoru Umowy, który stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający na etapie rozstrzygnięcia postępowania nie posiadał dokumentu wymaganego w SIWZ, pochodzącego od wskazanego podmiotu, z którego treści wynikałyby informacje konieczne dla oceny spełnienia przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań Zamawiającego. Jednocześnie uznał za taki dokument oświadczenie własne podmiotu nieuprawnionego, w osobie samego wykonawcy, który złożył Zamawiającemu oświadczenie własne. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania i wywodzi co następuje: Zgodnie z postanowieniami art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W szczególności zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert żądać może złożenia oświadczenia lub dokumentów potwierdzających:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Sporna kwestia odnosi się do kwestii sposobu wykazania przez wykonawcę spełnienia przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, o czym mówi art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Wymaganie określone w SIWZ dotyczyło wykazania przez Wykonawcę, przy użyciu załączonego do oferty dokumentu pochodzącego od producenta sprzętu lub jego przedstawiciela, możliwości świadczenia przez Wykonawcę usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych firm Hewlett-Packard i IBM wyszczególnionych w załączniku nr 1 do Wzoru Umowy (Załącznik nr 5 do SIWZ). Zaznaczyć przy tym należy, że świadczenie ww. usług, zgodnie z postanowieniami Wzoru umowy, wymaga m.in. dostępu do baz danych, laboratoriów oraz innych form wsparcia producenta sprzętu, co powoduje, że podmiot świadczący te usługi musi posiadać odpowiednią autoryzację (kwestia dopuszczalności postawienia takiego

wymagania oraz możliwości świadczenia ww. usług przez podmiot nieautoryzowany była pozytywnie zweryfikowana przez KIO w postępowaniu sygn. akt: KIO 2779/12 z udziałem tego samego Zamawiającego). Zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 Nr 231), Zamawiający, w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może żądać w szczególności dołączenia do oferty wskazanych w przywołanym przepisie dokumentów. Użycie w § 6 ust. 1 rozporządzenia zwrotu "w szczególności" oznacza, że katalog tzw. dokumentów przedmiotowych wskazanych w tym przepisie jest katalogiem otwartym. Za dokumenty przedmiotowe mogą być uznane również inne dokumenty, jeżeli zamawiający żąda ich w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia określone wymagania. Brak jest zatem przeszkód, żeby zamawiający zażądał również innych dokumentów niż wymienione w § 6 ust. 1 Rozporządzenia. Podkreślić jednak należy, że Zamawiający nie ma pełnej swobody w tym zakresie - żądanie dokumentów, które nie są niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania lub które w nieuzasadniony sposób ograniczają konkurencję jest kwalifikowane jako naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą *„autoryzacji producenta sprzętu komputerowego firm Hewlett-Packard i IBM lub polskich przedstawicieli producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych firm Hewlett-Packard i IBM wyszczególnionymi w załączniku nr 1 do Wzoru Umowy”*. Zauważyć trzeba, że Zamawiający nie sprecyzował jakiego konkretnie dokumentu żąda, wskazał jedynie, że dokument ten ma stanowić autoryzację potwierdzającą możliwość świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego w wymaganym zakresie. Pojęcie „autoryzacji”, zgodnie z definicją słownikową, to: *„zezwolenie producenta na prowadzenie działalności w jego imieniu”* (por. Słownik Języka Polskiego PWN: <http://sjp.pwn.pl/sjp/autoryzacja:2551343>). Celem żądania było wykazanie przez Wykonawcę, przy użyciu przedmiotowego dokumentu, że świadczone przez niego usługi mogą spełnić wymagania Zamawiającego w zakresie, w jakim dla ich świadczenia niezbędne jest posiadanie autoryzacji producenta. Zamawiający nie sprecyzował treści żądane dokumentu, stanowiącego (czy potwierdzającego) „autoryzację”, przy czym nie jest to dokument, którego treść wyznacza powszechnie obowiązujący przepis, norma czy standard. W tej sytuacji stanąć należy na stanowisku, że minimalnym wymogiem jaki można postawić dokumentom przedkładanym przez wykonawców jest aby:

1) były to dokumenty wystawione przez producenta / przedstawiciela producenta sprzętu, oraz aby:

2) potwierdzały upoważnienie udzielone przez Wykonawcę do świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego oprogramowania narzędziowego oraz zespołu urządzeń komputerowych firm Hewlett-Packard i IBM, wyszczególnionych w załączniku nr 1 do Wzoru Umowy.

Złożony przez Konsorcjum dokument, wystawiony jest przez firmę IBM Polska Sp. z o.o., a więc spełnia wymóg wskazany powyżej w pkt. 1). Dokument ten stwierdza, że oddział firmy IntegraKom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Płowiecka 105/107 jest Autoryzowanym Partnerem Serwisowym IBM oraz, że jest upoważniona do prowadzenia serwisu gwarancyjnego serwerów IBM System x, w tym systemów IBM BladeCenter w technologii x. Ocena, czy informacja zawarta w tym dokumencie jest wystarczająca, w szczególności czy faktycznie potwierdza możliwość wykonywania przez wykonawcę przedmiotowych usług (a więc, czy spełniony jest również warunek wskazany w pkt. 2) powyżej) ma charakter merytoryczny i należy do Zamawiającego, który może przy dokonywaniu tej oceny kierować się posiadaną wiedzą, wyjaśnieniami Wykonawcy czy też informacjami pochodzącymi z innych źródeł. KIO w wyroku z 27.06.2013 r. sygn. akt: KIO 1408/13 wyraźnie wskazała, że jeżeli Zamawiający uzna, że oświadczenie wykonawcy odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest niejasne, budzi wątpliwości, nie potwierdza jednoznacznie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, brakuje w nim wskazania niektórych elementów - ma prawo je weryfikować, i to w dwojaki sposób - na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) lub art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto, KIO w wyroku z 26.08.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1726/10 stanęła na stanowisku, że w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzącej z innych postępowań, jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, które to uregulowanie w ocenie składu orzekającego ma pierwszeństwo w wyjaśnianiu zagadnień dotyczących złożonej oferty. Po przeprowadzeniu badania dokumentu wystawionego przez firmę IBM Polska Sp. z o.o., Zamawiający ustalił, że dokument ten spełnia jego wymagania. Z treści dokumentu wynika wprost, że oddział firmy IntegraKom Sp. z o.o. jest Autoryzowanym Partnerem Serwisowym IBM oraz, że zakres usług serwisowych jakie może świadczyć obejmuje produkty IBM BladeCenter w technologii x. Jako Autoryzowany Partner Serwisowy IBM firma IntegraKom może więc korzystać ze wsparcia i zasobów producenta sprzętu w zakresie umożliwiającym

świadczenie usług serwisu i wsparcia technicznego sprzętu będącego przedmiotem zamówienia. Dostępne informacje nie wskazują, aby IBM odrębnie (inaczej) autoryzował Partnerów Serwisowych w zależności od tego, czy świadczą oni usługi serwisu gwarancyjnego czy pogwarancyjnego ani też by uzyskanie dostępu do zasobów niezbędnych do realizacji umowy wymagało przez Partnera Serwisowego zawarcia z IBM odrębnej umowy. We wszystkich wykazach Partnerów Serwisowych publikowanych przez IBM status firm IntegraKom i Odwołującego jest tożsamy - obie te firmy są Autoryzowanymi Partnerami Serwisowymi IBM i jako takie są (formalnie) równie zdolne do świadczenia wymaganych przez Zamawiającego usług (por. załączone wydruki ze stron internetowych firmy IBM). Zarzuty Odwołującego w zakresie braku możliwości świadczenia przez Konsorcjum wymaganych usług są więc gołosłowne - Odwołujący nie wykazał w odwołaniu aby dla świadczenia tych usług niezbędny był inny rodzaj autoryzacji lub inny status partnerski IBM niż ten, jakim dysponuje Konsorcjum i sam Odwołujący ani też by status IntegraKom wynikający z oświadczenia IBM nie zapewniał temu wykonawcy niezbędnego, dla świadczenia przedmiotowych usług wsparcia czy autoryzacji producenta. Nie można zaakceptować twierdzenia zawartego w odwołaniu, że treść dokumentu złożonego przez IBM nie wystarcza do udowodnienia, iż oferowany przedmiot świadczenia spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający w żaden sposób nie zastąpił wymaganego oświadczenia firmy IBM oświadczeniem własnym wykonawcy - Konsorcjum. Pismo złożone przez Konsorcjum w dniu 22 września 2014r. zgodnie z jego brzmieniem oraz postanowieniami art. 87 ust. 1 Ustawy PZP służyło jedynie wyjaśnieniu a nie zmianie treści (zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN „treść” to „to, co stanowi istotę, sens czegoś” <http://sjp.pwn.sjp/treść:2530582> ") złożonej oferty.

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

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycję w rankingu złożonych ofert (Cena -100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania, w tym pytanie 5 oraz modyfikacji postanowień SIWZ (pismo z 08.08.2014 r.), oferty Przystępującego oraz Odwołującego, wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z 17.09.2014 r., stosownej odpowiedzi z 22.09.2014 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (wydruki ze stron internetowych dotyczące Odwołującego oraz Przystępującego) oraz złożonych na rozprawie: przez Odwołującego - korespondencji e-mailowej Odwołującego z IMB Polska Sp. z o.o. z 23.10.2014 r.; przez Zamawiającego – korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a IBM Polska Sp. z o.o. przedstawionej na rozprawie przez Zamawiającego /pytanie - skierował do IMB Polska Sp. z o.o. w dniu 16.10.2014 r. – odpowiedź – z 20.10.2014 r./.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

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

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawiony przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, jak i odpowiedzi Zamawiającego z 08.08.2014 r. oraz z oferty Przystępującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba uznała pierwszy z przywołanych zarzutów za zasadny i podlegający uwzględnieniu.

Należy wskazać, że mimo, iż zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jest na tym etapie przedwczesny niewątpliwie potwierdziła się konieczność wezwania Przystępującego do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o wymaganą autoryzację producenta IBM w zakresie wynikającym z odpowiedzi na pytanie 5 (pismo z 08.08.2014 r.).

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający określił stosowną odpowiedzią na pytanie 5 oraz dokonaną w jej wyniku zmianą postanowień SIWZ – zarówno źródło pochodzenia

oczekiwanego dokumentu oraz jego zakres, a ściśle treść. W konsekwencji, udzielone przez Przystępującego, czyli Wykonawcę wyjaśnienia z 22.09.2014 r. są bez znaczenia wobec wymogu Zamawiającego, że oczekiwany dokument ma pochodzić od producenta, nie zaś od samego Wykonawcy.

Przedstawiona przez Przystępującego w jego ofercie autoryzacja ma charakter standardowy i odnosi się stricte do serwisu gwarancyjnego, nadto w żadnym wypadku nie daje Zamawiającemu realnej gwarancji, że Wykonawca zapewni mu możliwość świadczenia usług serwisu (innego niż gwarancyjny) i wsparcia technicznego. Niewątpliwie Zamawiający oczekiwał dokumentu, który nie miał charakteru standardowego, lecz był dedykowany na jego potrzeby, stąd chociażby odniesienie wprost do załącznika będącego - zestawieniem sprzętu i oprogramowania objętego postępowaniem (załącznik nr 1 do wzoru umowy). W ocenie Izby, zasadność argumentacji Odwołującego wynika, tak z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak i dowodów złożonych na rozprawie przez obie strony. Niewątpliwie bowiem złożone z ofertą oświadczenie producenta (str. 43) odnosi się wprost do serwisu gwarancyjnego, który z całą pewnością nie może być uznane za wystarczające skoro przedmiotem zamówienia jest – kontynuacja serwisu, czyli serwis pogwarancyjny (załącznik nr 5 - § 1 lit. b). Wynika to także z zestawienia, tak dowodu złożonego na rozprawie przez Odwołującego (korespondencja e-mailowa Odwołującego z IMB Polska Sp. z o.o. z 23.10.2014 r.), jak i korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a IBM Polska Sp. z o.o. przedstawionej na rozprawie przez Zamawiającego (pytanie - skierował do IMB Polska Sp. z o.o. w dniu 16.10.2014 r. – odpowiedź – z 20.10.2014 r.). Dodatkowo należy zauważyć, że IBM Polska Sp. z o.o. użyła w odpowiedzi z 20.10.2014 r. - takiego samego sformułowania: „(...) *uprawnia autoryzacja do prowadzenia serwisu gwarancyjnego serwerów IBM System x, w tym systemów IBM BladeCenter w technologi x*”, jak w oświadczeniu złożonym do oferty (str. 43), co także uwiarygodnia przyjęte stanowisko, że owa autoryzacja dotyczyła tylko serwisu gwarancyjnego. W ocenie Izby, także niewiarygodnym jest stanowisko Przystępującego z rozprawy, co do treści oświadczenia złożonego w ofercie, że był uzależniony w tym zakresie - od wystawcy, skoro Odwołujący przedłożył oświadczenia z IBM Polska Sp. z o.o. (str. 8 oferty) zgodne z wymogiem Zamawiającego z pisma z dnia 08.08.2014 r., a sam Przystępujący w odniesieniu do oświadczenia HP (str. 31) nie ograniczył się do standardowej autoryzacji. Powyższe unaocznia brak konsekwencji w działaniu i niespójność w stanowisku Przystępującego, który nie był w stanie wyjaśniać podłoże swoich działań.

Izba także zauważa, że pierwotnie wymóg z Rozdz. II pkt 10 SIWZ – miał na celu potwierdzenie wymagań z Rozdz. II pkt 6 -9, a po modyfikacji – pojawiło się – sformułowanie

– w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Wynika więc z tego, że wcześniejsze zawężenie zostało usunięte, czyli wyliczenie sześciu usług - przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu (str. 5-6) jest trafnym argumentem Odwołującego – usługi te wykraczają poza serwis gwarancyjny, co potwierdziło IBM Polska Sp. z o.o. w korespondencji e-mailowej z Odwołującym z 23.10.2014 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała także za potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp i nakazała wezwanie zgodnie z treścią sentencji wyroku. Późniejsze działania Zamawiającego winny być uzależnione od działań lub ich braków ze strony Przystępującego, Izba w tym zakresie nie zamierza ingerować w prawo Zamawiającego do swobodnej oceny ofert, w ramach przyjętych kryteriów i wymogów formalnych, tak podmiotowych, jak i przedmiotowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.598,98 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....