

Sygn. akt: KIO 1406/16

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Jupiter-Integration Sp. z o.o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Senatu, ul. Wiejska 6, 00-902 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Jupiter-Integration Sp. z o.o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Jupiter-Integration Sp. z o.o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*transmisje audio-video w Internecie*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 084-148873.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i unieważnienie postępowania, pomimo, że w postępowaniu została złożona ważna oferta Odwołującego niepodlegająca odrzuceniu, w której zaoferowana cena jest niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego jest zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „SIWZ”;
- 5) art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej „k.c.” przez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkiem czego Zamawiający dokonał wadliwej oceny oferty Odwołującego przyjmując, że Odwołujący nie będzie zarządzał infrastrukturą serwerową samodzielnie, a z udziałem podwykonawcy, podczas gdy Odwołujący jedynie będzie wynajmował infrastrukturę serwerową od innego podmiotu i samodzielnie będzie zarządzał infrastrukturą serwerową;
- 6) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz bezpodstawne uznanie, że Odwołujący złożył oświadczenie, że nie będzie zarządzał infrastrukturą serwerową,
- 7) oraz innych wskazanych w treści odwołania.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonania ponownej oceny i badania oferty,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie
- 5) dokonania czynności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym sposobu „zarządzanie infrastrukturą serwerową”.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że zgodnie z treścią SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca zobowiązany był do wskazania w Formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, części zamówienia którą/które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy/podwykonawcom, z wyłączeniem pkt 1.5. załącznika nr 1 do SIWZ. W punkcie 1.5 załącznika nr 1 do SIWZ - *Opis przedmiotu zamówienia*, jak wyjaśnił Odwołujący, znajduje się następująca informacja: *„Przedmiotem zamówienia są usługi uruchomienia, utrzymania i rozwijania funkcjonalności zapewniających realizację opisanych transmisji, archiwizacji i retransmisji”*. Zamawiający ustalił także, że w przypadku braku takiego wskazania Zamawiający uzna, że Wykonawca będzie realizował zamówienie bez udziału podwykonawcy/podwykonawców (pkt III.2.1) ppkt 16 Ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający wymagał również, aby wykonawca złożył tylko jedną ofertę, zawierającą jednoznacznie opisaną propozycję ofertową (pkt VI.3) ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu).

Zgodnie z powyższymi wymaganiami, jak podał Odwołujący, złożył ofertę, w której w pkt 5 Formularza oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) oświadczył, że będzie realizował zamówienie bez udziału podwykonawców oraz załączył jednoznacznie opisaną propozycję ofertową.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie oceny ofert, Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2016 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia treści złożonej oferty. Ww. piśmie Zamawiający zadał Odwołującemu szereg pytań, w tym pytanie nr 4, o następującej treści: *„Proszę opisać ogólnie, jednak dokładniej niż w ofercie, gdzie zlokalizowane są serwery realizujące funkcje transmisji, przechowywania i retransmisji. Proszę ujawnić ich ogólną dyslokację geograficzną. Opis nie powinien ujawniać informacji związanych z bezpieczeństwem systemu Wykonawcy. Proszę opisać, kto, i w jaki sposób, zarządza tą infrastrukturą i jak przedstawia się proces zarządzania poza normalnymi godzinami pracy”*. Odwołujący podał, że na tak zadane pytanie odpowiedział: *„Serwery realizujące funkcje przechowywania zlokalizowane są w serwerowni w Warszawie. W serwerowni zapewniony jest stały dozór techniczny pracujący w trybie 24/7. Serwery realizujące funkcje transmisji i retransmisji zlokalizowane są w serwerowniach w poniższych miastach: Szczecin, Gdańsk, Poznań, Warszawa, Lublin, Wrocław, Katowice. W*

serwerowniach zapewniony jest stały dozór techniczny pracujący w trybie 24/7. Zarządzanie infrastrukturą serwerową w zakresie realizacji usługi dla Wykonawcy”.

Następnie, w dniu 19 lipca 2016 r., jak podał Odwołujący, został poinformowany przez Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Za podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przyjął art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający stwierdził, jak wyjaśnił Odwołujący, że oferta Odwołującego nie spełnia istotnego warunku SIWZ, tj. zakazu udziału podwykonawców w realizacji podstawowego przedmiotu zamówienia i podlega odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wywiódł, iż z treści ostatniego zdania udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie nr 4, tj. ze zdania „*Zarządzanie infrastrukturą serwerową w zakresie realizacji usługi dla Wykonawcy*” jednoznacznie wynika, że to nie Odwołujący będzie zarządzać infrastrukturą serwerową, ale inny podmiot, realizujący taką usługę dla Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, z powyższym fałszywym wnioskiem Zamawiającego z oczywistych względów nie można się zgodzić. Odwołujący podniósł, że złożył ofertę, w której w pkt 5 Formularza oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) oświadczył, że będzie realizował zamówienie bez udziału podwykonawców. Zgodnie z treścią SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu nawet w przypadku, gdyby Odwołujący nie złożył żadnego oświadczenia w zakresie udziału podwykonawców przy realizacji zamówienia, to Zamawiający uznałby, że Wykonawca będzie realizował zamówienie bez udziału podwykonawcy/podwykonawców (pkt III.2.1) ppkt 16 Ogłoszenia o zamówieniu).

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający ustanowił domniemanie, że brak wskazania udziału podwykonawców w realizacji zamówienia będzie się wiązało z przyjęciem przez Zamawiającego, iż wykonawca zrealizuje zamówienie samodzielnie. W związku z wyraźnym oświadczeniem Odwołującego, zawartym w *Formularzu oferty* oraz mając na uwadze wyżej wskazane domniemanie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może interpretować zdania zawartego w odpowiedzi na pytanie 4 z pisma z dnia 10 czerwca 2016 r. jako oświadczenia o udziale podwykonawcy przy realizacji przedmiotowego zamówienia w jakimkolwiek jego zakresie. Brak jest podstaw, w ocenie Odwołującego, aby twierdzić, że ze zdania: „*Zarządzanie infrastrukturą serwerową w zakresie realizacji usługi dla Wykonawcy*” wynika, iż realizację usługi w zakresie zarządzania infrastrukturą będzie realizował jakiś podmiot trzeci, który miałby być podwykonawcą. Przywołane zdanie takiej treści, w opinii Odwołującego, po prostu nie zawiera.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2156/14, ponieważ: „*Przepisy p.z.p. nie zawierają wprost*

definicji „podwykonawcy”, toteż sięgnąć należy do rozumienia tego pojęcia na gruncie języka polskiego, a nadto do definicji legalnej „umowy o podwykonawstwo zawartej w art. 2 pkt 9b p.z.p. (sposób rozumienia "podwykonawcy" jako podmiotu, który wykonywać będzie na zlecenie wykonawcy część zamówienia publicznego)".

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 66/07: *„W każdym przypadku korzystania przez Wykonawcę z czynności podwykonawcy występuje wola powierzenia wykonania określonych prac innemu podmiotowi, możliwość wyboru tego podmiotu w takim znaczeniu, że decyzyjność w tym zakresie przysługuje Wykonawcy, a także zawarcie umowy podwykonawczej, określającej wzajemne zobowiązania i uprawnienia stron, przy czym Wykonawca odpowiada za działania podwykonawcy, tak jak za własne”.*

Odwołujący podniósł, że nie zawarł żadnej umowy z podmiotem trzecim w zakresie związanym z realizacją niniejszego zamówienia, której przedmiotem miałyby być wykonanie usługi „zarządzanie infrastrukturą serwerową”. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, nie może być także mowy o jakiegokolwiek woli Odwołującego powierzenia wykonania określonych prac innemu podmiotowi, a zgodnie z ww. orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej, decyzyjność w tym zakresie przysługuje wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że oświadczenie Odwołującego w zakresie dotyczącym udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, zgodnie z art. 66 k.c. stanowi oświadczenie woli Odwołującego, które podlega interpretacji, zgodnie z regułami wykładni, o których mowa w art. 65 k.c.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2002 r., sygn. akt: IV CKN 1474/00: *„Niezwykle ważne jest, by przy interpretacji oświadczeń woli stron przyjąć założenie, że ich wola była racjonalna i że strony miały na celu osiągnięcie rezultatu zgodnego ze zdrowym rozsądkiem i swoim interesem”.*

Odwołujący podał również, że Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r., sygn. akt: III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 95 wskazał, że zastosowanie reguł wykładni wymaga wyjaśnienia, jak strony rzeczywiście zrozumiały złożone oświadczenie, w szczególności, jaki sens łączyły z użytym w oświadczeniu woli zwrotem czy wyrażeniem.

Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie, brak jest podstaw, aby twierdzić, iż ze zdania: *„Zarządzanie infrastrukturą serwerową w zakresie realizacji usługi dla Wykonawcy”* wynika, że za realizację usługi w zakresie zarządzania infrastrukturą będzie odpowiedzialny jakiś podmiot trzeci, który miałby być podwykonawcą, ponieważ to zdanie takiej treści nie zawiera. Odwołujący podał, że nie zawarł żadnej umowy z podmiotem trzecim w zakresie związanym z realizacją niniejszego zamówienia, której przedmiotem miałyby być wykonanie usługi „zarządzanie infrastrukturą serwerową”.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie przyjął, rzekomo jednoznaczny wniosek, że Odwołujący nie będzie zarządzać infrastrukturą serwerową, ale inny podmiot, realizujący taką usługę dla Odwołującego. Odwołujący z całą stanowczością podniósł, że jest to wniosek fałszywy. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, dokonał wykładni oświadczenia Odwołującego niezgodnie z art. 65 § 1 k.c.

Z ostrożności Odwołujący podał, że jeżeli Zamawiający miałby uzasadnione wątpliwości co do interpretacji zdania: *„Zarządzanie infrastrukturą serwerową w zakresie realizacji usługi dla Wykonawcy”*, to zgodnie z art. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powinien dalej wyjaśniać treść oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 65 k.c. proces interpretacji oświadczeń woli może się zakończyć ze względu na jej „jasny” sens dopiero wtedy, gdy treść oświadczenia woli jest „jasna” po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni (czyli po uprzednim ustaleniu zamiaru stron).

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z Opisem technicznym zaoferowanego rozwiązania, który stanowi załącznik nr 8 do Oferty Odwołującego, *„Wykonawca oferuje rozwiązanie rozgłoszeniowe oparte na 60 serwerach będących w dyspozycji Wykonawcy na zasadzie umowy najmu”*.

W tym miejscu Odwołujący wyjaśnił, że dysponowanie urządzeniami na innej podstawie niż prawo własności, tj. w tym wypadku najem, jest uprawnione i brak jest podstaw do utożsamienia tego dysponowania z korzystaniem z potencjału innego podmiotu jako podwykonawcy (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2086/14, str. 17). Dysponowanie jest pojęciem szerszym od posiadania. Dysponujący potencjałem technicznym nie musi być jego właścicielem, lecz musi mieć realną możliwość skorzystania z niego w trakcie realizacji zamówienia. Przepis o dysponowaniu (a nie posiadaniu na własność) przez wykonawcę potencjałem technicznym czyni zadość systemowej zasadzie zamówień publicznych, dotyczącej uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ani k.c. ani ustawa Pzp, nie definiuje terminu „dysponować”. W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że dysponowanie polega na realnej możliwości skorzystania z rzeczy. Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r.. sygn. akt: IV Ca 180/11 stwierdził, że: *„w obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy - dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Pzp (...)”*.

W związku z powyższym oraz z faktem, że Odwołujący oświadczył, iż oferuje

rozwiązanie ogłoszeniowe oparte na 60 serwerach, będących w dyspozycji Wykonawcy na zasadzie umowy najmu, Zamawiający także z tego powodu, zdaniem Odwołującego, nie ma podstaw, aby uznać, że realizacja zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania, w tym w szczególności w zakresie „zarządzania infrastrukturą serwerową”, miałyby być realizowana z udziałem podwykonawcy. Dysponowanie przez Odwołującego 60 serwerami na podstawie umowy najmu nie powoduje, w ocenie Odwołującego, że Wynajmujący staje się podwykonawcą w niniejszym postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie informował Zamawiającego o żadnej innej umowie, która dotyczyłaby zakresu dysponowania 60 serwerami będącymi w dyspozycji Wykonawcy.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że *Zawiadomienie o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania* z dnia 19 lipca 2016 r. zawiera nieuprawniona interpretację punktu 1.5 załącznika nr 1 do SIWZ - *Opis przedmiotu zamówienia*, tj. informacji: „*Przedmiotem zamówienia są usługi uruchomienia, utrzymania i rozwijania funkcjonalności zapewniających realizację opisanych transmisji, archiwizacji i retransmisji*” w związku z pkt 8.14 SIWZ, gdzie zawarte jest wymaganie: „*Zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji podstawowego przedmiotu zamówienia, określonego w pkt 1.5. załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia*”.

Odwołujący podał, że Zamawiający w uzasadnieniu *Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego* stwierdził, iż: „*Zarządzanie serwerami realizującymi funkcje transmisji i retransmisji zawiera się w powyższym zakresie przedmiotu zamówienia i stanowi jeden z jego kluczowych elementów*”. Odwołujący podniósł, że pojęcie „kluczowe części zamówienia”, o jakim stanowi art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, winno być zdefiniowane przez organizatora postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji przywołanego terminu, a jego dookreślenie powinno nastąpić w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający nakłada na wykonawców obowiązek osobistej realizacji kluczowych części zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że brak jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego, iż nie dopuszcza podwykonawstwa w zakresie „zarządzania infrastrukturą serwerową”, wyklucza możliwość odrzucenia oferty wykonawcy nawet, gdyby w tym zakresie wskazał, że będzie korzystał z podwykonawcy. Rozszerzająca interpretacja punktu 1.5 załącznika nr 1 do SIWZ - *Opis przedmiotu zamówienia* w związku z pkt 8.14 SIWZ jest, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalna, ponieważ dotyczy wyjątku od zasady umożliwiającej korzystanie z podwykonawstwa i narusza art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w Złączniku nr 1 do SIWZ. Zamawiający wskazał w pkt 1 ww. dokumentu, że:

„1.5. Przedmiotem zamówienia są usługi uruchomienia, utrzymania i rozwijania funkcjonalności zapewniających realizację opisanych transmisji, archiwizacji i retransmisji, a w szczególności:

1.5.1. uruchomienie w siedzibie zamawiającego funkcjonalności:

1.5.1.1. konwersji transmisji audio-video do postaci strumienia cyfrowego;

1.5.1.2. przyjmowania transmisji z Kancelarii Sejmu;

1.5.1.3. sterowania strumieniami ze względu na grupy odbiorców i charakter transmisji;

1.5.1.4. generowania list transmisji nadchodzących, bieżących retransmisji;

1.5.1.5. tekstowego komentowania transmisji;

1.5.1.6. funkcji time shift;

1.5.1.7. transmisji do Wykonawcy i Kancelarii Sejmu;

1.5.1.8. transmisji do różnego rodzaju użytkowników lokalnych;

1.5.1.9. archiwizacji lokalnej i retransmisji dla użytkowników lokalnych;

1.5.1.10. archiwizacji trwałej w archiwum zamawiającego w jego siedzibie;

1.5.1.11. zarządzania nagraniami archiwalnymi;

1.5.1.12. redundancji gwarantującej niezawodność;

1.5.2. uruchomienie w centrum sieciowym Wykonawcy funkcjonalności:

1.5.2.1. transmisji w Internecie przez rozproszony system dystrybucji;

1.5.2.2. dostarczania do transmisji komentarzy tekstowych;

1.5.2.3. dostarczania list transmisji nadchodzących, bieżących i retransmisji;

1.5.2.4. obsługi transmisji między Kancelariami Sejmu i Senatu;

7.5.2.2. archiwizacji i retransmisji z komentarzami;

7.5.2.3. zarządzania nagraniami archiwalnymi;

1.5.3. uruchomienie w porozumieniu z Kancelarią Sejmu wymiany strumieni transmisyjnych;

1.5.4. uruchomienie w firmie realizującej tłumaczenia migowe węzła (encodującego) umożliwiającego realizację transmisji tłumaczenia;

1.5.5. utrzymanie w ruchu ww. funkcjonalności;

1.5.6. realizacja transmisji, archiwizacji i retransmisji lokalnych, międzykancelaryjnych, migowych i internetowych;

1.5.7. rozwój funkcjonalności m.in. przez:

1.5.7.1. dodawanie i rozbudowę mechanizmów odtwarzania, sterowania strumieniami, komentowania transmisji, archiwizowania i retransmisji;

1.5.7.2. rozbudowę mechanizmów wymiany strumieni z Kancelarią Sejmu;

1.5.7.3. zmiany standardów transmisji;

W część VIII pkt 8.14 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że: „Zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji podstawowego przedmiotu zamówienia, określonego w pkt 1.5. załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do, wskazania w Formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, części zamówienia, którą/które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy/podwykonawcom, z wyłączeniem pkt 1.5. ww. załącznika nr 1 do SIWZ. W przypadku braku takiego wskazania Zamawiający uzna, że Wykonawca będzie realizował zamówienie bez udziału podwykonawcy/podwykonawców”.

Wzór Formularza oferty, stanowiący Załącznik nr 2 do SIWZ, w pkt 5 zawierał następującą treść: „prace objęte zamówieniem zamierzam/my wykonać sam/mi**, zamierzam/my** zlecić podwykonawcom w części/w częściach:.....” Gwiazdki przy określonych zwrotach stanowiły podstawę do dokonania przez wykonawcę odpowiednich skreśleń.

W Formularzu oferty, złożonym przez Odwołującego w pkt 5 zawarto stwierdzenie: „prace objęte zamówieniem nie zamierzam zlecić podwykonawcom”. Jednocześnie wraz z ofertą Odwołujący przedłożył Opis technicznych oferowanego rozwiązania (str. 25-27 oferty), w którym m.in. podał, że: „Wykonawca oferuje rozwiązanie rozgłoszeniowe oparte na 60 serwerach będących w dyspozycji Wykonawcy na zasadzie umowy najmu. Serwery są podłączone do 100 poniższych sieci”.

Pismem z dnia 10 czerwca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. z następującym wnioskiem: „Proszę opisać ogólnie, jednak dokładniej niż w ofercie, gdzie zlokalizowane są serwery realizujące funkcje transmisji, przechowywania i retransmisji. Proszę ujawnić ich ogólną dyslokację geograficzną. Opis nie powinien ujawniać informacji związanych z bezpieczeństwem systemu Wykonawcy. Proszę opisać, kto, i w jaki sposób, zarządza tą infrastrukturą i jak przedstawia się proces zarządzania poza normalnymi godzinami pracy”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 16 czerwca) Odwołujący podał: „Serwery realizujące funkcje przechowywania zlokalizowane są w serwerowni w Warszawie. W serwerowni zapewniony jest stały dozór techniczny pracujący w trybie 24/7. Serwery realizujące funkcje transmisji i retransmisji zlokalizowane są w serwerowniach w poniższych miastach: Szczecin, Gdańsk, Poznań, Warszawa, Lublin, Wrocław, Katowice. W serwerowniach zapewniony jest

stały dozór techniczny pracujący w trybie 24/7. Zarządzanie infrastrukturą serwerową w zakresie realizacji usługi dla Wykonawcy”.

Pismem z dnia 17 czerwca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z wnioskiem o przedłożenie *„pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego Państwu wiedzę i doświadczenie, tj. Orange S.A. (Wykaz usług - załącznik nr 5 do SIWZ - str. 5 oferty) i kserokopii referencji Orange S.A. potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Orange S.A. (str. 9-11 oferty). Do złożonej oferty nie dołączyliście Państwo ww. pisemnego zobowiązania podmiotu Orange S.A., na którego wiedzę i doświadczenie się powołałiście, natomiast kserokopie ww. referencji nie są potwierdzone przez Orange S.A. tylko przez Państwa”.*

W odpowiedzi (pismo z dnia 22 czerwca 2016 r.) Odwołujący przedłożył zobowiązanie Orange Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udostępnienia zasobów wraz z referencjami. Jednocześnie z przedmiotowego oświadczenia wynika, że udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy przez cały okres realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 19 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał w szczególności: *„Zarządzanie serwerami realizującymi funkcje transmisji i retransmisji zawiera się w powyższym zakresie przedmiotu zamówienia i stanowi jeden z jego kluczowych elementów. Z treści ostatniego zdania udzielonej przez Państwa odpowiedzi na pytanie nr 4 „Zarządzanie infrastrukturą serwerowa w zakresie realizacji usługi dla Wykonawcy” jednoznacznie wynika, że to nie Państwo będziecie zarządzać infrastrukturą serwerowa, ale inny podmiot, realizujący taką usługę dla Państwa. Takie rozwiązanie jest sprzeczne z wymaganiami zawartymi w pkt 8.14 SIWZ, niedopuszczającym udziału podwykonawców w realizacji podstawowego przedmiotu zamówienia. Tym samym Państwa oferta nie spełnia istotnego warunku specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. zakazu udziału podwykonawców w realizacji podstawowego przedmiotu zamówienia i podlega odrzuceniu”.*

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że: *„Najkorzystniejszą ofertę, tzn. ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, złożył Wykonawca nr 1 - Atende Software Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa. Wykonawca nr 1 - Atende Software Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez Wykonawcę oferta nie podlega odrzuceniu i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Oferta*

ww. Wykonawcy, na podstawie kryterium oceny ofert, uzyskała 100 pkt na 100 pkt możliwych do uzyskania. Wykonawca nr 1 - Atende Software Sp. z o.o. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto: 965 304,00 zł (słownie: dziewięćset sześćdziesiąt pięć tysięcy trzysta cztery złote). Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości brutto: 861 000,00 zł. Jest to jednocześnie kwota, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z tym, że cena najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę nr 1 - Atende Software Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa w wysokości: 965 304,00 zł (słownie: dziewięćset sześćdziesiąt pięć tysięcy trzysta cztery złote) przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, należy unieważnić przedmiotowe postępowanie”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający w treści SIWZ zastrzegł, iż część zamówienia, określoną w pkt 1.5. Załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawca zobowiązany jest zrealizować samodzielnie. Jednocześnie Zamawiający dopuścił udział podwykonawców w pozostałej części zamówienia, jednakowoż fakt ten podlegał ujawnieniu w pkt 5 *Formularza oferty*. Wykonawca zobowiązany był wskazać, czy zamówienie wykona samodzielnie czy też z udziałem podwykonawców i ewentualnie, którą część, z wyłączeniem tej opisanej w podanym pkt 1.5 *Opisu przedmiotu zamówienia*, powierzy do wykonania podwykonawcom. Jednocześnie Zamawiający ustanowił domniemanie, że brak wskazania podwykonawców będzie świadczył o realizacji zamówienia bez udziału podwykonawców.

Wskazane postanowienia SIWZ i treść wzoru *Formularza oferty*, zdaniem Izby, pozwalają na stwierdzenie, że oświadczenie złożone w treści oferty co do udziału podwykonawców mogło dotyczyć jedynie tych części zamówienia, które nie mieszczą się w pkt 1.5. Załącznika nr 1 do SIWZ, bowiem tylko w tym zakresie Odwołujący uprawniony był do powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom. Zatem, nieuprawnione jest stanowisko Odwołującego, który na podstawie oświadczenia złożonego w treści oferty i wskazanych wyżej postanowień SIWZ, a w szczególności, że brak wskazania udziału podwykonawców powoduje, iż Zamawiający uzna, że przedmiotowe zamówienie Odwołujący wykona samodzielnie, wywodzi, że wykona zamówienie bez udziału podwykonawców, bowiem wskazywana treść oferty dotyczy jedynie tej części zamówienia, która mogła być powierzona podwykonawcom.

Reasumując, na podstawie treści oferty nie sposób uznać, że wykonawca w części dotyczącej pkt 1.5 Załącznika nr 1 do SIWZ nie powierzy wykonania zamówienia podwykonawcom, a to z tej przyczyny, że oświadczenie w tym przedmiocie zawarte w ofercie tej części zamówienia nie dotyczy.

Za prawidłowe, zdaniem Izby, należy uznać działania Zamawiającego, który na podstawie udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień i całokształtu okoliczności w przedmiotowej sprawie uznał, że zarządzanie infrastrukturą serwerową Odwołujący powierzył do wykonania podwykonawcy. Po pierwsze zauważyć należy, że Odwołujący na pytanie Zamawiającego, kto i w jaki sposób zarządza infrastrukturą serwerową, podał, że: *„Zarządzanie infrastrukturą serwerową w zakresie realizacji usługi dla Wykonawcy”*.

Odwołujący na jednoznaczne pytanie Zamawiającego udzielił odpowiedzi, która zdaje się zmierzała do uniknięcia podania wprost interesujących Zamawiającego informacji, niemniej jednak ze sformułowania „zarządzanie dla Wykonawcy”, zdaniem Izby, nie sposób wyciągnąć wniosku, że służby techniczne Odwołującego będą realizować dla niego zarządzanie infrastrukturą serwerową. Przyjęcie takiego stanowiska wymyka się zasadom logiki i nie daje się pogodzić z doświadczeniem życiowym, bowiem wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest podmiot, który złożył ofertę (art. 2 pkt 11 ustawy Pzp), nie rozróżnia się personelu od właściciela. Nadto, twierdzenie, że Odwołujący miał na myśli, udzielając wyjaśnień, że jego służby będą świadczyły w istocie na rzecz Odwołującego sporną usługę jest o tyle niezrozumiałe, że relewantne dla Zamawiającego było, czy będzie to czynił Odwołujący samodzielnie czy też z udziałem osób trzecich. Dalej, analizowane twierdzenie wespół z ustaleniem, że serwery będą przez Odwołującego wynajmowane, a w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia Odwołujący będzie korzystał z podwykonawcy, stanowi zespół okoliczności, które dopełniają stanu rzeczy i uzasadniają przyjęcie, że w spornym zakresie Odwołujący z udziałem podwykonawcy będzie jednak korzystał. Powyższe, stanowi kontekst sytuacyjny, który w świetle art. 65 § k.c., przy wykładni oświadczeń woli ma istotne znaczenie.

Nadto, zwrócić należy uwagę, że na tle art. 65 k.c. należy przyjąć kombinowaną metodę wykładni, opartą na kryterium subiektywnym i obiektywnym. Stanowisko takie zajmuje też nauka prawa cywilnego. Stosowanie kombinowanej metody wykładni do czynności prawnych *inter vivos* obejmuje dwie fazy. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się, mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami. Oznacza to, że uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decydująca jest zatem rzeczywista wola stron. Podstawę prawną do stosowania w tym przypadku wykładni subiektywnej stanowi przepis art. 65 § 2 k.c., który, choć mowa w nim o umowach, odnosi się w istocie do wszystkich oświadczeń woli składanych innej osobie. Jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak jak adresat sens ten rozumiał i rozumieć powinien. Za wiążące uznać

trzeba w tej fazie takie rozumienie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Decydujący jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należytą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Przeważa tu ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad wolą, a ściśle nad rozumieniem nadawcy. Nadawca bowiem formułuje oświadczenie woli i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodnie z jego wolą zrozumiane przez odbiorcę (*S. Dmowski, S. Rudnicki: Komentarz do Kodeksu cywilnego, LexisNexis, 2009r.; uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., sygn. akt: III CZP 66/95, OSNC 12/95*).

Biorąc powyższe pod uwagę należy dojść do przekonania, że Zamawiający był uprawniony, wobec sporu pomiędzy stronami co do treści oświadczenia woli, złożonego przez Odwołującego, do zastosowania wykładni, polegającej na nadaniu przedmiotowemu oświadczeniu takiego sensu, jaki adresat oświadczenia woli rozumiał i rozumieć powinien. Izba dokonała zaś oceny, o czym była mowa wyżej, czy Zamawiający był uprawniony do przyjęcia, że Odwołujący w zakresie zarządzania infrastrukturą serwerową będzie korzystał z pomocy podwykonawcy, i uznała wynik tej wykładni za usprawiedliwiony.

Jednocześnie Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie był zobowiązany do ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w spornym zakresie. Po pierwsze bowiem, Zamawiający takich wątpliwości nie posiadał i zdaniem Izby, było to uzasadnione (o czym była mowa wyżej), po drugie, Odwołujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych powinien mieć wiedzę co do tego, jaki skutek odnosi złożenie oświadczenia woli, tym bardziej na wezwanie Zamawiającego, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c.). Był to sygnał dla Odwołującego, że Zamawiający ma wątpliwości odnośnie treści oferty. Zatem, w dobrze pojętym swoim interesie, Odwołujący winien złożyć wyczerpujące i niebudzące wątpliwości wyjaśnienia.

Stan sprawy zaś wskazuje, że Odwołujący unikał odpowiedzi na zadane pytanie, podobnie jak w zobowiązaniu nie określił, w jakim zakresie będzie korzystał z podwykonawców (na marginesie, może to świadczyć o braku realności zobowiązania podmiotu trzeciego) i dopiero po podjęciu przez Zamawiającego niekorzystnej dla Odwołującego decyzji stwierdza, że złożone przez niego wyjaśnienia były niejednoznaczne i domaga się ponownego umożliwienia mu złożenia wyjaśnień. Jednakże, w ocenie Izby, jakkolwiek co do zasady z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika ograniczenie do jednokrotnego wzywania do złożenia wyjaśnień, to w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że chęć złożenia wyjaśnień stanowi element strategii procesowej Odwołującego, który wbrew wcześniejszym oświadczeniom zamierza złożyć oświadczenie o treści oczekiwanej przez Zamawiającego, bez odwołania wcześniej złożonego oświadczenia. Niemniej jednak, co z całą

mocą należy podkreślić, instytucja składania wyjaśnień nie służy składaniu wyjaśnień dopóty, dopóki Zamawiający nie uzyska satysfakcjonującej odpowiedzi, a więc dostosowaniu stanu faktycznego do wymagań Zamawiającego, ale złożeniu oświadczenia co do tego stanu.

Podniesiony przez Odwołującego z ostrożności zarzut, iż zarządzanie infrastrukturą serwerową nie mieści się w pkt 1.5 Załącznika nr 1 do SIWZ również nie zasługuje na uwzględnienie. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że na gruncie przepisu art. 355 § 2 k.c. panuje przekonanie, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika - specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (wyrok SN z dnia 22 września 2005 r., sygn. akt: IV CK 100/05, LEX nr 187120).

Odwołując się do powyższego (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c.) stwierdzić należy, że Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, winien właściwie identyfikować przedmiot zamówienia. Co więcej, Odwołujący nie wskazał nawet, z jakich powodów nieuprawione jest przyjęcie, że zarządzanie infrastrukturą serwerową nie stanowi jednak elementu przedmiotu zamówienia, określonego w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Zarzut, iż Zamawiający nie zdefiniował kluczowych części zamówienia (art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) został zgłoszony po terminie (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) i z tych względów okoliczność powyższa nie może być brana przez Izbę pod uwagę. Odwołującemu przysługiwało uprawnienie do kwestionowania powyższego w trybie środków ochrony prawnej, skoro zaś z tego nie skorzystał, to na tym etapie postępowania nie może twierdzić, że nie było mu wiadomym, jaki zakres zamówienia stanowi kluczową jego część. W tych okolicznościach Izba nie aprobuje stanowiska Odwołującego, że brak jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego, że nie dopuszcza podwykonawstwa w zakresie zarządzania infrastrukturą serwerową, wyklucza możliwość odrzucenia oferty Wykonawcy nawet, gdyby w tym zakresie wskazał, że będzie korzystał z podwykonawcy. Stanowisko to pozostaje tym bardziej nieuzasadnione również ze względu na miernik podwyższonej staranności stosowany wobec wykonawcy (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c.).

Reasumując, stwierdzić należy, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp była uzasadniona, a zatem zarzut zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, należy uznać za chybiony. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający dokonując oceny oferty nie naruszył przepisu art. 65 § k.c., ani też przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc zaś pod uwagę, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższ kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia, unieważnienie postępowania, w świetle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należało uznać za prawidłowe.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: