

WYROK
z dnia 30 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, BETACOM Spółka Akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Euvic IT Spółka Akcyjna w Krakowie, ITSM Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Ministerstwu Finansów w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie dokumentów: referencji z dnia 6 sierpnia 2020 roku wystawionej przez Euvic Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach na rzecz Euvic IT Spółki Akcyjnej w Krakowie oraz wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Euvic IT Spółka Akcyjna w Krakowie, ITSM Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Euvic IT Spółka Akcyjna w Krakowie, ITSM Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** oraz odrzucenie złożonej przez nich oferty i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Euvic IT Spółka Akcyjna w Krakowie, ITSM Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, BETACOM Spółka Akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Ministerstwa Finansów w Warszawie** – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, BETACOM Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **15 500 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Euvic IT Spółka Akcyjna w Krakowie, ITSM Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, BETACOM Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę **3 100 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 3122/20

Uzasadnienie

Zamawiający – **Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup wsparcia i rozwoju systemu Centralny Service Desk w oprogramowaniu HPSM.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 listopada 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, BETACOM Spółka Akcyjna w Warszawie** (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy, polegających na:

1.1. zaniechaniu odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, stanowiących korespondencję pomiędzy zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie: **Euvic IT S.A. i ITSM Group sp. z o.o.** (dalej jako „Euvic – ITSM” lub „przystępujący”), tj.

a) referencji wystawionej przez Euvic sp. z o.o. na rzecz Euvic IT S.A. dot. realizacji projektu pn. „Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum

Kontakt [GCK] w modelu SaaS", realizowanego dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku,

b) wyjaśnień złożonych w zaskarżonym postępowaniu przez Euvic-ITSM, dot. rażąco niskiej ceny;

1.2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic-ITSM, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty, w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), ewentualnie wobec pkt 1.1:

zaniechaniu wezwania wykonawców Euvic-ITSM do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b s.i.w.z., w postaci nowego Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie,

1.3. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic-ITSM ze względu na podanie przez nich nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty,

1.4. dokonaniu błędnej oceny oferty złożonej przez wykonawców Euvic – ITSM w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny oraz złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień z tym związanych, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Euvic - ITSM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie usługi Asysty Technicznej,

1.5. zaniechaniu odrzucenia oferty Euvic – ITSM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. jako oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „uznk”);

1.6. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców Euvic-ITSM ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. w związku z tym, że zakres zaoferowanego świadczenia w ramach Usługi Asysty Technicznej pozostaje niezgodny z zakresem objętym s.i.w.z. i ze względu na brak rzetelnej, adekwatnej do wymogów s.i.w.z. wyceny poszczególnych komponentów zamówienia,

1.7. w konsekwencji dokonaniu wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców Euvic-ITSM;

2. zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

2.1. art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, stanowiących korespondencję pomiędzy zamawiającym a wykonawcami Euvic – ITSM, tj.

a) referencji wystawionej przez Euvic sp. z o.o. na rzecz Euvic IT S.A. dot. realizacji projektu pn. „Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt [GCK] w modelu SaaS”, realizowanego dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku,

b) wyjaśnień złożonych w zaskarżonym postępowaniu przez Euvic - ITSM dot. rażąco niskiej ceny;

2.2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic – ITSM w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty, ewentualnie wobec pkt 2.2:

- art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Euvic-ITSM do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., w postaci nowego Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie,

2.3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic-ITSM ze względu na podanie przez nich nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b ustawy s.i.w.z., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty,

2.4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie błędnej oceny oferty złożonej przez wykonawców Euvic – ITSM w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny oraz złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia złożonej przez nich oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie Asysty Technicznej,

2.5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Euvic – ITSM ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.;

2.6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Euvic-ITSM ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. w związku z tym, że zakres zaoferowanego świadczenia w ramach Usługi Asysty Technicznej pozostaje niezgodny z zakresem objętym s.i.w.z. i ze względu na brak rzetelnej i adekwatnej do wymogów s.i.w.z. wyceny poszczególnych suwerennych komponentów zamówienia zgodnie z wymogami s.i.w.z.;

3. z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

3.1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i:

3.1.1. wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez nich oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p., ewentualnie wobec pkt. 3.1.1.:

wezwania wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., w postaci nowego Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie,

3.1.2. wykluczenia wykonawców Euvic-ITSM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. ze

względu na podanie przez nich nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji - odrzucenia złożonej przez nich oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.;

3.1.3.odrzucenia oferty Euvic – ITSM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w zakresie usługi Asysty Technicznej, a przedstawione na tę okoliczność wyjaśnienia wykonawców powyższe potwierdziły,

3.1.4.odrzucenia oferty wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.;

3.1.5.odrzucenia oferty wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. w związku z tym, że zakres zaoferowanego świadczenia w ramach Usługi Asysty Technicznej pozostaje niezgodny z zakresem objętym s.i.w.z. oraz ze względu na nierzetelną i niezgodną z wymogami s.i.w.z. wycenę poszczególnych komponentów zamówienia,

3.1.6.ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty odwołującego;

3.2.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. W postępowaniu wpłynęły 2 oferty – wybrana jako najkorzystniejsza oferta wykonawców Euvic-ITSM (uzyskana ilość punktów - 100) oraz oferta odwołującego (uzyskana ilość punktów – 95,63).

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu pismem w toku oceny i badania ofert z dnia 19.11.2020 r. (w dokumentacji postępowania) odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie całej korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami Euvic – ITSM, tj.

a)referencji wystawionej przez Euvic sp. z o.o. na rzecz Euvic IT S.A.

b)wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych przez wykonawców Euvic – ITSM,

c)zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie rażąco niskiej ceny przedstawione przez Euvic – ITSM,

d)korespondencję prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcami Euvic – ITSM, dot. oświadczeń i dokumentów dot. przedłużenia terminu związania ofertą.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający udostępnił jedynie dokumentację związaną z przedłużeniem terminu związania ofertą oraz uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Brak udostępnienia pozostałych dokumentów miał wynikać z objęcia ich przez Euvic - ITSM tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego poczynione przez Euvic – ITSM zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. dokumentów było bezskuteczne, a brak ich odtajnienia przez zamawiającego stanowiło naruszenie przepisów ustawy P.z.p. Referencja, o którą wystąpił odwołujący pismem z dnia 19.11.2020 r., dotyczyła realizacji projektu pn. „Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt [GCK] w modelu SaaS, realizowanego dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku. Projekt, o którym mowa wyżej, został wskazany przez Euvic – ITSM w wykazie usług jako referencyjny na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i był realizowany przez konsorcjum Euvic sp. z o.o. oraz UNIMA 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. Natomiast podwykonawcą w tym projekcie miała być spółka Euvic IT S.A. (dawniej IT Works S.A.), która aktualnie razem z ITSM Group sp. z o.o. ubiega się o udzielenie postępowania.Zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa referencja miała w związku z powyższym potwierdzać doświadczenie Euvic IT S.A., którego wymagał zamawiający w postawionych warunkach udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że umowa, której dotyczył projekt realizowany dla UM Gdańsk, jest dokumentem jawnym, do treści którego każdy podmiot może uzyskać dostęp w pełnym zakresie, zatem niezrozumiałe pozostaje objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wystawionej dla podwykonawcy referencji, która dotyczy realizacji ww. projektu. Sam zamawiający przekazał również odwołującemu dokumenty, z których jednoznacznie wynikało, jakich podmiotów referencja dotyczy. Oczywistym również pozostaje dla odwołującego, że z treści referencji wynikać musi (a przynajmniej powinno) należyte wykonanie zakresu powierzonych podwykonawcy prac, związanych z realizacją projektu dla UM Gdańsk, skoro została Zamawiającemu przedłożona w kontekście postawionego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym za bezprzedmiotowe należy uznać objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyżej wskazanego dokumentu. Pytaniem retorycznym pozostaje bowiem, czy – poza elementami wyżej wskazanymi, referencja może jeszcze zawierać jakiegokolwiek treści, stanowiące informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które można by uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia dotyczące ceny co do zasady mogą podlegać zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednak *per se* taką tajemnicą nie są. To oznacza, że każdorazowo wykonawca musi wykazać, iż w tym konkretnym przypadku ziściły się wszystkie przesłanki do utajnienia tychże wyjaśnień. To na podmiocie dokonującym tego rodzaju zastrzeżenia spoczywa ciężar wykazania zasadności tego zastrzeżenia i może być to dokonane nie później niż z momentem składania zastrzeżonego dokumentu. Tym samym wykonawcy Euvic - ITSM powinni byli jednoznacznie wykazać spełnienie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. odnośnie złożonych wyjaśnień i zawartych tam informacji.

Odwołujący wskazał, że z udostępnionego przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wcale nie wynika, by wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez wykonawców Euvic - ITSM mogły zawierać wszystkie wymagane elementy, przesądzające o uznaniu, że mamy do czynienia rzeczywiście z tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie warunku określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 s.i.w.z. wykonawcy Euvic-ITSM złożyli wymagany Wykaz Usług ze wskazaniem dwóch pozycji:

1)w pierwszej pozycji Wykazu Usług wskazano zamówienie realizowane przez Partnera Konsorcjum – ITSM Group sp. z o.o. w okresie od 26.08.2016 r. do 31.12.2019 r. na rzecz tego samego Zamawiającego (Ministerstwo Finansów) pn. Świadczenie Usługi Wsparcia dla systemu Service Desk, Świadczenie Usługi Zleceń Dedykowanych o wartości 3 949 396,67 zł wraz z informacją, że przedmiotowe zamówienie referencyjne potwierdza spełnienie warunku udziału opisanego w rozdz. VIII pkt. 4 ppkt. 1) tiret a) oraz tiret b),

2)w drugiej pozycji Wykazu Usług wskazano zamówienie realizowane przez konsorcjum: Euvic sp. z o.o. oraz UNIMA 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. od 19.03.2018 r. na rzecz Gminy Miejskiej Gdańsk pn. Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt (GCK) w modelu SaaS o wartości 2 889 270,00 zł wraz z informacją, że przedmiotowe zamówienie referencyjne potwierdza spełnienie warunku udziału opisanego w rozdz. VIII pkt. 4 ppkt. 1) tiret a) oraz tiret b).

Dla każdej z wyżej wskazanych pozycji Wykazu przedłożono dowody, mające potwierdzać prawidłowe wykonanie zamówień referencyjnych, tj.

1) w zakresie pozycji 1 Wykazu Usług:

- oświadczenie własne wykonawców Euvic-ITSM, informujące o okolicznościach związanych z brakiem uzyskania od Klienta (Ministerstwo Finansów) listu referencyjnego oraz potwierdzające należyte i zgodne postanowieniami umowy wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w pozycji 1 Wykazu Usług, oraz

-Protokół nr 13 Odbioru Okresu Rozliczeniowego z dnia 7.01.2020 r. potwierdzający dokonanie odbioru Przedmiotu Umowy za okres od 1.10.2019 r. do 31.12.2019 r., wystawiony na podstawie Wyciągu z Rejestru asysty technicznej nr 12 z dnia 31.12.2019 r., ze wskazaniem, że „Przedmiot Umowy został odebrany bez zastrzeżeń” oraz że „Przedmiot Umowy w zakresie objętym odbiorem został wykonany w terminie”; 2) w zakresie pozycji 2 Wykazu Usług:

-List Referencyjny z dnia 6.08.2020 r. potwierdzający, że konsorcjum firm: Euvic sp. z o.o. oraz Unima Systemy Teleinformatyczne S.A. w okresie od 19.03.2018 r. do 19.09.2018 r. zaprojektowało, wykonało i wdrożyło system do zdalnej obsługi mieszkańców w ramach projektu pn. Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt (GCK) w modelu SaaS, przy czym projekt realizowany jest w 3 etapach, z których ostatni, obejmujący utrzymanie i asystę, trwa nadal od 20.09.2018 r.

W ocenie odwołującego, żadna z pozycji Wykazu Usług nie potwierdza spełnienia przez wykonawców Euvic-ITSM warunku udziału określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b s.i.w.z. i na tej podstawie wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni z postępowania, a złożona przez nich oferta uznana za odrzuconą.

Odwołujący stwierdził, że złożony przez wykonawców Euvic-ITSM Wykaz Usług, zawierający niezwykle ograniczoną merytorycznie treść, jak również załączone do wykazu dowody, nie potwierdzają wymogów, objętych spornym warunkiem udziału w postępowaniu. Co więcej, za dowód zgodny z przepisami ustawy P.z.p., na pewno nie może być uznane złożone przez wykonawców Euvic-ITSM oświadczenie własne ani też cząstkowy Protokół z dnia 7.01.2020 r. z oświadczenia własnego wykonawców Euvic-ITSM (stanowiącogode *facto* rodzaj autoreferencji) wynika, że ze względu na ograniczenia związane z sytuacją dot. COVID-19 oraz ze względu na okres urlopowy, wykonawcy ci nie uzyskali Ministerstwa Finansów stosownego Listu Referencyjnego na potwierdzenie prawidłowego wykonania usługi wskazanej w poz. 1 Wykazu Usług, pomimo wniosku złożonego drogą mailową. Dlatego też w treści złożonego oświadczenia potwierdzili we własnym imieniu prawidłowe wykonanie usługi na rzecz tego zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że wykonawcy Euvic-ITSM nie wykazali, by wystąpiła uzasadniona przyczyna i jakieś szczególne okoliczności, uniemożliwiające uzyskanie i złożenie przez nich w Postępowaniu właściwych dowodów, potwierdzających prawidłowe wykonania usługi referencyjnej wskazanej w poz. 1 Wykazu Usług. W szczególności wykonawcy ci nie wskazali, kiedy wystąpili do zamawiającego o wystawienie Listu Referencyjnego i czy zrobili to z odpowiednim wyprzedzeniem, czy w związku z tym zamawiający dysponował odpowiednim czasem na przygotowanie referencji (zważywszy właśnie na okoliczności związane z COVID-19). Wykonawcy Euvic-ITSM ci nie wskazali również, jaką odpowiedź od Zamawiającego uzyskali w związku z wnioskiem o wystawienie referencji itp. Co więcej, skoro w toku referencyjnego zamówienia, zgodnie z postanowieniami tejże umowy wystawiane były protokoły odbioru prac, które z pewnością musiały być w dyspozycji ITSM, nie było żadnych przeszkód, aby skorzystać z tych dokumentów, zamiast przedkładać własne oświadczenia przez ITSM. To dobitnie potwierdza, że tym bardziej niedopuszczalne było korzystanie z takiego własnego oświadczenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy Euvic – ITSM nie byli w stanie wykazać żadnymi środkami dowodami prawidłowego wykonania usługi referencyjnej, zawartej w pozycji nr 1, gdyż w toku realizacji tej usługi wystąpiły istotne nieprawidłowości. Tym samym w ogóle niedopuszczalne było posłużenie się tym zamówieniem dla wykazania spełnienia warunku udziału.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacją uzyskaną z Ministerstwa Finansów (pismo z dnia 4.09.2019 r.) wykonawca ITSM Group sp. z o.o. został obciążony karą umownymi w toku realizacji umowy nr R/51/15/DS/B/B/245/A-3w tym karą 14.000,00 za opóźnienie w dostarczeniu zamawiającemu aktualnego pisemnego oświadczenia, potwierdzającego zapewnienie zamawiającemu wsparcia producenta oprogramowania HPSM. Odwołujący wskazał, że choć naliczenie kary wydawałoby się czysto formalne, tj. związane z uchybieniem terminowi na złożenie określonego oświadczenia, to jednak w istocie doszło do naruszenia przez spółkę ITSM podstawowego obowiązku nałożonego na niego umową, a mianowicie obowiązku zapewnienia wsparcia producenta oprogramowania HPSM przez cały okres realizacji zamówienia. Dodatkowo na tym tle ITSM podawał zamawiającemu nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje co do należytego wykonania ww. obowiązku. Z wiedzy odwołującego wynika, że ITSM Group Sp. z o.o. nie zapewnił wsparcia producenta oprogramowania HPSM przez cały I kwartał 2019 r. Zamówienie przez dystrybutora, firmę Arrow, na wsparcie na używane przez Ministerstwo Finansów oprogramowanie Micro Focus Service Manager nastąpiło dopiero 29.03.2019 r., a więc z naruszeniem ciągłości wymaganej przez cały okres realizacji zamówienia. Ciągłość ta została przerwana przez kilka miesięcy, co naraziło zamawiającego na daleko idące negatywne konsekwencje. Niewykonanie tego obowiązku, związanego z zapewnieniem wsparcia, stanowiło podstawowe naruszenie ze strony wykonawcy swoich obowiązków, jako że zapewnienie ww. wsparcia było bezpośrednio powiązane z istotą usługi, objętej przedmiotem Umowy nr R/51/15/DS/B/B/245/A-3).

Odwolujący podniósł, że nieuprawnione jest posłużenie się przez wykonawców Euvic-ITSM dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu usługą wskazaną w pozycji 2 Wykazu Usług, tj. zamówieniem realizowanym dla UM Gdańsk. Postawiony warunek udziału w postępowaniu dotyczył usługi, która miała być realizowana dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 10 lokalizacjach, liczącej co najmniej 5 000 użytkowników końcowych.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z definicją zawartą we wzorze umownym zaskarżonego zamówienia poprzez „Użytkownika” rozumie się Osobę, która bezpośrednio korzysta z Usług IT w związku z realizacją powierzonych jej zadań”. Korelując tak zdefiniowane pojęcia oraz dokonany w treści s.i.w.z. opis przedmiotu zamówienia z postawionymi warunkami udziału w postępowaniu, odwołujący stwierdził, że usługa referencyjna miała być realizowana na rzecz podmiotu rozumianego jako organizacja (rozproszona lokalizacyjnie), gdzie użytkownikami końcowymi referencyjnej usługi są osoby należące do tej organizacji (pozostające w ramach tej organizacji), korzystające z usług IT w związku z wykonywaniem powierzonych im zadań w liczbie nie mniejszej niż 5 000 osób.

Odwolujący wskazał, że wystąpił do Urzędu Miejskiego Gdańsku z wnioskiem o udzielenie informacji, dotyczących zamówienia wskazanego w pozycji nr 2 Wykazu Usług. Z udzielonej odpowiedzi wynika wprost, że z systemu, objętego referencyjnym zamówieniem, korzysta tylko 294 użytkowników wewnętrznych oraz 1105 użytkowników zewnętrznych zarejestrowanych. Przez użytkowników wewnętrznych należy rozumieć osoby, korzystające z systemu w ramach wykonywania powierzonych im zadań, należące do organizacji (Miasto Gdańsk i jego jednostki organizacyjne i inne podmioty korzystające z systemu wdrożonego na podstawie umowy z dnia 19.03.2018 r. nr BZ.272.9.2017 zawartej z konsorcjum Euvic sp. z o.o. i Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. . Z kolei wspomniani użytkownicy zewnętrzni to osoby spoza organizacji (Miasto Gdańsk i jego jednostki organizacyjne i inne podmioty korzystające z systemu wdrożonego na podstawie umowy z dnia 19.03.2018 r. nr BZ.272.9.2017 zawartej z konsorcjum Euvic sp. z o.o. i Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A.) wysyłające zgłoszenia za pośrednictwem określonej strony internetowej, przy użyciu formularza kontaktowego. To samo dotyczy użytkowników niezarejestrowanych, to osoby, które bez logowania się wysyłają zgłoszenia przy użyciu formularza kontaktowego. Odwołujący stwierdził, że referencyjne zamówienie nie spełnia wymogu dotyczącego ilości użytkowników końcowych – tj. 5 000 osób, pozostających w ramach organizacji. Nie można bowiem za użytkownika w rozumieniu warunku użytego w niniejszym postępowaniu uznawać każdej osoby, która wysłała wiadomość za pośrednictwem formularza zgłoszeniowego.

W ocenie odwołującego Euvic – ITSM nie wykazał także, aby spełnił wymóg, dotyczący wartości usługi referencyjnej zawartej w poz. 2 Wykazu. Zgodnie z brzmieniem warunku udziału zawartego w rozdziale VIII ust. 4 pkt. 1 siwz – usługi opisane w ppkt. a) i b) muszą przedstawiać wartość nie mniejszą niż 500.000 zł brutto. Jeśli zaś wymagania zostają spełnione przez wykazanie jednego zamówienia – jego wartość może być mniejsza niż 1.000.000 zł brutto. Tymczasem z treści wspomnianego Listu Referencyjnego wynika, że etap III zamówienia realizowanego przez Euvic sp. z o.o. oraz Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. jest realizowany nadal, od 20.09.2018 r. Etap ten obejmuje „utrzymywania systemu i asysta-asysta, eksploatacja i utrzymanie”, a więc odpowiada zakresowi warunku udziału określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. b) siwz. Powoływanie się na ten etap zamówienia, bez jednoczesnego wskazania, jaka konkretnie wartość etapu III została zrealizowana, nie czyni zadość obowiązkowi wykazania wymogu związanego z wartością referencyjnego zamówienia, określoną w s.i.w.z. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawcy Euvic-ITSM w sposób nieuprawniony jako wartość zamówienia wskazują całociową kwotę 2.889.270,00 zł, podczas gdy – jak wynika z powyższego - w całości wartość ta nie została zrealizowana. Co więcej, wskazana w wykazie usług wartość jest wartością umowy zawartej pomiędzy Miastem Gdańsk, a konsorcjum Euvic sp. z o.o. i Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A., a nie wartością umowy (prac) realizowanych przez Euvic IT S.A. (dawniej IT Works S.A.) jako podwykonawcy wspomnianego konsorcjum. Z pewnością zatem wartość prac podwykonawcy (Euvic IT S.A.) nie była równa wartości prac dla Konsorcjum Euvic sp. z o.o. i Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawcy Euvic-ITSM również w zakresie usługi ujętej w poz. Wykazu, nie potwierdzili spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami zawartymi w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b s.i.w.z.

W ocenie odwołującego, celowe przedstawienie przez wykonawców Euvic-ITSM w pozycji 1 Wykazu Usług zamówienia, które przy pełnej ich świadomości nie zostało zrealizowane należycie i w zakresie którego wykonawcy ci nie są w stanie przedstawić żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowego zrealizowania tego zamówienia – należy ocenić także w kontekście przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. Ocena ta sprowadza się do wniosku, że wykonawcy Euvic-ITSM w sposób zamierzony zataili istotne informacje, dotyczące nieprawidłowości w realizacji zamówienia wskazanego w pozycji 1 Wykazu Usług, a które miały wpływ na ocenę spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu, jak również nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełnienia tych warunków. Tym samym wypełnione są przesłanki dyspozycji przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, determinujące konieczność wykluczenia tych wykonawców z postępowania.

Odwolujący podniósł, że niewątpliwie również w zakresie pozycji 2 Wykazu doszło do podania przez wykonawców Euvic-ITSM szeregu nieprawdziwych informacji i wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W zamówieniu referencyjnym, realizowanym na rzecz UM Gdańsk, nie występuje bowiem wymagana ilość min. 5.000 użytkowników końcowych. Powyższe niewątpliwie miało wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego – a działania Euvic – ITSM nastąpiły co najmniej w warunkach rażącego niedbalstwa z ich strony. To z kolei wypełnia przesłanki opisane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p., które skutkują koniecznością wykluczeniem takich wykonawców z postępowania.

Odwolujący wskazał, że Euvic – ITSM w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. przedłożył wykaz usług, w którym w poz. 2 podał:

-jako podmiot, na którego rzecz zamówienie zostało wykonane – Gminę Miejską w Gdańsku,

-jako przedmiot zamówienia określił – Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt (GCK) w modelu SaaS,

-jako wartość zamówienia wskazano – 2.889.270,00 zł,

-jako okres realizacji wskazano – 19.03.2018 r. – nadal,

Jednocześnie do wykazu załączono list referencyjny z dnia 6.08.2020 r. wydany przez Urząd Miejski w Gdańsku

potwierdzający należyte wykonanie usługi przez Euvic sp. z o.o.

Odwolujący podkreślił, że na podstawie ww. informacji oczywistym był wniosek, że podmiotem, który wykazuje spełnienie warunku referencyjnego jest Euvic sp. z o.o., albowiem do tego właśnie podmiotu odnosiła się nie tylko referencja, ale i wszystkie informacje wynikające z Wykazu Usług. Na podstawie złożonego Wykazu Usług i ww. referencji nie dało się wywieść innego wniosku. Tymczasem w toku udzielanych przez Euvic – ITSM wyjaśnień okazało się, że podmiotem, który wykazuje się wykonaniem referencyjnej usługi nie jest Euvic sp. z o.o., a Euvic IT S.A. (dawniej IT Works S.A.) będąca podwykonawcą spółki Euvic sp. z o.o. W ocenie odwołującego, niewątpliwie ten sposób podania tych wszystkich informacji wprowadzał zamawiającego w błąd co do tożsamości podmiotu wykonującego referencyjną usługę i wywoływał u zamawiającego wrażenie, że inny podmiot niż się później okazało tę usługę wykonał.

Odwolujący stwierdził, że nawet, gdyby przyjąć, że nie doszło tu do zmiany wskazania podmiotu wykonującego referencyjne zadanie (z Euvic sp. z o.o. na Euvic IT S.A.) to i tak w dalszym ciągu mamy do czynienia z szeregiem nieprawdziwych informacji. Mianowicie, jeżeli przyjmiemy, że to Euvic IT S.A. jest podmiotem wykazującym się wykonaniem referencyjnej usługi to nieprawdziwe są następujące informacje:

- podmiotem, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane nie jest Gmina Miejska Gdańsk, tylko Euvic sp. z o.o.; należy bowiem zauważyć, że skoro Euvic IT S.A. był podwykonawcą Euvic sp. z o.o., a zatem nowa referencja jest wystawiona właśnie przez Euvic sp. z o.o. to odbiorcą usług świadczonych przez Euvic IT S.A. był Euvic sp. z o.o., a nie Gmina Miejska Gdańsk;

- przedmiotem zamówienia realizowanego przez Euvic IT S.A. na rzecz Euvic sp. z o.o. nie było wykonanie prac takich jak: Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt (GCK) w modelu SaaS, tylko jakieś ograniczonego zakresu prac określonego w umowie podwykonawczej;

- wartość zamówienia zrealizowanego przez Euvic IT S.A. nie wynosiła 2.889.270,00 zł (bo to jest wartość kontraktu na linii Gmina Miejska Gdańsk konsorcjum Euvic sp. z o.o. i Unima 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A.), albowiem ta wartość obejmować powinna tylko wartość prac wykonanych przez Euvic IT S.A. na rzecz Euvic sp. z o.o.,

- okres realizacji prac wykonywanych przez Euvic IT S.A. nie obejmował najpewniej czasu 19.03.2018 r. – nadal, albowiem to jest okres dla realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego, a nie wycinka prac wykonywanych przez Euvic IT S.A.

Odwolujący zaznaczył należy, że według niego w przypadku obu usług referencyjnych doszło do podania nieprawdziwych informacji, a ponadto zamawiający dokonał badania obu pozycji wykazu, co potwierdzają złożone w postępowaniu przez Euvic – ITSM dokumenty wyjaśniające w zakresie pozycji 2 wykazu.

W przypadku uznania przez KIO, że opisane w niniejszym odwołaniu nieprawidłowości, nie mogą skutkować wykluczeniem z Postępowania wykonawców Euvic – ITSM ze względu na brak uprzedniego wypełnienia przez zamawiającego obowiązku przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp, (związanego z wezwaniem ww. wykonawców do uzupełnienia dokumentów) – odwołujący podniósł zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Odwolujący podniósł, że zamawiający dokonał w niniejszym postępowaniu nieprawidłowej oceny złożonych przez Euvic – ITSM wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Choć odwołujący nie uzyskał wglądu w złożone wyjaśnienia, jest w stanie wykazać, że wyjaśnienia te – z przyczyn obiektywnych i oczywistych - nie mogły skutecznie dowieść braku rażąco niskiej ceny.

Odwolujący wskazał, że w warunkach zaskarżonego postępowania wyłącznym sposobem realizacji zamówienia przez któregośkolwiek z wykonawców ubiegających się o zamówienie, jest zakup usługi Asysty Technicznej u producenta Micro Focus. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ - Licencje HPSM posiadane przez Zamawiającego i zakres Systemu CSI powołują, że nie istnieje możliwość realizacji usługi Asysty Technicznej w żaden inny, alternatywny sposób. Zgodnie z treścią siwz – Oprogramowanie HPSM to Oprogramowanie HP Service Manager (obecnie wersja 9.52) wymienione w Załączniku Nr 3 - narzędzie, w którym funkcjonuje System CSD Zamawiającego, w tym strona www Systemu CSD. Z kolei zgodnie z definicją zawartą w Umowie - Usługa Asysty Technicznej to zapewnienie przez Wykonawcę świadczenia wsparcia producenta Oprogramowania HPSM. Uwzględniając powyższe, mamy do czynienia z jednym podmiotem, który usługę taką faktycznie udostępnia wraz z jej wszystkimi komponentami w sposób zgodny z s.i.w.z. Podmiotem tym, jak wyżej wskazano, jest producent oprogramowania - firma Micro Focus. W przypadku odwołującego to Partner Konsorcjum (Betacom S.A.) posiada bezpośrednio status partnerski producenta Micro Focus o najwyższym poziomie – Platinium, który pozwala na uzyskanie najlepszej dostępnej rynkowo oferty na ten produkt – z pominięciem dystrybutorów. Dodatkowo Betacom S.A. posiada status partnerski Tier1, który umożliwia zakup licencji oraz wsparcia do licencji bezpośrednio od producenta Micro Focus, z pominięciem kanału dystrybucyjnego. Natomiast w przypadku wykonawców Euvic - ITSM żaden z nich nie posiada takiego statusu, co wyklucza możliwość uzyskania bezpośrednio od przedstawiciela producenta oferty cenowej na poziomie analogicznym do oferty uzyskanej odwołującego. W tej sytuacji jedynym dostępnym kanałem dla pozyskania oferty Micro Focus pozostaje kanał dystrybucyjny (czyli przy udziale pośrednika). Powyższe oznacza, że taka oferta nie może być korzystniejsza cenowo od wyceny samego producenta, od którego ofertę ma odwołujący. Przy uwzględnieniu marży dystrybucyjnej z pewnością nie istnieje możliwość uzyskania oferty poniżej kosztu zakupu przez dystrybutora u producenta. Tymczasem odwołujący w celu ubiegania się o przedmiotowe zamówienie pozyskał ofertę bezpośrednio od Micro Focus na możliwie najkorzystniejszym poziomie, który znalazł odzwierciedlenie w treści złożonej w postępowaniu oferty (5.674.745,97 zł brutto). Zestawienie wskazanej wyżej wartości z wyceną Usługi Asysty Technicznej, zawartą w ofercie wykonawców Euvic- ITSM, potwierdza, że oferta ta zawiera wycenę zasadniczego elementu zamówienia poniżej kosztu jego zakupu. Nawet proste zestawienie ceny Usługi Asysty Technicznej z oferty wykonawców Euvic - ITSM z kosztem Usługi uzyskanym przez Odwołującego (a koszt ten nie zawiera marży dystrybutora, którą muszą dodatkowo ponieść wykonawcy Euvic - ITSM) pokazuje poziom zaniżenia wyceny i zamiar realizacji usługi poniżej kosztu jej zakupu:

5 314 999,00 zł – 5 674 745,97 zł = - 359 746,97 zł

W ocenie odwołującego, złożenie przez wykonawców Euvic-ITSM ofert z rażąco zaniżoną wyceną Usługi Asysty Technicznej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwolujący wskazał, że wykonawcy mieli obowiązek dokonać rzetelnej wyceny poszczególnych elementów zamówienia, stosownie do wymogów s.i.w.z., a wycena ta miała być adekwatna do wartości poszczególnych części tego zamówienia i w pełni pokrywać ich koszty. W niniejszym postępowaniu zarówno odwołujący, jak również wykonawcy Euvic – ITSM zastosowali analogiczną stawkę godzinową na poziomie 190,00 zł (brutto), zatem jedyna różnica między ofertami to wycena Usługi Asysty Technicznej, która z kolei ma swoją wartość minimalną, wynikającą z oferty Producenta Micro Focus.

Odwolujący wskazał, że wycena stawki rozliczeniowej godzinowej w odniesieniu do oferty wykonawców Euvic - ITSM pozornie została dokonana w prawidłowy sposób. Różnica pomiędzy ceną Usługi Asysty Technicznej zaoferowaną przez nich w postępowaniu a faktycznym kosztem nabycia jej od Dystrybutora, musi w sposób faktyczny pomniejszyć wysokość stawki rozliczeniowej godzinowej. Zatem w przypadku wykonawców Euvic – ITSM, zaoferowana przez nich stawka za roboczogodzinę, musi być zdecydowanie niższa niż określona przez zamawiającego jako minimalna, gdyż pomniejsza ją koszt zaniżonej Usługi Asysty Technicznej. Powyższe prowadzi także do ominięcia obowiązującego w s.i.w.z. ograniczenia minimalnej stawki roboczogodziny Zleceń dodatkowych, ponieważ wysokość tej stawki jest realnie obniżona przez zaniżony koszt Asysty Technicznej.

Zdaniem odwołującego, w świetle przedstawionych informacji nie ulega wątpliwości, że Konsorcjum Euvic - ITSM dokonało zabiegu celowego przeniesienia kosztów poszczególnych odrębnych elementów zamówienia pomiędzy sobą. Jednocześnie wycena kosztów usługi Asysty Technicznej poniżej rzeczywistego kosztu tych usług narusza interesy innych wykonawców, którzy dokonując wyceny z ich uwzględnieniem, ponoszą realne, tj. zgodne z obowiązującymi przepisami, ale przez to wyższe koszty działalności, co z kolei w sposób bezpośredni wpływa na konkurencyjność firm na rynku.

W ocenie odwołującego, zaniżenie kosztu wykonania Usługi Asysty Technicznej należy ocenić przez pryzmat niezgodności oferty z treścią s.i.w.z. Po pierwsze cena Usługi Asysty Technicznej poniżej ceny zakupu usługi u producenta może wskazywać na próbę zaoferowania zamawiającemu usługi innej niż pochodzącej od producenta, a ten określił najniższy z możliwych poziomów ceny na potrzeby pokrycia wszystkich wymagań przedmiotowego postępowania (wskazanych w treści s.i.w.z.). Zaoferowanie usług na niższym poziomie cenowym może zatem oznaczać, że faktycznie wycena Usługi Asysty Technicznej dokonana przez wykonawców Euvic - ITSM dotyczy ograniczonego/innego zakresu usługi niż opisany i wymagany w s.i.w.z. i inny niż był przedmiotem wyceny producenta. W sytuacji stwierdzenia innego zakresu rzeczowego usługi, objętej przedmiotem zamówienia, w szczególności zakresu ograniczonego lub węższego względem zdefiniowanego wymogami siwz, konieczna jest czynność odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców Euvic - ITSM. Ponadto kolejną przesłanką odrzucenia oferty wykonawców Euvic - ITSM na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jest opisane już wyżej wysokie prawdopodobieństwo przenoszenia przez wykonawców kosztów poszczególnych samodzielnych rzeczowo oraz kosztowo świadczeń pomiędzy sobą, co skutkuje naruszeniem wymogu związanego z minimalną stawką roboczogodziny.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 grudnia 2020 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w części tj. w zakresie zarzutu „naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Euvic-ITSM do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., w postaci nowego Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie” (zarzut określony w pkt 1.2. i 2.2 odwołania jako zarzut ewentualny w stosunku do zarzutu „naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic — ITSM w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty”), w wyniku którego to zaniechania nastąpił wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej (zarzut określony w pkt 1.7. odwołania).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej pozostałych zarzutów. Wniósł także o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania. w tym kosztów reprezentacji (wynagrodzenia pełnomocników).

Zamawiający stwierdził, że nie korzystał jeszcze w ww. procedury uzupełniania dokumentów odnośnie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego Euvic-ITSM, stąd zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic — ITSM w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty jest przedwczesny i jako taki na obecnym etapie niezasadny.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie czynności przystępującego Euvic-ITSM nie noszą znamion wprowadzenia w błąd zamawiającego. Decyzji o uznaniu spełnienia przez przystępującego Euvic-ITSM warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z. zamawiający nie podejmował pod wpływem błędu wywołanego przez przystępującego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. Podkreślił, że w rozumieniu ww. przepisów istotny jest nie sam fakt, iż przekazane przez danego wykonawcę ewentualnie okazują się nieprawdziwe, lecz okoliczność, iż wykonawca wprowadza w błąd zamawiającego, który to błąd ma określone konsekwencje dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na podejmowanie przez zamawiającego decyzji pod wpływem tego błędu. Zamawiający stwierdził, że dostrzegł obecnie wadliwości przedłożonych dokumentów/usług wykazanych przez przystępującego Euvic-ITSM, natomiast nie są to wadliwości, których nie był w stanie ze względu na wprowadzenie w błąd przez przystępującego Euvic-ITSM, czy jakkolwiek inne nieprawidłowe działania lub zaniechania przystępującego Euvic-ITSM, o których mowa w 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. Nieprawidłowe decyzje zamawiającego w tym zakresie wynikają z niedostatecznego zbadania dokumentów/usług wykazanych przez przystępującego Euvic-ITSM i ich wadliwej oceny przez zamawiającego. Dlatego też zarzut „naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic-ITSM ze względu na podanie przez nich nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty” jest w ocenie zamawiającego chybiony.

Odnosnie zarzutu „naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, stanowiących korespondencję pomiędzy zamawiającym a wykonawcami Euvic — ITSM, tj.

a)referencji wystawionej przez Euvic sp. z o.o. na rzecz Euvic IT S.A. dot. realizacji projektu pn.„Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego („Centrum Kontakt IGCKJ w modelu SaaS”, realizowanego dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku,

b)wyjaśnień złożonych w zaskarżonym postępowaniu przez Euvic - ITSM dot. rażąco niskiej ceny”,

zamawiający wyjaśnił, że po przeprowadzeniu wnikliwej analizy uwzględniającej zarówno uzasadnienie przystępującego Euvic-ITSM zaprezentowane przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i stanowisko prezentowane przez przystępującego Euvic-ITSM na dalszym etapie prowadzenia postępowania, pozostawił jako zastrzeżone jedynie te elementy, co do których uzyskał pewność, iż. stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie zamawiającego zarzut zaniechania odtajnienia treści referencji wystawionej przez jedną spółkę kapitałową drugiej spółce kapitałowej oraz wyjaśnień dot. ceny oferty (te pozostały zastrzeżone w części, a nie w całości, a odwołujący je otrzymał z zastrzeżeniami), jest chybiony, jako że w ocenie zamawiającego treści tam zawarte bezspornie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający podniósł, iż zarzut dotyczący „zaniechania odtajnienia referencji wystawionej przez Euvic sp. z o.o. na rzecz Euvic IT S.A. dot. realizacji projektu pn. „Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt IGCKJ w modelu SaaS” realizowanego dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku” jest już bezprzedmiotowy z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w części.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, zamawiający podniósł, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie zarzutu braku oceny istotnych części składowych oferty. Zamawiający stwierdził, że prawidłowo zastosował przepisy ustawy P.z.p. i dokonał oceny istotnych części składowych oferty, co znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Zamawiający poinformował, że zapoznał się z przedstawionymi przez przystępującego Euvic-ITSM wyjaśnieniami w zakresie ceny złożonej oferty i przeanalizował szczegółową kalkulację kosztów Usługi Asysty Technicznej. Zdaniem zamawiającego, zarówno cała oferta przystępującego Euvic-ITSM, jak i poszczególne jej składowe, nie zawierają rażąco niskiej ceny. Z ostrożności procesowej zamawiający zauważył, że zarówno oferta przystępującego jak i odwołującego mają podobną cenę. Różnica między ofertami wynosi 4,4%. Uwzględnienie argumentacji odwołującego w konsekwencji zasady równego traktowania wykonawców powodowałoby konieczność odrzucenia obu ofert.

Zamawiający wskazał, że argumentacja odwołującego opiera się na nieprawdziwym założeniu, że jedyną możliwością uzyskania oferty cenowej na świadczenie usługi Asysty Technicznej na poziomie analogicznym, jak uzyskał odwołujący, jest posiadanie statusu platynowego partnera u przedstawiciela producenta oprogramowania Mikro Fokus. Przedstawione w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dowody, że takie założenie jest nieprawdziwe, a podniesiony zarzut niezasadny. Zamawiający stwierdził, że zdolności negocjacyjne są ważnym elementem przewagi konkurencyjnej, a zamawiający ze względu na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa nie może ujawnić szczegółowej informacji, w jaki przystępujący Euvic-ITSM uzyskał warunki cenowe, które pozwoliły na złożenie najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że kwestia ta była przez niego badana, w związku z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W świetle uzyskanych wyjaśnień oraz podniesionych zarzutów przez odwołującego zamawiający stwierdził, że oferta przystępującego Euvic-ITSM nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zaznaczył, że korespondencja mailowa, na którą powołuje się odwołujący, dotyczy warunków cenowych zaproponowanych przez producenta oprogramowania Mikro Fokus dla odwołującego oraz dla dystrybutora Tech Data i nie może stanowić w niniejszym postępowaniu dowodu uzyskania ostatecznych warunków finansowych oferty przystępującego.

W ocenie zamawiającego, konsekwencją powyższego jest również uznanie za całkowicie chybionego twierdzenia odwołującego, jakoby złożenie oferty przez przystępującego, z uwagi za niską zdaniem odwołującego cenę, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, czy też jakoby oferta ta była niezgodna z tego powodu z s.i.w.z.

Przystępujący Euvic-ITSM w piśmie procesowym z dnia 28 grudnia 2020 roku wniósł sprzeciw wobec częściowego uznania przez zamawiającego odwołania wnosząc o pozostawienie odwołania w tym zakresie nierozpoznanego jako wniesionego po terminie, względnie o jego oddalenie. W pozostałym zakresie przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 roku poinformował o uwzględnieniu odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Do dnia rozpoznania odwołania zamawiający nie wykonał w związku z tym żadnej czynności w postępowaniu, w szczególności nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie przystępującego, uwzględnienie odwołania w tej części może oznaczać, że zamawiający godzi się z zarzutami odwołującego podnoszonymi odnośnie zamówień referencyjnych wskazanych w Wykazie Usług zarówno w pozycji 1 jak i 2. Przystępujący wskazał, że przyznanie przez zamawiającego racji zarzutom odwołującego w tym zakresie budzi jego zdziwienie.

Przystępujący wskazał, że odwołujący wniósł w dniu 7 września 2020 roku w postępowaniu odwołanie wobec czynności i zaniechania zamawiającego związanych z oceną ofert w postępowaniu, w szczególności zaś wobec zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 lit a i b s.i.w.z., ewentualnie zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 lit a i b s.i.w.z. w postaci Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie lub złożenia stosownych wyjaśnień treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a także między innymi zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego ze względu na podanie przez niego nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 lit a i b s.i.w.z., - w konsekwencji zaniechania odrzucenia złożonej oferty, zaniechaniu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny wskazanej w złożonej ofercie w zakresie kosztów Usługi Asysty Technicznej, zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołanie to zostało przez zamawiającego w dniu 9 października 2020

roku uwzględnione w zakresie następujących zarzutów: zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. — czyn nieuczciwej konkurencji oraz zarzut niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. w kontekście zaniżenia kosztów. W pozostałym zakresie, to jest w zakresie dotyczącym naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5, a także art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p., zamawiający wniósł do Izby o odrzucenie względnie oddalenie odwołania. Jednocześnie zamawiający w piśmie złożonym jako odpowiedź na odwołanie wskazał, z jakich powodów nie uwzględni zarzutów odwołującego dotyczących spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 lit a i b s.i.w.z., oraz rzekomego złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 lit a i b s.i.w.z. Zamawiający w szczególności uzasadnił, że „wskazanie przez EUVIC-ITSM usługi Świadczenie Usługi Wsparcia dla systemu Service Desk, Świadczenie Usługi Zleceń Dedykowanych dla zamawiającego o wartości 3 949 396,67 zł (pozycja nr 1 Wykazu Usług) potwierdza spełnienie warunku udziału opisanego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b s.i.w.z. Jako że usługa ta była wykonywana dla zamawiającego, zamawiający posiada wszystkie protokoły jej odbioru i one potwierdzają jej należyte wykonanie. Zamawiający nie zamieścił w nich żadnych zastrzeżeń wskazujących na nienależyte wykonanie. Zamawiający uważa i oświadcza, że usługa ta została wykonana należyście. EUVIC-ITSM nie miał natomiast i nie ma prawnego obowiązku potwierdzania jej w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego referencjami, czy innymi dokumentami (np. protokołami odbioru). Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 6 ustawy P.z.p., wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy. Dlatego też zarzut braku złożenia referencji, czy też podania przez EUVIC-ITSM nieprawdziwych czy niepełnych informacji jest zupełnie chybiony, ponieważ EUVIC-ITMS nie był zobowiązany do podania jakichkolwiek innych informacji niż te, które podał. Nie jest również zasadny zarzut braku wezwania do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień zamawiający dysponował i dysponuje wystarczającymi podstawami do oceny, iż nastąpiło spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W związku z faktem, iż ww. usługa potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zamawiający nie badał drugiej ze wskazanych przez EUVIC-ITSM usług (na rzecz Gminy Miejskiej Gdańsk — pozycja nr 2 Wykazu Usług), jak że została ona zgłoszona nadmiarowo. Tak więc argumenty podnoszone przez odwołującego w związku z tą usługą są bezprzedmiotowe, jako że ocena tej usługi nie wpływa na wynik postępowania (por. art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Ponadto są one co najmniej przedwczesne, ponieważ zamawiający nie poczynił żadnych czynności w związku z tą usługą. Ewentualna analiza tych argumentów lub związanych z nimi dowodów potwierdzić się może jedynie do przedłużenia postępowania odwoławczego (por. 190 ust. 6 ustawy — Prawo zamówień publicznych)."

W dniu 12 października 2020 roku odwołujący cofnął odwołanie w całości. W dniu 27 listopada 2020 roku odwołujący wniósł kolejne odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego związanych z oceną ofert w postępowaniu z dnia 17 listopada 2020 roku zarzucając zamawiającemu w szczególności zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących korespondencję pomiędzy zamawiającym a przystępującym w zakresie referencji wystawionej przez Euvic Sp. z o.o. na rzecz Euvic IT SA dotyczącej realizacji projektu pn. Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontaktów (GCK) w modelu SaaS realizowanego dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku oraz wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Odwołujący poniósł również względem oferty przystępującego analogiczne zarzuty jak w poprzednim odwołaniu, to jest zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 lit a i b s.i.w.z., zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 lit a i b s.i.w.z. w postaci Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie lub złożenia stosownych wyjaśnień treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego ze względu na podanie przez niego nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 lit a i b s.i.w.z., - w konsekwencji zaniechania odrzucenia złożonej oferty, a także zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzuty te są uzasadnione w analogiczny sposób jak w poprzednim odwołaniu.

W ocenie przystępującego, odwołanie zatem jako spóźnione winno podlegać odrzuceniu zgodnie z art. 189 ust. 3 pkt 3 ustawy P.z.p. Wobec rozstrzygnięcia przez zamawiającego odwołania w części odwołujący miał prawo wniesienia sprzeciwu (z czego nie skorzystał, a wycofał odwołanie) i uzyskania rozstrzygnięcia na tamtym etapie.

Przystępujący z ostrożności procesowej wskazał, że zarzuty podnoszone przez odwołującego są chybione, a usługa wskazana w pkt 1 Wykazu Usług potwierdza w pełni spełnienie warunków udziału w postępowaniu i została wykonana należyście.

Przystępujący stwierdził, że zgodnie z zawartą umową, ITSM (członek konsorcjum przystępującego) zobowiązany był do świadczenia usługi wsparcia Systemu SD oraz oprogramowania HPSM. Zakres usługi został szeroko opisany w 5.1 ust. 2 umowy pomiędzy zamawiającym i ITSM i miał być realizowany od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2019 roku, przy czym pierwszym pełnym rokiem świadczenia tej usługi był rok 2017. Umowa została zawarta 26 sierpnia 2016 roku. Przystępujący wskazał, że dokument, którego ITSM nie dostarczył w terminie, to dokument, którego dostarczenia mógł domagać się zamawiający przynajmniej raz w każdym roku obowiązywania umowy, a jego treścią było w szczególności potwierdzenie przysługiwania wykonawcy (tu ITSM) w zakresie wykonywania umowy wszelkich niezbędnych praw, w tym prawo do zapewnienia zamawiającemu wsparcia producenta Oprogramowania HPSA zgodnie z § 1 umowy w sposób określony w § 3 umowy. Dokument ten miał zatem jedynie potwierdzać uprawnienia wykonawcy do świadczenia usług, a nie rzeczywiste świadczenie tych usług. Gdyby wykonawca w trakcie trwania umowy takie uprawnienia utracił, zamawiający mógłby od umowy odstąpić, a gdyby fakt taki zataił i usługi nie świadczył — zamawiający miał prawo naliczenia kar umownych. W ocenie przystępującego, złożenie tego oświadczenia nie wiązało się zatem, jak chciałby to widzieć odwołujący, z brakiem zapewnienia usługi i wsparcia producenta. Gdyby tak było, to zamawiający naliczałby inne kary umowne, gdyż usługa taka nie byłaby realizowana, podczas, gdy takich kar zamawiający nie naliczył. ITMS bowiem w toku realizacji umowy nie utracił w żadnym czasie prawa do zapewnienia zamawiającemu wsparcia producenta Oprogramowania HPSM — firmy MicroFocus, a także prawidłowo realizował usługę wsparcia, na co może przedstawić

stosowane dowody. Przystępujący stwierdził, że odwołujący nadinterpretowuje zapisy i samą przyczynę naliczenia kary umownej, bowiem nie doszło do przerwania ciągłości świadczenia usługi. Przystępujący wyjaśnił, że przedmiotem usługi, której przerwanie na okres kilku miesięcy zarzuca odwołujący, było świadczenie na rzecz zamawiającego między innymi obsługi (w tym rozwiązania) zgłoszeń dotyczących błędnego działania Oprogramowania HPSM, odpowiadania na zapytania, instalowania aktualizacji, nowych wersji, poprawek, usuwania błędów. Z kolei z brakiem realizacji tych czynności powiązane były konkretne kary umowne (§ 12 umowy). Jeżeli żadna z tych kar nie została naliczona, a zamawiający nie odstąpił od umowy — co jest wydaje się okolicznością bezsporną — to trudno dać wiarę twierdzeniom odwołującego, jakoby ciągłość usługi była przerwana i nierealizowana przez ITSM przez kilka miesięcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego drugiej, nadmiarowo wskazanej przez przystępującego referencji realizowanej dla Urzędu Miasta Gdańska, przystępujący wskazał, że zarzut z odwołania z dnia 7 września 2020 pod punktem 33 pokrywa się z zarzutem przedstawionym w pkt 45-47 odwołania z dnia 27 listopada 2020 roku. Nie sposób jednak nie brać pod uwagę twierdzeń zamawiającego zawartych w cytowanym wyżej uzasadnieniu uwzględnienia odwołania z dnia 7 września 2020 roku. Zamawiający uznał, że jest to informacja nadmiarowa dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, że warunki te potwierdza już referencja opisana powyżej. W toku postępowania, przystępujący chcąc wyjaśnić zamawiającemu ewentualne wątpliwości podnoszone przez odwołującego w poprzednim odwołaniu składał jednak dodatkowe wyjaśnienia i dokumenty potwierdzające nie tylko należyte wykonanie usługi, ale również sposób jej realizacji, do czego zamawiający nie zgłaszał żadnych uwag.

Przystępujący wyjaśnił, że nie zachodzą okoliczności wskazane przez odwołującego odnośnie pozycji 2 Wykazu Usług. Stwierdził, że w żadnym miejscu s.i.w.z. zamawiający nie sprecyzował co, dla potrzeby potwierdzenia spełniania warunku, rozumie jako „organizację”. Chociażby słownikowe rozumienie tego terminu oznacza grupę ludzi mających ustaloną strukturę i działających razem, aby osiągnąć wspólne cele, realizować wspólny program. Uznawanie, że organizacja to, dla potrzeb s.i.w.z., jakiś podmiot (jak twierdzi Odwołujący „podmiot rozumiany jako organizacja”), ale już nie miasto, grupę osób żyjących na określonym terenie, jest znaczącym i nieuprawnionym ograniczeniem tego terminu. Przystępujący podkreśla, że termin „podmiot” w ogóle przez zamawiającego nie został użyty w kontekście terminu organizacja czy nawet szerzej w kontekście stawianego warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący wskazał, że interpretacja pojęć w tym przypadku nie może odbyć się bez sięgnięcia do definicji używanych przez zamawiającego, ale nie w tym postępowaniu i to w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, ale przez zamawiającego w postępowaniu referencyjnym, a także istoty systemu wskazywanego jako referencyjny. System informatyczny będący jego przedmiotem to system wspierający funkcjonowanie Gdańskiego Centrum Kontakt (GCK). GCK to wspólne centrum kontaktu dla Jednostek Miejskich, którego głównym zadaniem jest usprawnienie i uproszczenie komunikacji pomiędzy mieszkańcami, obywatelami, przedsiębiorcami, a samorządem. System ten zatem realizuje funkcję service-desk i został zrealizowany dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 10 lokalizacjach liczących co najmniej 5 tys. użytkowników końcowych, w tym postępowaniu nazywanych użytkownikami.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący również, w sposób nieuprawniony, doprecyzowuje dla własnych potrzeb termin „użytkownik końcowy” o którym mowa w warunku udziału, utożsamiając go z terminem „Użytkownik” użytym przez Zamawiającego dla potrzeb określenia osób, które będą korzystać z przedmiotu postępowania. W s.i.w.z. brak jest zapisu, który pozwoliłby utożsamić te dwa pojęcia i nawet jeżeli brzmiały one w zbliżony sposób, nie można dopatrywać się ich korelacji, gdyż dotyczą innych kwestii i w innym celu użyte zostały przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Przystępujący podkreślił, że termin „użytkownik końcowy” jest w polskim prawie pojęciem znanym i definiowanym w ustawie Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym użytkownikiem końcowym jest podmiot korzystający z publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej lub żądający świadczenia takiej usługi, dla zaspokojenia własnych potrzeb. Termin „użytkownik” jest również zdefiniowany w ustawie o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, gdzie oznacza on osobę fizyczną korzystającą z systemów teleinformatycznych. Zarówno użytkownik wewnętrzny czy zewnętrzny, nazwany czy też nienazwany, zarejestrowany czy też niezarejestrowany w kontekście takich definicji — o ile korzystają z systemu informatycznego jakim jest GCK - są użytkownikami końcowymi. Zgodnie bowiem z definicją „użytkownika” przyjętą w dokumentacji postępowania referencyjnego użytkownik to osoba korzystająca z systemu informatycznego obsługującego GCK. Wszelkie zawężenia rozumienia tego terminu — biorąc pod uwagę zapisy SIWZ — nie są uprawnione. Dla potrzeb postępowania, co nie jest niezgodne z opisem warunku, należy zatem uznać za organizację miasto Gdańsk zapewniające możliwość korzystania z systemu GCK w jednostkach rozproszonych geograficznie dla użytkowników (końcowych) których jest ponad 5.000 i są to użytkownicy.

Przystępujący podniósł, że w kontekście wyżej przedstawionych argumentów, wspartych dowodami podczas rozprawy, nie sposób uznać, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem uwzględnienie odwołania przez zamawiającego w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jest niezasadny.

W pozostałym zakresie przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, tak jak zamawiający, w szczególności podając, że nie znajduje uzasadnienia zarzut podania nieprawdziwych informacji przez przystępującego, a tym samym ewentualne ziszczenie się podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. Zarzut ten odnosi się do rzekomego zatajenia przez przystępującego przed zamawiającym informacji dotyczących realizacji usługi wskazanej w pozycji nr 1 Wykazu Usług. Przystępujący zwrócił uwagę, że usługa tam wskazana była realizowana na rzecz zamawiającego, trudno zatem uznać, że ten sam zamawiający mógłby być wprowadzony przez wykonawcę w błąd co do okoliczności związanych ze spełnianiem warunków udziału w związku z realizacją usługi, którą odbierał kilka miesięcy wcześniej. Znamienne jest też to, że odwołujący poza ogólnikami, nie wskazuje w odwołaniu jakie konkretnie informacje i jakie nieprawidłowości w realizacji zamówienia miałyby być podane przez przystępującego w sposób niezgodny z prawdą i czy chodzi tu o okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 czy też art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Istotne jest również stwierdzenie Zamawiającego w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 roku, że decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie podejmował pod wpływem błędu.

Jeżeli chodzi o zarzut nieprawdziwych informacji podanych w pozycji 2 Wykazu Usług. Przystępujący stwierdził, że odwołujący wskazał jedynie ogólnie na „szereg nieprawdziwych informacji” formułując ogólnikowe tezy, podczas gdy to na nim spoczywa ciężar dowodowy w tym zakresie. W części zarzutów, prawdopodobnie z braku pełnej informacji, która nie jest czy nie była dostępna odwołującego w toku postępowania, formułuje on wniosek o wprowadzeniu zamawiającego w błąd bazując jedynie na swoim własnym przekonaniu o zmianie podmiotu wykonującego referencyjne zadanie i uznając, że skoro on tak odczytał dokumentację, to tak samo odczytał ją zamawiający.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego, przystępujący uznał ten zarzut za niezasadny. Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w terminie wynikającym z przepisów ustawy P.z.p. oraz w sposób proceduralnie wymagany, składając odpowiednie wyjaśnienie. Zastrzeżona referencja dotycząca pozycji 2 Wykazu Usług zawiera informacje chronione.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, przystępujący wskazał, że złożył odpowiednie wyjaśnienie w tym zakresie łącznie ze złożeniem samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te wskazują w sposób precyzyjny, dlaczego przystępujący zawarte w nim informacje chroni i jaką stanowią one dla niego wartość gospodarczą.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, Przystępujący wskazał, że twierdzenia odwołującego nie są zasadne i nie mają pokrycia w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach. Jako że całość wyjaśnień przystępującego dotyczących kalkulacji ceny jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, przystępujący wskazał jedynie, że dokonał należytej kalkulacji kosztów, obejmując ofertą zarówno koszty wykupu Asysty Technicznej, koszt świadczonych usług i koszt Usługi Zleceń Dedykowanych. Przystępujący wskazał szczegółowo sposób dokonanej wyceny i przyjęte założenia do jej wykonania, a także okoliczności mające wpływ na możliwość obniżenia kosztów, oraz indywidualną sytuację przystępującego w realizacji do producenta oprogramowania. Przystępujący wskazał również na osiągniętą marżę oraz możliwość pokrycia kosztów zarządu i administracji projektu. Swoje twierdzenia przystępujący poparł również dowodami.

Przystępujący stwierdził, że okoliczności wskazywane przez odwołującego w odwołaniu w zakresie możliwości pozyskania ofert od producenta czy dystrybutora w zakresie Usługi Asysty Technicznej są prawdziwe, jednak nie uwzględniają szczególnej sytuacji przystępującego opisanej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Przystępujący wskazał również, że chybiony jest zarzut „zaniżenia kosztu wykonania Usługi Asysty Technicznej” jako niezgodności oferty z treścią s.i.w.z. Sposób realizacji zamówienia jaki zaoferował Przystępujący jest w zgodzie z wymaganiami s.i.w.z.

Przystępujący wskazał również, że zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji był już podnoszony przez odwołującego w analogicznym zakresie oraz treści w odwołaniu z dnia 7 września 2020 roku (zarzuty w pkt 55-73 pokrywają się z pkt 76- 94 odwołania z dnia 27 listopada 2020 roku). Przystępujący wskazuje, że ciężar dowodu w przypadku zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji spoczywa na odwołującym, podczas gdy w żaden sposób nie wykazał on, że w ofercie przystępującego taki czyn został popełniony.

Izba ustaliła, co następuje:

Cena oferty złożonej przez wykonawców Euvic-ITSM opiewała na kwotę 7.879.999,00 zł brutto, w tym:

- cena za świadczenie Usługi Asysty Technicznej wynosiła 5.314.999,00 zł
- cena za świadczenie Usługi Zleceń dedykowanych (9.000 roboczogodzin) – 1.710.000,00 zł brutto
- cena prawa opcji (4 500 roboczogodzin – 855.000,00 zł brutto).

Zamawiający na pytanie 7 w brzmieniu:

Czy wynagrodzenie za poszczególne usługi (Usługi Asysty Technicznej i odpowiednio Usługi Zleceń Dedykowanych) muszą uwzględniać koszty danej usługi w wynagrodzeniu za te konkretne usługi

udzielił odpowiedzi z dnia 3.07.2020 r.:

Zgodnie z § 9 Wzoru umowy wszystkie koszty danej usługi muszą zawierać się w wynagrodzeniu Wykonawcy. Patrz zmiana – ust. 1 pkt 1 niniejszego pisma

Zamawiający na pytanie 8 w brzmieniu:

Mając na uwadze fakt wprowadzenia przez Zamawiającego do SIWZ – Rozdział VII pkt 2 ograniczenia wysokości minimalnej stawki roboczogodziny w brzmieniu jak niżej: „Cena 1 roboczogodziny nie może być niższa niż 190 zł (brutto)”, a powyższa stawka minimalna ma zastosowanie zarówno do ustalenia ceny za świadczenie Usługi obsługi Zleceń dedykowanych dla zamówienia podstawowego jak i opcji. Prosimy o potwierdzenie, że w zakresie dotyczącym ceny za świadczenie usługi Asysty Technicznej winna ona być realna i uwzględniać co najmniej wycenę wsparcia producenta?

udzielił odpowiedzi z dnia 3.07.2020 r.

Zamawiający określił sposób wyliczenia ceny w Rozdziale VII SIWZ. Patrz zmiana - ust 1 pkt 1 niniejszego pisma.

Zamawiający dokonał modyfikacji s.i.w.z. w zakresie Rozdziału VII. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY, ROZLICZENIA I PŁATNOŚCI w następujący sposób:

1) dotychczasowy zapis rozdziału VII, ust. 1 s.i.w.z., w brzmieniu:

„1. Cena całkowita oferty musi obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem Umowy oraz wynikające z przepisów prawa, w tym w szczególności: wynagrodzenie wynikające z przeniesienia praw autorskich majątkowych do Produktów powstałych w trakcie realizacji zamówienia na określonych w Umowie polach eksploatacji, udzielenia licencji/sublicencji, wszystkie koszty, opłaty, cło, wydatki Wykonawcy, a także podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT), jeśli jest należny.” zastępuje się zapisem w brzmieniu:

„1. Cena całkowita oferty oraz jej składowe, wskazane w ust. 5, muszą obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem Umowy oraz wynikające z przepisów prawa, w tym w szczególności: wynagrodzenie wynikające z przeniesienia praw autorskich majątkowych do Produktów powstałych w trakcie realizacji zamówienia na określonych w Umowie polach eksploatacji, udzielenia licencji/sublicencji, wszystkie koszty, opłaty, cło, wydatki Wykonawcy, a także podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT), jeśli jest należny.

Zgodnie z § 1 ust. 2 Przedmiot Umowy: Wykonawca w ramach Usługi wsparcia i rozwoju Zamawiającego jest zobowiązany do 2.1. świadczenia Usługi Asysty technicznej poprzez (...) 2.2. świadczenia Usługi Zleceń dedykowanych, obejmującej maksymalnie 9 000 roboczogodzin, w zakresie.

- § 9 Wynagrodzenie i warunki płatności ust. 1.

Za należyte wykonanie Umowy określone w § 1 ust. 2 (zamówienie podstawowe) Wykonawca może otrzymać łącznie maksymalne wynagrodzenie w wysokości zł brutto (słownie: zł brutto), obejmujące wszelkie obciążenia związane z realizacją Umowy oraz wynikające z przepisów prawa, (...) w tym: 1.1. Za świadczenie Usługi Asysty technicznej Wykonawca otrzyma kwotę zł brutto (słownie: zł brutto), 1.2. Za świadczenie Usługi Zleceń dedykowanych (9 000 roboczogodzin) Wykonawca może otrzymać maksymalnie kwotę zł brutto (słownie: zł brutto), przy czym wartość 1 roboczogodziny wynosi zł brutto (słownie: zł brutto).

Zgodnie z § 9 ust. 3 umowy: Płatności za Usługi określone w ust. 1 uiszczane będą po zakończeniu każdego Okresu rozliczeniowego na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT Wykonawcy, przy czym:

3.1. należność za realizację Usługi Asysty technicznej za pierwszy Okres rozliczeniowy stanowi 3/12 należności, o której mowa w ust. 1 pkt 1.1. i wynosi złotych brutto (słownie: złotych brutto), każda z pozostałych 9 płatności za kolejne Okresy rozliczeniowe stanowi 1/12 należności, o której mowa w ust. 1 pkt 1.1. i wynosi złotych brutto (słownie: złotych brutto);

3.2. płatności za realizację Usługi Zleceń dedykowanych uiszczane będą po zakończeniu każdego Okresu rozliczeniowego, począwszy od dnia podpisania Umowy, w kwocie stanowiącej iloczyn ceny 1 roboczogodziny i liczby roboczogodzin wynikających z odebranych Zleceń w ramach danego Okresu rozliczeniowego, potwierdzonych podpisaniem przez Strony Protokołu Odbioru Zlecenia, którego wzór stanowi Załącznik Nr 5 do Umowy.

Pismem z dnia 8 października 2020 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 15 października 2020 roku przystępujący udzielił żądanych wyjaśnień. Treść pisma została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 s.i.w.z. zamawiający wprowadził następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) w zakresie zdolności technicznej wykażą się (...)

1) wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniem, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), należycie co najmniej:

a) jednego zamówienia obejmującego rozwój lub wdrożenie lub migrację do wyższych wersji systemu realizującego funkcję *service desk* oraz co najmniej trzy z następujących procesów:

-zarządzanie incydentami,

-zarządzanie problemami,

-zarządzanie poziomem usług,

-zarządzanie katalogiem usług,

-zarządzanie wnioskami,

-zarządzanie zmianami,

-zarządzanie konfiguracją o wartości co najmniej 500 000 zł brutto, realizowanego dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 10 lokalizacjach, liczącej co najmniej 5 000 użytkowników końcowych,

b) jednego zamówienia obejmującego utrzymanie lub asystę techniczną dla systemu realizującego funkcję *service desk* oraz co najmniej 3 z następujących procesów:

-zarządzanie incydentami,

-zarządzanie problemami,

-zarządzanie poziomem usług,

-zarządzanie katalogiem usług,

-zarządzanie wnioskami,

-zarządzanie zmianami,

-zarządzanie konfiguracją o wartości co najmniej 500 000 zł brutto, realizowanego dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 10 lokalizacjach, liczącej co najmniej 5 000 użytkowników końcowych.

Powyższe wymagania mogą zostać spełnione przez wykazanie jednego zamówienia o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto, realizowanego dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 10 lokalizacjach, liczącej co najmniej 5 000 użytkowników końcowych, obejmującego zakres obydwu zamówień wskazanych w pkt a i b.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy Euvic-ITSM złożyli wymagany Wykaz Usług ze wskazaniem dwóch pozycji:

1)w pierwszej pozycji Wykazu Usług wskazano zamówienie realizowane przez Partnera Konsorcjum – ITSM Group sp. z o.o. w okresie od 26.08.2016 r. do 31.12.2019 r. na rzecz tego samego zamawiającego (Ministerstwo Finansów) pn.

Świadczenie Usługi Wsparcia dla systemu Service Desk, Świadczenie Usługi Zleceń Dedykowanych o wartości 3 949 396,67 zł wraz z informacją, że przedmiotowe zamówienie referencyjne potwierdza spełnienie warunku udziału opisanego w rozdz. VIII pkt. 4 ppkt. 1 lit. a oraz lit. b,

2)w drugiej pozycji Wykazu Usług wskazano zamówienie realizowane przez konsorcjum: Euvic sp. z o.o. oraz UNIMA 2000 Systemy Teleinformatyczne S.A. od 19.03.2018 r. na rzecz Gminy Miejskiej Gdańsk pn. Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt (GCK) w modelu SaaS o wartości 2 889 270,00 zł wraz z informacją, że przedmiotowe zamówienie referencyjne potwierdza spełnienie warunku udziału opisanego w rozdz. VIII pkt. 4 ppkt. 1 lit. a oraz lit. b.

Dla każdej z wyżej wskazanych pozycji Wykazu przedłożono dowody, mające potwierdzać prawidłowe wykonanie zamówień referencyjnych, tj.

1) w zakresie pozycji 1 wykazu usług:

- oświadczenie własne wykonawców Euvic-ITSM, informujące o okolicznościach związanych z brakiem uzyskania od Klienta (Ministerstwo Finansów) listu referencyjnego oraz potwierdzające należyte i zgodne postanowieniami umowy wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w pozycji 1 Wykazu Usług, oraz

- protokół nr 13 odbioru okresu rozliczeniowego z dnia 7.01.2020 r. potwierdzający dokonanie odbioru przedmiotu umowy za okres od 1.10.2019 r. do 31.12.2019 r., wystawiony na podstawie wyciągu z rejestru asysty technicznej nr 12 z dnia 31.12.2019 r., ze wskazaniem, że „Przedmiot Umowy został odebrany bez zastrzeżeń” oraz że „Przedmiot Umowy w zakresie objętym odbiorem został wykonany w terminie”;

2) w zakresie pozycji 2 wykazu usług:

- list referencyjny z dnia 6.08.2020 r. potwierdzający, że konsorcjum firm: Euvic sp. z o.o. oraz Unima Systemy Teleinformatyczne S.A. w okresie od 19.03.2018 r. do 19.09.2018 r. zaprojektowało, wykonało i wdrożyło system do zdalnej obsługi mieszkańców w ramach projektu pn. Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt (GCK) w modelu SaaS, przy czym projekt realizowany jest w 3 etapach, z których ostatni, obejmujący utrzymanie i asystę, trwa nadal od 20.09.2018 r.

Pismem z dnia 19.11.2020 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie całej korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami Euvic – ITSM, tj.

a)referencji wystawionej przez Euvic sp. z o.o. na rzecz Euvic IT S.A.

b)wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych przez wykonawców Euvic – ITSM,

c)zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dotyczących ceny przedstawione przez Euvic – ITSM,

d)korespondencję prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcami Euvic – ITSM, dot. oświadczeń i dokumentów dot. przedłużenia terminu związania ofertą,

W odpowiedzi na powyższe zamawiający udostępnił dokumentację związaną z przedłużeniem terminu związania ofertą oraz uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny.

Wykonawca ITSM Group sp. z o.o. został obciążony karami umownymi w toku realizacji umowy nr R/51/15/DS/B/B/245/A-3,w tym karą 14.000,00 za opóźnienie w dostarczeniu zamawiającemu aktualnego pisemnego oświadczenia, potwierdzającego zapewnienie zamawiającemu wsparcia producenta oprogramowania HPSM. Zamówienie przez dystrybutora, firmę Arrow, na wsparcie na używane przez Ministerstwo Finansów oprogramowanie Micro Focus Service Manager nastąpiło w dniu 29.03.2019 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego, iż zarzuty uwzględnione przez zamawiającego, zostały podniesione z naruszeniem terminu. Izba wskazuje, że zamawiający unieważnił czynność najkorzystniejszej oferty. Ponowny wybór oferty był nową czynnością zamawiającego, poprzedzoną czynnością badania i oceny ofert, zatem odwołujący był uprawniony do podnoszenia zarzutów na dokonane czynności.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, stanowiących korespondencję pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami Euvic – ITSM, tj.

a)referencji wystawionej przez Euvic sp. z o.o. na rzecz Euvic IT S.A.dot. realizacji projektu pn. „Przygotowanie, wdrożenie i świadczenie usługi udostępniania systemu informatycznego służącego do obsługi Gdańskiego Centrum Kontakt [GCK] w modelu SaaS”, realizowanego dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku,

b)wyjaśnień złożonych w zaskarżonym postępowaniu przez Euvic - ITSM dot. rażąco niskiej ceny.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie ustawy P.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może

zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), przez 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.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te 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
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, niemniej jednak złożone wyjaśnienia są bardzo ogólne, lakoniczne, a ponadto nie wskazują na to, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjęto działania w celu zachowania ich poufności. Przystępujący nie złożył również żadnych dowodów na potwierdzenie powyższych okoliczności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Izba uznała za zasadne zarzuty naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic – ITSM w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty, ewentualnie wobec pkt 2.2:

- art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic-ITSM ze względu na podanie przez nich nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a i b s.i.w.z., a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty

Jednocześnie Izba wskazuje, że w związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p., zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., podniesiony jako ewentualny, pozostaje poza rozważą Izby.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż przystępujący nie wykazał, by usługa pn. *Świadczenie Usługi Wsparcia dla systemu Service Desk, Świadczenie Usługi Zleceń Dedykowanych* została wykonana należycie, mimo że taki był wymóg wskazany w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 s.i.w.z.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał, że w celu potwierdzenia należytego wykonania usług był uprawniony do złożenia oświadczenia własnego, zamiast dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego wykonał zamówienie, tj. Ministerstwo Finansów. Przystępujący powołał się na takie obiektywne przyczyny, jak okres urlopowy oraz okoliczności wywołane przez stan epidemii, ale w żaden sposób tego nie udowodnił. Podkreślenia wymaga, że również zamawiający, który był odbiorcą wskazanej usługi, w postępowaniu przez Izbą nie potwierdził okoliczności uzasadniających brak możliwości wydania referencji.

Izba wskazuje, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 roku, poz. 1282), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów

selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Z powyższego wynika, że wykonawca może złożyć własne oświadczenie tylko wówczas, gdy z przyczyn obiektywnych nie jest w stanie uzyskać ich od podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane. W każdym przypadku należy mieć na uwadze wyjątkowy charakter uregulowania dopuszczającego możliwość zastąpienia przez wykonawcę referencji oświadczeniem własnym. W tym kontekście warto przywołać pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z 3 marca 2014 r. (KIO 191/14, KIO 192/14, KIO 200/14, KIO 202/14, KIO 205/14) *sankcjonowanie praktyki masowego przedkładania oświadczeń własnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez konieczności wykazywania przez wykonawców uzasadnionych i obiektywnych przyczyn niemożności dostarczenia poświadczenia, doprowadziłoby do daleko idącej patologii. Instytucja listów referencyjnych stałaby się wówczas w praktyce martwa, zaś na zamawiających przerzucono by uciążliwy i czasochłonny obowiązek dociekania, czy wykonawca legitymuje się wymaganą wiedzą i doświadczeniem.*

Niezależnie od powyższego, po przeanalizowaniu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, Izba stwierdziła, że usługa wykonywana na rzecz Ministerstwa Finansów, nie została wykonana należycie.

Wykonawca ITSM Group sp. z o.o. został obciążony karami umownymi w toku realizacji umowy nr R/51/15/DS/B/B/245/A-3, w tym karą 14.000,00 za opóźnienie w dostarczeniu zamawiającemu aktualnego pisemnego oświadczenia, potwierdzającego zapewnienie zamawiającemu wsparcia producenta oprogramowania HPSM. Zamówienie przez dystrybutora, firmę Arrow, na wsparcie na używane przez Ministerstwo Finansów oprogramowanie Micro Focus Service Manager nastąpiło w dniu 29.03.2019 r.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 6 ust. 10 umowy nr R/51/15/DS/B/B/245/A-3, przynajmniej raz w każdym roku obowiązywania umowy, zamawiający ma prawo do żądania od Wykonawcy aktualnego pisemnego oświadczenia w zakresie określonym w ust. 8 i 9. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć oświadczenie zamawiającemu w terminie 5 dni roboczych od otrzymania żądania.

W myśl ust. 8 wskazanego paragrafu, wykonawca oświadcza, że przysługują mu w zakresie wykonywania umowy wszelkie niezbędne prawa, w tym prawo zapewnienia zamawiającemu wsparcia producenta oprogramowania HPSM. Zgodnie z ust. 9, wykonawca oświadcza, że posiada prawo do udzielania licencji/sublicencji na oprogramowanie HPSM i dokumentację, o których mowa w § 3 ust. 1-3 umowy.

W § 12 ust. 8 umowy wskazano, że w przypadku opóźnienia w dostarczeniu zamawiającemu oświadczenia, o którym mowa w § 6 ust. 10, wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 500 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.

Fakt obciążenia wykonawcy ITSM Group karami umownymi nie był pomiędzy stronami postępowania odwoławczego sporny. Przystępujący podnosił wszakże, że kary zostały naliczone jedynie za niedostarczenie dokumentu potwierdzającego uprawnienia wykonawcy do świadczenia usług, a nie rzeczywiste świadczenie tych usług.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego. Wskazać należy, że sam zamawiający stwierdził, że w okresie pierwszego kwartału 2019 roku usługa nie była świadczona. Na tę okoliczność zamawiający przedłożył dowód w postaci korespondencji mailowej z firmą Micro Focus, z której wynika, że zamówienie na wsparcie za 2019 roku wpłynęło do firmy udzielającej wsparcia dopiero w dniu 29 marca 2019 roku.

Z kolei dowody przedłożone przez przystępującego nie potwierdzają wykonywania usługi w pierwszym kwartale 2019 roku. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z korespondencji mailowej z firmą Micro Focus, złożonej przez przystępującego na okoliczność dokonywania zgłoszeń w I kwartale 2019 roku, ponieważ została sporządzona w języku angielskim i złożona bez tłumaczenia na język polski, a zatem wbrew dyspozycji § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 roku, poz. 1296). Pozostałe dowody, tj. umowa o wsparcie biznesowe Micro Focus, korespondencja mailowa z firmą Micro Focus oraz wykazu faktur, dowodzą jedynie, że firma Micro Focus nie obciążyła przystępującego opłatami z tytułu przywrócenia usługi. W ocenie Izby nie są to dowody potwierdzające fakt świadczenia usługi w I kwartale 2019 roku. Wskazać należy, że świadczenie usługi miało miejsce na podstawie umowy cywilnoprawnej pomiędzy przystępującym a firmą Micro Focus. Obciążenie opłatami z tytułu przywrócenia usługi było uprawnieniem firmy Micro Focus, która z tego uprawnienia mogła, ale nie musiała skorzystać. Przystępujący nie złożył jednoznacznego dowodu, np. w postaci zapewnienia firmy Micro Focus, że usługa była świadczona przez cały okres trwania umowy nr R/51/15/DS/B/B/245/A-3.

W ocenie Izby wskazanie jako referencyjna usługi, która nie została wykonana należycie nosi znamiona podania nieprawdziwych informacji, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. Przepis ten dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Do wykluczenia wykonawcy konieczne jest więc w tym przypadku kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa,
- skutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd,
- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w

postępowaniu lub kryteriów selekcji.

W ocenie Izby czynnościom przystępującego, informującego o należytych wykonaniu usługi, można przypisać cechy zamierzonego działania, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawcę chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to.

Izba podkreśla, że w sytuacji, gdy informacje dotyczą usługi wskazanej jako referencyjna, wobec której przystępujący zaniechał nawet wykazania, że starał się o uzyskanie wobec niej referencji od zamawiającego, zamierzone wprowadzenie w błąd zamawiającego nie budzi wątpliwości. Nieprawdziwe informacje dotyczyły oceny oferty przystępującego na podstawie pod względem spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Tym samym żądanie wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. Izba uznała za w pełni uzasadnione.

Wobec uznania za zasadne żądanie wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., Izba wskazuje, że wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączone jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zaś ocenie zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż nie został on w rezultacie wprowadzony w błąd, a fakt niewłaściwej oceny oferty przystępującego wynika wyłącznie z indolencji komisji przetargowej działającej u zamawiającego, Izba wskazuje, że bez znaczenia dla uznania spełnienia przedmiotowej przesłanki jest przy tym to czy ostatecznie zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd czy też nie. W świetle art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - tak między innymi Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18.

W związku z uznaniem, że przystępujący podał nieprawdziwe informacje co do usługi wykonywanej na rzecz Ministerstwa Finansów, które skutkują wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzuty podnoszone wobec usługi wykonywanej na rzecz Urzędu Miejskiego w Gdańsku pozostają bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia odwołania. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że wykazana usługa również nie spełnia wymogu usługi referencyjnej zrealizowanej na rzecz podmiotu rozumianego jako organizacja (rozproszona lokalizacyjnie), gdzie użytkownikami końcowymi referencyjnej usługi są osoby należące do tej organizacji (pozostające w ramach tej organizacji), korzystające z usług IT w związku z wykonywaniem powierzonych im zadań w liczbie nie mniejszej niż 5 000 osób. W ocenie Izby nie sposób za osoby pozostające w ramach organizacji uznać użytkowników zewnętrznych, którzy korzystają z systemu w ramach załatwiania spraw z zakresu administracji samorządowej. Osoby te nie spełniają warunku „pozostawania w ramach organizacji”. Izba w części podziela stanowisko przystępującego, że poprzez organizację nie zawsze należy rozumieć pracodawcę, ale w tym przypadku właśnie tak było i odmienne rozumowanie byłoby nieuprawnione. Tym samym wskazana usługa nie spełnia wymogu dotyczącego ilości użytkowników końcowych. Jak wynika z informacji miasta Gdańsk z dnia 3 września 2020 roku, użytkowników tych było 294.

Izba podziela również stanowisko odwołującego w zakresie wątpliwości dotyczących wskazania wykonawcy rzeczywiście realizującego usługę na rzecz Urzędu Miejskiego w Gdańsku, jak również rzeczywistej wartości zamówienia. W ocenie Izby, w tym przypadku również doszło do podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie błędnej oceny oferty złożonej przez wykonawców Euvic – ITSM w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny oraz złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia złożonej przez nich oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie Asysty Technicznej.

Jak wynika z formularza ofertowego przystępującego, cena jego oferty opiewała na kwotę 7.879.999,00 zł brutto, w tym:

- cena za świadczenie Usługi Asysty Technicznej wynosiła 5.314.999,00 zł
- cena za świadczenie Usługi Zleceń dedykowanych (9.000 roboczogodzin) – 1.710.000,00 zł brutto
- cena prawa opcji (4 500 roboczogodzin – 855.000,00 zł brutto).

Przystępujący w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny wskazał okoliczności, które uzasadniają zaoferowaną cenę i przedłożył dowody, które zostały przeanalizowane przez Izbę. Zarówno wyjaśnienia, jak i dowody zostały przez przystępującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby przedłożone wyjaśnienia i dowody nie pozwalają na stwierdzenie, że przystępujący wyjaśnił i udowodnił, że jego cena nie jest rażąco niska. Część dowodów w postaci korespondencji mailowej jest na tyle lakoniczna, że nie sposób wywnioskować z niej, jakiego w istocie postępowania dotyczy i jakie dokładnie wynikają z niej warunki udzielenia rabatu. Izba podkreśla, że wykonawca, który decyduje się na wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien być świadom tego, że w toku postępowania będzie obowiązany składać różnego rodzaju dokumenty, wyjaśnienia i dowody na ich poparcie. Powinien zatem zwracać uwagę, by tworzyć i gromadzić dokumenty, które będą mogły być dowodami w sprawie. W ocenie Izby przedłożone przez przystępującego załączniki mające uzasadniać cenę z tytułu Asysty Technicznej wymogu takiego nie spełniają.

Z kolei dowody w postaci korespondencji z dnia 17 czerwca 2020 roku oraz 1 lipca 2020 roku wskazują na uzyskanie rabatu od ceny standardowej producenta. W żadnym miejscu wyjaśnień ani dowodów nie wskazano, jaka kwota stanowi podstawę, od której należy obliczyć wspomniany rabat. Przystępujący kwoty tej nie wskazał, nie przedstawił również

żadnej kalkulacji na jej udowodnienie. Wskazał jedynie na końcową kwotę wynikającą rzekomo z uzyskanych rabatów. Nie wiadomo jednak, jakie były dane wyjściowe, na podstawie których taką operację przeprowadzono.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl ust. 1a, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Izba wskazuje, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., winien udzielić informacji w zakresie wszystkich okoliczności, o które został zapytany oraz przedłożyć dowody. Izba powołuje się na wyrok KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16, z którego wynika, że: „Jeżeli wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność.”. Podobnie w wyroku KIO 17.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2520/18.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż ani wyjaśnienia, ani też dowody złożone przez przystępującego, nie uzasadniają zaoferowanej ceny Asysty Technicznej, Izba uznała podniesiony w tym zakresie zarzut za uzasadniony.

Izba uznała za zasadny art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Euvic – ITSM ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Podstawą rozstrzygnięcia Izby w tym zakresie był fakt, że ani zamawiający, ani przystępujący nie podjęli jakiegokolwiek polemiki z samym zarzutem, jak i jego uzasadnieniem. Zamawiający wskazał jedynie na fakt zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w ofercie przystępującego i złożonych wyjaśnieniach, natomiast przystępujący wskazywał na brak dowodów na popełnienie przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje, że zarzut oparty był na treści oferty przystępującego oraz wskazanych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dotyczył w szczególności braku możliwości zaoferowania takich, a nie innych kwot w ofercie, z uwagi na wymogi zawarte w s.i.w.z. W ocenie Izby, został wykazany na tyle, na ile odwołujący miał wiedzę w zakresie treści dokumentów, na które wskazał. Uzasadnienie zarzutu było, w ocenie Izby, na tyle klarowne, że strona przeciwna (tj. zamawiający i przystępujący), mogła odnieść się do niego, nie naruszając tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego. Mogła również wskazać na konkretne treści złożonych przez przystępującego dokumentów, do których Izba ma dostęp, tak, aby na ich podstawie można było odeprzeć zarzut. Nic takiego nie miało miejsca. Zarówno zamawiający, jak i przystępujący w zasadzie do zarzutu się nie odnieśli.

Wskazać należy, że sytuacja procesowa strony, która kwestionuje informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest specyficzna. Inicjatywa dowodowa takiej strony zawsze będzie ograniczona, co nie oznacza, że w każdym takim przypadku strona jest z takiej inicjatywy zupełnie zwolniona. Ocena aktywności strony będzie musiała być każdorazowo brana pod uwagę z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. W tym konkretnym przypadku Izba uznała, że odwołujący w sposób prawidłowy podniósł zarzut i przedstawił jego uzasadnienie. Strona przeciwna natomiast zarzutu tego nie odparła.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze opiera się na zasadzie kontradyktoryjności, która nakłada na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek przedstawienia materiału faktycznego i dowodowego oraz wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy, do Izby zaś należy tylko ocena tego materiału. W związku z tym, że

materiał został przedstawiony tylko przez jedną stronę, rozstrzygnięcie Izby oparto się na tym materiale.

Uwzględnienie powyższych zarzutów konsumuje pozostałe zarzuty odwołania, do których znajduje zastosowanie argumentacja wskazana wyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....