

WYROK

Warszawa, dnia 31 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 i 28 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Cyfryzacji w Warszawie, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa**

przy udziale:

1. wykonawcy **Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa** - uczestnika po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **Tameshi Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Sienkiewicza 59, 90-009 Łódź** - uczestnika po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Odrzuca zarzut 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 240 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) poprzez dokonanie czynności oceny oferty wykonawcy Tameshi w kryterium jakościowym „dostępność systemu SLA” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 40 punktów zamiast 0 punktów oraz zarzut 4 odwołania, tj. zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 3 - zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 5 w związku z art. 16 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), poprzez zaniechanie wystąpienia do Stokrotka Sp. z o.o. oraz TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o. o przedstawienie informacji i/lub dokumentów potwierdzających wykonanie przez Tameshi usług hostingu wskazanych w ofercie.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Ministerstwo Cyfryzacji w Warszawie, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3.2. zasądza od wykonawcy **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** rzecz **Ministerstwa Cyfryzacji w Warszawie, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 4749/24

**Uzasadnienie**

Ministerstwo Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie kompleksowej usługi hostingu dla portalu kronika.gov.pl”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 kwietnia 2024 r. pod nr OJ S 77/2024, 229968-2024.

W dniu 16 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie od:

- 1.nie zgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Apex.IT”, jako najkorzystniejszej;
- 2.przyznania ofercie wykonawcy Apex.IT nieprawidłowej liczby punktów w kryterium jakościowym;
- 3.zaniechanie wykluczenia wykonawcy Apex.IT z postępowania wobec niewykazania spełnienia warunku udziału, ewentualnie zaniechania wezwania Apex.IT do uzupełnienia wykazu usług;
- 4.przyznania ofercie wykonawcy Tameshi Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „wykonawcą Tameshi”, nieprawidłowej liczby punktów w kryterium jakościowym;

podnosząc:

- 1.zarzut 1 – zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności oceny oferty wykonawcy Apex.IT w kryterium jakościowym „dostępność systemu SLA” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 40 punktów zamiast 0 punktów;
- 2.zarzut 2 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Apex.IT wobec niespełnienia warunku udziału oraz niezłożenia podmiotowych środków dowodowych, pomimo iż wykonawca Apex.IT nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechania wezwania wykonawcy Apex.IT do uzupełnienia dowodów;
- 3.zarzut 3 – zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności oceny oferty wykonawcy Tameshi w kryterium jakościowym „dostępność systemu SLA” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 40 punktów zamiast 0 punktów;
- 4.zarzut 4 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 3 - zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystąpienia do Stokrotka Sp. z o.o. oraz TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o. o przedstawienie informacji i/lub dokumentów potwierdzających wykonanie przez Tameshi usług hostingu wskazanych w ofercie;
- 5.zarzut 5 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a także art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „uznk” – poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Apex.IT, mimo że oferta wykonawcy Apex.IT została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca Apex.it – świadomie podał w ofercie oraz w podmiotowych środkach dowodowych informacje niezgodne z rzeczywistością – czym spełnił przesłanki z art. 3 ust. 1 uznk.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3.przyznanie ofercie wykonawcy Apex.IT 0 (słownie: zero) punktów w kryterium dostępność systemu SLA,
- 4.odrzucenie oferty wykonawcy Apex.IT,
- 5.przyznanie ofercie wykonawcy Tameshi 0 (słownie: zero) punktów w kryterium dostępność systemu SLA,
- 6.wystąpienia do Stokrotka Sp. z o.o. oraz TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o. o przedstawienie informacji i/lub dokumentów potwierdzających wykonanie przez wykonawcę Tameshi usług hostingu wskazanych w ofercie,
- 7.ponowną ocenę ofert.

Odwolujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując pisma składane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 17 grudnia 2024 r. mailem oraz przez platformę e-Zamówienia.

W dniu 20 grudnia 2024 r. (pismem z dnia 19 grudnia 2024 r.) wykonawca Tameshi Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „wykonawcą Tameshi”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 20 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Apex.IT”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 23 grudnia 2024 r. odwołujący złożył „Pismo procesowe odwołującego odpowiedź na wniosek o odrzucenie odwołania w części”.

W dniu 15 stycznia 2025 r. wykonawca Apex.IT złożył „Pismo przystępującego w postępowaniu odwoławczym”, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 15 stycznia 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1)odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp odwołania w części dotyczącej zarzutu 3 i 4 będącego powołaniem się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 28

października 2024 r. sygn. KIO 3530/24, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego i oddalenie odwołania w pozostałej części;

z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1 wniósł o:

2) odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp odwołania w części dotyczącej zarzutu 3 jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie i oddalenie odwołania w pozostałej części;

z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1 bądź 2 wniósł o:

3) oddalenia odwołania w całości;

4) zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według przedłożonego rachunku.

W dniu 20 stycznia 2025 r. odwołujący złożył wniosek o ponowne otwarcie rozprawy z uwagi na to, że po zamknięciu rozprawy ujawniono nowe okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, wnosząc jednocześnie o przeprowadzenie dowodu z:

1) wniosku odwołującego skierowanego do PKP Informatyka z dnia 8 stycznia 2025 r. dotyczącego umowy wskazanej w wykazie usług przez Apex.IT zrealizowanej na rzecz PKP Informatyka sp. z o.o. i kwestii czy dotyczyła ona realizacji usługi chmurowej (w modelu IaaS lub PaaS) lub usługi hostingowej?

2) odpowiedzi PKP Informatyka sp. z o.o. z dnia 17 stycznia 2024 r.;

na fakt, iż zamówienie zrealizowane przez wykonawcę Apex.IT na rzecz ww. podmiotu nie odpowiada postawionemu w postępowaniu warunkowi udziału w postępowaniu tzn. nie jest to usługa chmurowa (ani w modelu IaaS ani w modelu PaaS) a także nie jest to usługa hostingowa.

W dniu 20 stycznia 2025 r. wykonawca Apex.IT wniósł o oddalenie wniosku odwołującego z dnia 20 stycznia 2025 r. o otwarcie rozprawy.

W dniu 21 stycznia 2025 r. zamawiający złożył pismo z dnia 20 stycznia 2025 r., w którym odniósł się do wniosku odwołującego i wniósł o oddalenie wniosku o otwarcie rozprawy, bowiem nie zachodzą przesłanki określone w art. 551 ust. 2 ustawy Pzp, a dokument załączony przez odwołującego nie ujawnia nowych okoliczności, które mogłyby prowadzić do uznania niespełnienia przez wykonawcę Apex.IT warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 21 stycznia 2025 r. wykonawca Apex.IT wniósł o oddalenie wniosku odwołującego z dnia 20 stycznia 2025 r. o otwarcie rozprawy.

W dniu 23 stycznia 2025 r. wykonawca Tameshi podniósł, że zgadza się z wnioskiem odwołującego o ponowne otwarcie rozprawy i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez odwołującego, dodając że dokumenty przedstawione przez niego, tj. oświadczenie firmy PKP Informatyka ma istotne znaczenie dla rozpatrzenia przedmiotowej sprawy.

W dniu 27 stycznia 2025 r. odwołujący złożył pismo procesowe w sprawie, w którym wniósł o:

1) zobowiązanie przystępującego Apex.IT do przedstawienia dokumentu w postaci umowy zawartej z PKP Informatyka Sp. z o.o., nr IKS-561/10/2021/APEX.IT;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M.R.;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego;

na okoliczności wskazane w złożonym piśmie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Interes w uzyskaniu zamówienia oceniany jest na moment wniesienia odwołania wobec czego nawet odrzucenie przez Izbę niektórych z zarzutów podniesionych w odwołaniu nie przesądza o tym czy wykonawca miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia. Co więcej kwestia interesu badana jest w odniesieniu do odwołania a nie poszczególnych jego zarzutów. Tak więc okoliczność, że dwa z pięciu zarzutów podniesionych przez odwołującego podlegają odrzuceniu nie oznacza, że wykonawca ten nie wykazał interesu we wniesieniu tego odwołania.

A ponadto interes jest materialnoprawną przesłanką dopuszczalności skorzystania ze środków ochrony prawnej,

która jest badana na rozprawie, w odróżnieniu od przesłanek formalnoprawnych określonych w art. 528 ustawy Pzp, których wystąpienie powoduje odrzucenie odwołania przed otwarciem rozprawy. Wobec czego jego brak, o ile by wystąpił, skutkowałby oddaleniem odwołania a nie jego odrzuceniem.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Tameshi Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „przystępującym Tameshi”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Apex.IT”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępujących do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dowody złożone przez odwołującego i załączone do odwołania, tj.:

1. Dowody do Wykazu usług Apex (dot. wymagania na usługi chmurowe lub hostingowe);
  - LIST REFERENCYJNY z dnia 04.06.2024r - PKP Informatyka Sp. z o.o. dla Apex.IT Sp. z o.o.;
  - Miesięczne Protokoły Odbioru do Umowy nr 5700033678 z dnia 14.02.2023 r. PKP CARGO S.A. - Apex.IT Sp z o.o. - ilość od 1-17;
  - Załącznik nr 8 do SWZ (Wykaz usług) Apex.IT Sp. z o.o.;
2. Dowody do Wykazu usług Apex (dot. wymagania na migrację danych);
  - Załącznik Nr 2 do Umowy nr 167/2023/APEX. IT- TVP.SA. Woronicza 17, 00-999 Warszawa-PROTOKÓŁ ODBIORU ILOŚCIOWEGO;
  - Załącznik Nr 3 do Umowy nr 167/2023/APEX-TVP.SA -PROTOKÓŁ ODBIORU KOŃCOWEGO;
  - UMOWA 167/2023/APEX – z dnia 29.05.2023 z TVP. SA;
  - PISMO z TP S.A.;
  - Załącznik nr 2 do Umowy nr PL/24/000015/TLLZ/O zawartej w dniu 10.06.2024- PPL S.A- APEX.IT.- Protokół odbioru urządzeń;
  - UMOWA PL/24/000015/TLLZ/O Z PPL S.A.;
  - Protokoły odbioru pomiędzy PGE Systemy S.A. APEX.IT;
3. Dowody potwierdzenia SLA do oferty APEX.IT;
  - Referencje firmy FCA.S.A. dla APEX.IT.;
  - List referencyjny TVP.S.A. do umowy nr 86/2022/ APEX;
  - List referencyjny TVP.S.A. do umowy nr 113/2019/ APEX;
  - List referencyjny TVP.S.A. do umowy nr 275/2023/ APEX;
  - Umowa nr 86/2022/ APEX;
  - Umowa nr 113/2019/ APEX;
  - Umowa nr 275/2023/ APEX;
  - Wykaz usług hostingu obecnie realizowanych oraz zrealizowanych APEX;
4. Dowody potwierdzenia SLA do oferty Tameshi Inv. Sp. z o.o.;
- Oświadczenie (Stokrotka);
- Oświadczenie (TUI Poland Dystrybucja).

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dowody załączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. e-mail zamawiającego z dnia 17 czerwca 2024 r. z projektem postanowień SWZ;
2. e-mail odwołującego z dnia 20 czerwca 2024 r. potwierdzający zgodę na zamianę SWZ

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dowody załączone przez przystępującego Apex.IT do złożonego w dniu 15 stycznia 2024 r. pisma, tj.:

1. Dowód 1 - wydruk ze strony <https://www.netia.pl/pl/srednie-i-duze-firmy/produkty/it-solutions/netia-content-delivery-network> - na okoliczność natury usługi CDN zapewnianej przez Netia S.A./;
2. Dowód 2 - wydruk ze strony na okoliczność natury usługi CDN zapewnianej przez nazwa.pl/;
3. Dowód 3 - wydruk ze strony - na okoliczność natury usługi CDN zapewnianej przez Cloudflare/ Chmurową usługą hostingową jest już część usług objętych Usługą CDN w takim zakresie w jakim jest świadczona na rzecz Przystępującego przez dostawcę;
4. Dowód 4 - email J.K. (firma Landtech) potwierdzająca możliwość rozszerzenia świadczonej dla Przystępującego

usługi CDN, której odbiorcą jest TVP S.A./;

5.Dowód 5 -wydruk ze strony HPE definiujący usługę Green Lake wraz tłumaczeniem/ Usługi;

6.Dowód 6: oświadczenie HPE z dnia 14 stycznia 2025 roku na okoliczność zgodności usługi Green Lake z definicją IaaS z OPZ/;

7.Dowód 7 - odwołanie z dnia 27 września 2024 roku.

8.Dowód 9 - e-mail T.K. z dnia 14 stycznia 2025 w odpowiedzi na pytanie Przystępującego.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dowody złożone przez odwołującego załączeniu do wniosku o ponowne otwarcie rozprawy, tj.:

1)Wniosku odwołującego skierowanego do PKP Informatyka z dnia 8 stycznia 2025 r. dotyczącego umowy wskazanej w wykazie usług przez Apex.IT zrealizowanej na rzecz PKP Informatyka sp. z o.o. i kwestii czy dotyczyła ona realizacji usługi chmurowej (w modelu IaaS lub PaaS) lub usługi hostingowej?

2)odpowiedzi PKP Informatyka sp. z o.o. z dnia 17 stycznia 2024 r.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dowód złożony przez przystępującego Apex.IT na rozprawie w dniu 28 stycznia 2025 r., tj.: wydruku ze strony HPE „HPE GreenLake: nowe usługi oraz innowacyjne rozwiązania dla chmury prywatnej.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Zdaniem Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwala na rozpoznanie odwołania a tym samym nie zachodzi potrzeba przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2023 r. w sprawie akt: KIO 3074/23, KIO 3082/23).

Izba oddaliła również wnioski odwołującego o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka D.N. oraz świadka M.R., uznając, że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Okoliczności jakie mają zostać wykazane w odniesieniu do zeznań świadka M.R. a więc dlaczego „Małgorzata Rudnik składa oświadczenia wiedzy o treści innej niż Dyrektor Biura Infrastruktury IT PKP Informatyka Sp. z o.o. – osoba, która powinna mieć najpełniejszą wiedzę o umowach” są irrelevantne. Referencje lub inne dokumenty sporządzane przez odbiorcę zadań referencyjnych stanowią oświadczenie wiedzy złożone przez wystawcę tego dokumentu. I nie jest wymagane aby były to osoby upoważnione do reprezentacji określonego podmiotu. Dotyczy to także Potwierdzenia podpisanego przez D.N.. Co więcej odwołujący, występując do PKP S.A. o określone informacje dokument ten (referencje podpisane przez M.R.) skrzętnie pominął, mimo iż załączył Wykaz usług i wyrwane z kontekstu zdanie z referencji podpisanej przez M.R.. Tak więc sam odwołujący, mając takie wątpliwości, bo ma je tylko odwołujący, występując ze stosownym wnioskiem mógł już wówczas je rozwiać a tego nie uczynił. Natomiast kwestia dotycząca rzekomych sprzeczności w treści obydwu dokumentów została oceniona przez Izbę w treści uzasadnienia i – w ocenie Izby – takich nie ma.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o zobowiązanie przystępującego Apex.IT do przedstawienia dokumentu w postaci umowy zawartej z PKP Informatyka Sp. z o.o., nr IKS-561/10/2021/APEX.IT, uznając że i ten wniosek dowodowy w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania. Dla oceny zasadności zarzutu odwołującego dotyczącego usługi realizowanej na rzecz PKP Informatyka wystarczający był zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, co powodowało, że przeprowadzenie tego i pozostałych dowodów prowadziłyby do nieuzasadnionej przewlekłości postępowania.

Odwołujący cofnął na posiedzeniu **zarzut 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp** poprzez dokonanie czynności oceny oferty wykonawcy Apex.IT w kryterium jakościowym „dostępność systemu SLA” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 40 punktów zamiast 0 punktów. Wobec tego postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu.

Izba odrzuciła **zarzut 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp** poprzez dokonanie czynności oceny oferty wykonawcy Tameshi w kryterium jakościowym „dostępność systemu SLA” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 40 punktów zamiast 0 punktów oraz **zarzut 4 odwołania, tj. zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 3 - zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wystąpienia do Stokrotka Sp. z o.o. oraz TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o. o przedstawienie informacji i/lub dokumentów potwierdzających wykonanie przez Tameshi usług hostingu wskazanych w ofercie.

Izba ustaliła, że w odwołaniu wniesionym w dniu 27 września 2024 r. odwołujący podniósł „*Zarzut 4. Zarzut naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP w związku z art. 240 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2 PZP poprzez dokonanie czynności oceny oferty Tameshi w kryterium jakościowym „dostępność systemu SLA” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 40 punktów zamiast 0 punktów.*”

Odwołujący, podnosząc ów zarzut wśród podniesionych wówczas zarzutów nie wskazał, że zarzut 4 jest zarzutem ewentualnym, jak uczynił to w odniesieniu do zarzutów poprzedzających ów zarzut, jednoznacznie artykułując to w odniesieniu do zarzutów 2 i 3 oraz, podając w podstawie zarzutu - tak jak miało to miejsce do tych zarzutów - „*zarzut*

ewentualny na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 1A”.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 28 października 2024 r. w sprawach o sygn. akt KIO 3530/24 i KIO 3577/24 uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 3530/24 w zakresie zarzutu nr 1 w części oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Izba odniosła się do tego zarzutu (zarzutu nr 4 odwołania) na stronie 41 uzasadnienia wyroku, wskazując że „V. W odniesieniu do zarzutu nr 4 podniesionego w odwołaniu Odwołującego Polcom:”, dokonując w tym zakresie ustalenia stanu faktycznego a następnie, przedstawiając na stronie 44 „3. Stanowisko Izby”, w którym „W odniesieniu do ww. zarzutu Izba wskazuje, że podziela interpretację ww. postanowienia SWZ zaprezentowaną w tym zakresie przez Zamawiającego. Z postanowienia tego w sposób jednoznaczny wynika, że wymóg realizacji od co najmniej 12 miesięcy dotyczy wyłącznie umów będących w trakcie realizacji. W związku z tym sam fakt wskazania w wykazie usług hostingu umowy o krótszym okresie trwania niż 12 miesięcy jeszcze nie oznacza, że wymóg Zamawiającego nie został spełniony. Natomiast to, czy z taką umową mamy do czynienia w tym przypadku (tj. będącą w realizacji), nie stanowiło przedmiotu zarzutu. Sporządzenie ww. dowodów na papierze firmowym Tameshi czy identyczne formatowanie nie stanowi wystarczających przesłanek do pominięcia tych dowodów. Nie jest zakazane sporządzanie projektu takiego pisma przez samego wykonawcę - nie odbiera mu to charakteru dowodu. Natomiast na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu Polcom kompletu dokumentów w ww. zakresie – Zamawiający dwukrotnie przekazał ten sam dokument.”.

Tym samym Izba ów zarzut już rozstrzygnęła w wyroku z dnia 28 października 2024 r. w sprawach o sygn. akt KIO 3530/24 i KIO 3577/24.

Okoliczność identyczności postawionego wówczas i obecnie zarzutu przyznał odwołujący w treści wniesionego obecnie odwołania, wskazując m.in. „Odwołujący wyjaśnia, że przedmiotowy Zarzut 3 jest tożsamy z Zarzutem 4 z odwołania KIO 3530/24 – który został sformułowany jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 1B.”. Co więcej odwołujący podał także, że Izba „tym samym nie powinna rozpoznawać zarzutu 4. Tymczasem Izba – z zupełnie niezrozumiałych przyczyn – w uzasadnieniu wyroku przedstawiła swoje stanowisko dla Zarzutu 4, a mianowicie w pkt 3 na str. 44 uzasadnienia.”.

Także w skardze skierowanej do Sądu Okręgowego w Warszawie odwołujący przyznał, że Izba „przyjęła błędnie, że zarzut nr 4 ma charakter podstawowy”. Odwołujący stwierdził więc, że zarzut ten został już rozpoznany. Rozstrzygnięcie tego zarzutu zostało bowiem zawarte w punkcie 2 sentencji przywołanego już orzeczenia w zakresie dotyczącym sprawy o sygn. akt KIO 3530/24. Izba – jak wynika z treści przywołanego wyżej wyroku – „w pozostałym zakresie oddala odwołanie”. Nie budzi więc wątpliwości, mając na uwadze treść uzasadnienia, że w zakresie dotyczącym zarzutu nr 4 Izba oddaliła odwołanie.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut 3 odwołania podlega odrzuceniu. Bez znaczenia są przy tym argumenty dotyczące tego czy Izba mogła, czy też nie mogła rozpoznać tego zarzutu. Zarzut ten został bowiem już rozpoznany, co znalazło odzwierciedlenie zarówno w treści sentencji orzeczenia, jak i jego uzasadnienia.

Jeśli chodzi o zarzut 4 odwołania, tj. „zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 3 - Zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 5 PZP w związku z art. 16 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie wystąpienia do Stokrotka Sp. z o.o. oraz TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o. o przedstawienie informacji i/lub dokumentów potwierdzających wykonanie przez Tameshi usług hostingu wskazanych w ofercie.” Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby w dniu 27 września 2024 r., sygn. akt KIO 3530/24 podniósł „Zarzut 4. Zarzut naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP w związku z art. 240 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2 PZP poprzez dokonanie czynności oceny oferty Tameshi w kryterium jakościowym „dostępność systemu SLA” w sposób nieprawidłowy, tj. przyznanie 40 punktów zamiast 0 punktów.”, w uzasadnieniu którego wskazała na „Brak dokumentów potwierdzających spełnienie poziomu świadczonych usług SLA dla dwóch umów wskazanych w Tabeli 2 (...)”. Jednocześnie podał „26. Tameshi dołączył do oferty 2 dokumenty o treści, jak poniżej: (...) Oba ww. dokumenty zostały sporządzone na papierze firmowym Tameshi – zatem nie są oświadczeniami zewnętrznej firmy, dla której Tameshi świadczyło usługi. Już samo to dyskredytuje przedmiotowe dokumenty i Zamawiający nie powinien uznać ich za potwierdzenie, którego wymagał w SWZ (a które to potwierdzenie nie podlega uzupełnieniu).

28. Ponadto należy wskazać, że dokumenty te:

- a. Mają identyczną treść,
- b. Mają identyczne formatowanie.”.

W obecnie wniesionym odwołaniu (odwołaniu będącym przedmiotem tego postępowania odwoławczego) odwołujący w odniesieniu do zarzutu 3 wskazał „Brak dokumentów potwierdzających spełnienie poziomu świadczonych usług SLA dla dwóch umów wskazanych w Tabeli 2

57. Tameshi dołączył do oferty 2 dokumenty o treści, jak poniżej: (...)”, zamieszczając w treści odwołania skan tych dokumentów.

W odniesieniu do tego zarzutu odwołujący podał także:

„58. Oba w/w dokumenty zostały sporządzone na papierze firmowym Tameshi – zatem nie są oświadczeniami zewnętrznej firmy, dla której Tameshi świadczyło usługi. Już samo to dyskredytuje przedmiotowe dokumenty i Zamawiający nie powinien uznać ich za potwierdzenie, którego wymagał w SWZ (a które to potwierdzenie nie podlega uzupełnieniu).

Ponadto należy wskazać, że dokumenty te:

✓ Mają identyczną treść,

✓ Mają identyczne formatowanie.

Taka forma i treść dokumentów wskazuje, że nie są one wiarygodne.”.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu 4 odwołujący podniósł „Zarzut 4. – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 3 - Zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 5 PZP w związku z art. 16 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie wystąpienia do Stokrotka Sp. z o.o. oraz TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o. o przedstawienie informacji i/lub dokumentów potwierdzających wykonanie przez Tameshi usług hostingu wskazanych w ofercie.”, uzasadniając powyższe w następujący sposób „59. Powyższe wskazuje na poważne wątpliwości co do dokumentów przedłożonych przez Tameshi. Tym samym zaktualizowała się przesłanka art. 128 ust. 5 PZP i konieczne jest na obecnym etapie postępowania zweryfikowanie przez Zamawiającego informacji u tzw. źródła, tj. u odbiorców usług, na które powołuje się Tameshi. Ustawodawca przewidział taką możliwość, gdyż uprzednio zamawiający twierdzili, że nie są uprawnienia do sprawdzania wiarygodności przekazywanych informacji i dokumentów. Zamawiający, jako podmiot publiczny, powinien dbać o prawidłowość prowadzonego postępowania i widząc takie „dziwne dokumenty”, tj.:

a. Wystawione na papierze firmowym Tameshi przez podmioty nie będące Tameshi

b. Mające identyczną treść – choć dotyczą różnych usług  
po prostu powinien dokonać czynności sprawdzenia.

60. Zaniechanie wystąpienia o takie wyjaśnienia jest zupełnie niezrozumiałą. Zwłaszcza w kontekście usługi świadczonej dla TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o. – gdzie wskazano nietypowy okres świadczenia usługi, tj. 6 miesięcy. Na rynku usług hostingu, czy szeroko - usług Data Center praktyką jest zawieranie umów na dłuższe okresy, co najmniej roczne.

61. Odwołujący uważa, że umowa pomiędzy Tameshi a TUI Poland Dystrybucja co prawda rozpoczęła się w styczniu 2024 roku, ale została zawarta na 1 rok i trwa nadal. Zaś Tameshi podało tylko pierwszy okres obowiązywania umowy i wskazało usługę jako „zakończoną”, aby móc prezentować wykładnię „dla umowy zakończonej”. Jeśli umowa z TUI Poland Dystrybucja rzeczywiście trwa nadal, a w szczególności trwała w dniu składania podmiotowych środków dowodowych – to usługa ta nie spełniała warunków SWZ nawet według absurdalnej wykładni przedstawionej przez Tameshi. Kwestia ta na pewno powinna zostać wyjaśniona.”.

Istotnie w sposób identyczny ów zarzut nie został wcześniej podniesiony. Tym niemniej stwierdzić należy, że w obydwu odwołaniach (odwołaniu z dnia 27 września 2024 r. i w odwołaniu z dnia 16 grudnia 2024 r.) odwołujący odniósł się już do dokumentów, których sprawdzenia obecnie ponownie oczekuje. Uczyniła to także Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się już do tych dokumentów, na które wskazuje obecnie odwołujący, że „podziela interpretację w/w postanowienia SWZ zaprezentowaną w tym zakresie przez Zamawiającego. Z postanowienia tego w sposób jednoznaczny wynika, że wymóg realizacji od co najmniej 12 miesięcy dotyczył wyłącznie umów będących w trakcie realizacji. W związku z tym sam fakt wskazania w wykazie usług hostingu umowy o krótszym okresie trwania niż 12 miesięcy jeszcze nie oznacza, że wymóg Zamawiającego nie został spełniony. Natomiast to, czy z taką umową mamy do czynienia w tym przypadku (tj. będącą w realizacji), nie stanowiło przedmiotu zarzutu. Sporządzenie w/w dowodów na papierze firmowym Tameshi czy identyczne formatowanie nie stanowi wystarczających przesłanek do pominięcia tych dowodów. Nie jest zakazane sporządzanie projektu takiego pisma przez samego wykonawcę - nie odbiera mu to charakteru dowodu. Natomiast na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu Polcom kompletu dokumentów w w/w zakresie – Zamawiający dwukrotnie przekazał ten sam dokument.”.

Tym samym Izba w przywołanym wyżej wyroku uznała już, że sporządzenie kwestionowanych dokumentów na papierze firmowym Tameshi a więc ich złożenie w kwestionowanej przez wykonawcę formie nie stanowi powodu do ich pominięcia. A skoro tak oznacza to, zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 28 października 2024 r. w sprawach o sygn. akt KIO 3530/24 i KIO 3577/24, że ocena należytego wykonania zamówienia w oparciu o te dokumenty została już dokonana na wcześniejszym etapie postępowania i było to prawidłowe. Izba nie podzieliła więc stanowiska odwołującego co do braku możliwości sporządzenia dokumentów w takiej formie jak miało to miejsce w tym stanie faktycznym. Oznacza to, że zamawiający, dokonując ich oceny postąpił prawidłowo. A skoro tak dokumenty te potwierdzają należyte wykonanie wskazanych w nich usług. Wobec czego brak jest podstaw do wzywania tego wykonawcy na tym etapie postępowania do złożenia czy też uzupełnienia dokumentów dotyczących Stokrotka Sp. z o.o. oraz TUI Poland Dystrybucja Sp. z o.o. i ponownej oceny dokumentów, które były już oceniane przez zamawiającego i Izbę na skutek już wcześniej wniesionego odwołania. Wobec powyższego i - jak słusznie podnieśli zamawiający i przystępujący Tameshi - zarzut 4 oparty został o

argumentację i okoliczności, które były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Co więcej czas trwania umowy nie był przedmiotem wcześniejszego odwołania (odwołania z dnia 27 września 2024 r.), mimo że był on odwołującym znany. Wobec tego podnoszenie tego zarzutu dopiero w odwołaniu z dnia 16 grudnia 2024 r. jest spóźnione.

Dlatego też Izba uznała, że i ten zarzut podlega odrzuceniu.

**Zarzut 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Apex.IT wobec niespełnienia warunku udziału oraz niezłożenia podmiotowych środków dowodowych, pomimo iż wykonawca Apex.IT nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechania wezwania wykonawcy Apex.IT do uzupełnienia dowodów nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale V SWZ Warunki udziału w postępowaniu podał, że *w celu oceny zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia Zamawiający wymaga od Wykonawców wykazania spełnienia następujących warunków udziału w postępowaniu:*

*1.4 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że:*

*1.4.1. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należyce wykonał lub wykonuje co najmniej:*

*a) dwie usługi chmurowe (w modelu IaaS lub PaaS) lub hostingowe o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto każda;*

*b) usługę migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS przy czym wolumen danych przekraczał jednorazowo 500 TB.”.*

Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2024 r. wezwał wykonawcę Apex.IT do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu usług oraz „Dokumenty (np. referencje) potwierdzające należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Apex.IT złożył Wykaz usług, w którym wyspecyfikował dwie usługi chmurowe, tj.:

- o Usługa nr 1 - Dostawa usługi chmurowej w modelu IaaS zrealizowana na rzecz PKP Informatyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Okres realizacji: od 01.03.2023 r. do 04.06.2024; Wartość zrealizowanej usługi: ponad 1 000 000,00 PLN brutto; List referencyjny;
- o Usługa nr 2 - Dostawa usługi chmurowej w modelu IaaS zrealizowana na rzecz PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie; Okres realizacji: od 03.2023 r. do 07.2024 r. Wartość zrealizowanej usługi: ponad 1 000 000,00 PLN brutto; Protokoły odbioru;

oraz trzy usługi migracji, tj.:

- o Usługa nr 1 - Przedmiotem umowy było dostarczenie komponentów do rozbudowy podsystemu dyskowego Systemu dystrybucji. Przy realizacji umowy jedną z czynności wykonawcy była usługa migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS. Usługa zrealizowana na rzecz Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie; Okres realizacji: od 29.05.2023 r. do 15.06.2024 r.; Wolumen danych przekraczał jednorazowo 500 TB; Protokół odbioru ilościowego; Protokół odbioru końcowego;
- o Usługa nr 2 - Przedmiotem umowy była dostawa, montaż i uruchomienie przez wykonawcę odpowiedniej liczby urządzeń wraz z oprogramowaniem wraz z z licencjami oraz świadczenie gwarancji jakości i wsparcia technicznego na dostarczone urządzenia. Przy realizacji umowy jedną z czynności wykonawcy była usługa migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS. Usługa zrealizowana na rzecz Polskich Portów Lotniczych S.A. z siedzibą w Warszawie; Okres realizacji: od 10.06.2024 r. do 10.08.2024 r.; Wolumen danych przekraczał jednorazowo 500 TB; Protokół odbioru urządzeń;
- o Usługa nr 3 - Przedmiotem umowy była modernizacja systemu backup. Przy realizacji umowy jedną z czynności wykonawcy była usługa migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS. Usługa zrealizowana na rzecz PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie; Okres realizacji: od 27.09.2021 r. do 31.12.2021 r.; Wolumen danych przekraczał jednorazowo 500 TB; Protokoły odbioru.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca Apex.IT, wykazując doświadczenie w zakresie usługi chmurowej lub hostingowej wskazał w Wykazie usług jako pierwszą referencyjną usługę „Dostawę usługi chmurowej w modelu IaaS zrealizowana na rzecz PKP Informatyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie” oraz złożył list referencyjny z dnia 4 czerwca 2024 r., w którym PKP Informatyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oświadczyła, że „potwierdza, że firma Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie przy ulicy Marcina Flisa 6, realizuje od dnia 01.03.2023 (umowa nr IKS-561/10/2021/APEX IT) usługę dostawy sprzętu informatycznego w modelu IaaS, w ramach której „realizuje usługę dostawy infrastruktury IT w modelu IaaS – konsumpcyjnym, rozliczany miesięcznie. Wartość dotychczas zrealizowanych usług przekroczyła kwotę 2 000 000,00 zł. Potwierdzamy, że przedmiot umowy jest zrealizowany należycie i z najwyższą starannością.”.

Odnosnie tej usługi odwołujący podniósł – co wprost wynika z zarzutu nr 2, jak i treści uzasadnienia do tego zarzutu (str. 12 – 13 uzasadnienia odwołania) - że wykonawca ten „nie wykazał, że usługa była świadczona należycie a dodatkowo usługa ta również nie spełnia wymagań SWZ, odwołując się do definicji zawartych w OPZ sporządzonej przez zamawiającego. Definicje ta – jak dalej podniósł odwołujący – „jasno wskazują, że dostawca usługi musi kontrolować i zarządzać dostarczaną infrastrukturą informatyczną. Tymczasem sam PKP Informatyka w liście referencyjnym wskazuje, że dostarczona infrastruktura zostaje przekazana pod jego wyłączną kontrolę i zarządzanie.”. Co więcej „określenie „dostawa w modelu IaaS” w liście referencyjnym nie ma nic wspólnego z modelem IaaS, jaki Zamawiający określił w OPZ. W sensie faktycznym jest to leasing, czyli kredytowanie przez dostawcę zakupu urządzeń i ratalnego rozliczenia zakupu przez klienta przedmiotowego urządzenia.”.

Niewątpliwym jest, że zamawiający w OPZ punkt II „Definicje” zawarł definicje pojęć „Chmura publiczna”, „IaaS”, „PaaS” i „Portal”, opisując w punkcie III „Wymagania dotyczące zamawianej przez niego usługi hostingu dla projektu KRONIK@”. Zdefiniowanie pojęć „IaaS” i „PaaS” – jak wyjaśnił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – miało na celu wyjaśnienie jego potrzeb w ramach prowadzonego postępowania. Stąd też odwołanie się przez zamawiającego w punkcie 3 OPZ do pojęć przez siebie wcześniej (pkt II OPZ) zdefiniowanych.

Zamawiający nigdzie przy tym nie wskazał, że przedstawiona przez niego w OPZ definicja modelu IaaS i PaaS odnosi się także do warunku udziału w postępowaniu. Tak więc nie wymagał od wykonawców wykazania się sposobem realizacji umów zgodnym z definicją IaaS i PaaS wskazaną przez niego w OPZ, która dotyczyła tego czego zamawiający oczekuje od wykonawców w ramach realizacji zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania, ale wykazania się wykonaniem usługi chmurowej (w modelu IaaS lub PaaS) lub hostingowej o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto.

IaaS – jak wskazał zamawiający - może być rozumiany bardzo szeroko, a mianowicie „Infrastruktura jako usługa (IaaS, infrastructure as a service) to typ usługi przetwarzania w chmurze, która oferuje podstawowe zasoby obliczeniowe, magazynowe i sieciowe na żądanie z płatnością zgodnie z rzeczywistym użyciem. IaaS to jeden z czterech typów usług w chmurze, wraz z oprogramowaniem jako usługą (SaaS, software as a service), platformą jako usługą (PaaS, platform as a service) i przetwarzaniem bezserwerowym.”. Dlatego też dla wykazania wykonania lub wykonywania usługi, wobec braku odwołania do definicji zawartej w OPZ, należało przyjąć szerokie rozumienie tego pojęcia. Możliwy był więc różnorodny sposób wykonania usługi referencyjnej, w tym także taki, w którym – jak słusznie podniósł zamawiający - wykonawca czy też dostawca nie musiał na kanwie realizowanych umów wykazać się usługą chmurową polegającą na kontrolowaniu i zarządzaniu dostarczaną infrastrukturą informatyczną. Kluczowym aspektem IaaS jest bowiem subskrypcyjny model finansowania i utrzymania infrastruktury przez dostawcę. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność kto jest właścicielem pomieszczenia, w którym znajdują się urządzenia.

Usługa wykonana na rzecz PKP Informatyka – jak wynika z referencji z dnia 4 czerwca 2024 r. – to „usługa dostawy sprzętu informatycznego w modelu IaaS. W ramach umowy Apex.IT realizuje: - usługę dostawy infrastruktury IT w modelu IaaS – konsumpcyjnym, rozliczany miesięcznie, od 1.03.2023 r.”.

Pismo PKP Informatyka z dnia 17 stycznia 2025 r., w którym podano, że zakres usługi referencyjnej realizowanej przez wykonawcę Apex.IT „wpisuje się naszym zdaniem w model HaaS (Hardware-as-a-service – sprzęt jako usługa). HaaS to model zaopatrzenia podobny do leasingu – podmiot korzystający z modelu HaaS zostaje wyposażony w niezbędny sprzęt komputerowy (...) przez zewnętrznego dostawcę, płacąc za usługę w modelu subskrypcyjnym. W efekcie uzyskuje dostęp do nowoczesnych rozwiązań sprzętowych bez konieczności ich faktycznego zakupu”. Niemniej jednak odwołujący zadając pytanie, którego treść załączył do złożonego do Izby wniosku, wybiórczo powołał się na treść informacji przedstawionych przez wykonawcę (w treści Wykazu usług, jak i przedstawionej referencji).

W kontekście powyższych dokumentów należy zgodzić się z zamawiającym, że wystawca dokumentu z dnia 17 stycznia 2025 r. nie kwestionuje wcześniej wystawionych referencji z dnia 4 czerwca 2024 r. Jest to o tyle istotne, że zarówno referencje z dnia 4 czerwca 2024 r., jak i oświadczenie firmy HPE z dnia 14 stycznia 2025 r. potwierdzają realizację takiej usługi jak wymagana przez zamawiającego w tym postępowaniu. Firma HPE, pismem z dnia 14 stycznia 2025 r., oświadczyła bowiem, że „spółka Apex.IT Sp. z o.o. w latach 2023-2024 na podstawie umowy zawartej z Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. zapewniała usługę chmurową typu IaaS producenta Hewlett Packard Enterprise Inc. pod nazwą HPE GreenLake dystrybuowaną na terenie Polski przez Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o. na rzecz:

1. PKP Informatyka Sp. z o.o.
2. PKP Cargo S.A.

Usługa HPE GreenLake wyłącza kontrolę użytkownika końcowego usługi HPE GreenLake nad infrastrukturą dostarczaną chmury. W szczególności użytkownik usługi:

- a) nie ma uprawnień do fizycznej ingerencji w infrastrukturę chmury, jej relokację lub zmiany elementów infrastruktury (chyba że poprzez zmianę warunków świadczonej usługi);
- b) nie odpowiada za utrzymanie i konserwację infrastruktury chmury;
- c) nie odpowiada za aktualizację oprogramowania infrastruktury chmury;
- d) nie nabywa tytułu do dysponowania infrastrukturą chmury jak również prawa jej nabycia po zakończeniu świadczenia usługi.

Powyższe nie wyłącza kontroli nad systemami operacyjnymi, pamięcią masową i wdrożonymi aplikacjami oraz ewentualnie ograniczonej kontroli nad wybranymi komponentami sieciowymi.”.

HPE potwierdziła więc, że na rzecz PKP Informatyka i PKP Cargo realizowana była przez wykonawcę Apex.IT usługa chmurowa typu IaaS, jak również wskazała zasady kontroli w ramach usługi HPE GreenLake a więc tej, która była zrealizowana na rzecz wskazanych podmiotów. Informacja ze strony internetowej HPE dotycząca usługi GreenLake także potwierdza, że zrealizowana usługa to usługa chmurowa realizowana w modelu IaaS.

Podkreślić przy tym należy, zarówno SaaS, PaaS, jak i IaaS to rodzaje modeli usług chmurowych a najważniejsze różnice pomiędzy SaaS, PaaS i IaaS zawierają się w modelach dostarczanych rozwiązań, tj. dotyczą zakresu i sposobów świadczenia tego typu usług (sposobu udostępniania poszczególnych zasobów). Rozwiązanie HaaS dotyczy bardziej działania na sprzęcie, IaaS zapewnia bardziej kompleksowy zestaw usług, dostępny na poziomie zarządzania sprzętem, jak i infrastrukturą wirtualną. Wystawca oświadczenia z dnia 17 stycznia 2025 r. potwierdził więc także zrealizowanie usługi typu IaaS, która jako usługa obejmująca kompleksowy zestaw usług obejmowała szerszy zakres usług, które obejmują nie tylko sprzęt, ale także komponenty infrastruktury wirtualnej, takie jak maszyny wirtualne, sieci i możliwości przechowywania danych, zwykle hostowane w chmurze.

Izba podziela także stanowisko zamawiającego, że wykaz usług jest dokumentem służącym wykazaniu spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Stanowi bowiem oświadczenie wykonawcy co do wykonania określonych w warunku usług. Natomiast referencje są dokumentem określającym czy wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należyście. Takie też oświadczenie wystawione przez PKP Informatyka referencje zawierają.

Tym samym Izba uznała, że usługa ta potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na realizacji usługi chmurowej lub hostingowej.

Drugą z usług jaką wykazał się wykonawca Apex.IT, wykazując doświadczenie w zakresie usługi chmurowej lub hostingowej w Wykazie usług jest usługa pn. „Dostawa usługi chmurowej w modelu IaaS” zrealizowana na rzecz PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w odniesieniu do tej usługi, pismem z dnia 11 września 2024 r., wezwał wykonawcę Apex.IT do „uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wymagane dokumenty to:

- protokoły odbioru podpisane przez odbiorcę usługi dla zamówienia wykonanego dla PKP Cargo S.A., oznaczone jako PO1 Cargo tajne, PO3 Cargo tajne, PO4 Cargo tajne lub inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych usług, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Apex.IT złożył wyjaśnienia, w treści których wskazał m.in., że „Protokoły P01, P03, i P04 nie zostały podpisane przez odbiorcę zamówienia z niewiadomych nam przyczyn, nie mniej okoliczność należytego wykonania przedmiotu protokołów potwierdzona została poprzez dokonanie przez odbiorcę zamówienia opłat w kwotach określonych w w/w protokołach”, na dowód czego wykonawca załączył wyciąg z rachunku bankowego potwierdzającego wpływ kwot określonych w P01, P03, P04. Jednocześnie oświadczył, że *należyście wykonał przedmioty protokołów P01, P03 i P04 natomiast próby uzyskania podpisów na w/w protokołach lub referencji nie powiodły się pomimo wykonania kilku telefonów do odbiorcy zamówienia. Z nieoficjalnych informacji wynika, iż trudności z uzyskaniem referencji wynikają z braków personalnych będących skutkiem otwarcia postępowania sanacyjnego. (...)*”.

Odwolujący, kwestionując powyższą usługę wskazał m.in., że wykonawca Apex.IT do wykazu nie dołączył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, jak również że złożone przez tego wykonawcę protokoły nie są dowodami w rozumieniu rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Wykonawca Apex.IT – w ocenie odwołującego - nie udowodnił bowiem, że brak podpisów na protokołach jest sytuacją niezależną od niego, jak również tego, że wystąpił do odbiorcy usług o wystawienie samego dokumentu referencyjnego, zaś ten odmówił ich wystawienia. Nadto podniósł, że usługa nr 2 świadczona przez PKP Cargo nie jest usługą chmurową, nie spełnia wymaga SWZ, a wynika to wprost z dokumentów

złożonych przez wykonawcę Apex.IT, tj. protokołów odbioru.

Zarzut w części dotyczącej braku dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi podlega odrzuceniu, gdyż – jak słusznie podnieśli zamawiający i przystępujący Tameshi – był już rozpoznany przez Izbę. Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się już w tej kwestii w wyroku z dnia 28 października 2024 r., w sprawie i sygn. akt KIO 353024 i KIO 3577/24 (str. 40), stwierdzając że „*podziela stanowisko Odwołującego Tameshi co do tego, że wykonawca Apex.IT nie wykazał, aby zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było zastąpienie dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług oświadczeniem własnym wykonawcy. Wykonawca Apex.IT nie udowodnił, że dochował należytej staranności w staraniach o pozyskanie tych dokumentów. Nie przedstawił dowodów, że faktycznie występował o wydanie referencji (co powinno przybrać formę pisemną), a podana przez wykonawcę Apex.IT przyczyna nieuzyskania tych dowodów wcale nie przesądza o niemożliwości ich pozyskania. Należy zauważyć, że możliwość przedstawienia oświadczenia własnego należy traktować jako sytuację wyjątkową, a przyczyny jej zaistnienia podlegają ocenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże, uszło uwadze Odwołującego Tameshi, że zamiast brakujących protokołów wykonawca Apex.IT złożył dowód w postaci wyciągu bankowego, co zostało uwzględnione przez Zamawiającego w ramach czynności badania oferty tego wykonawcy pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ramach podniesionego zarzutu Odwołujący nie zakwestionował tego dokumentu. W związku z tym kwestia ta nie mogła również zostać poddana ocenie Izby.*”.

Oznacza to, co zresztą wprost wynika z treści przywołanego wyżej uzasadnienia, że Izba wypowiedziała się już w zakresie dotyczącym protokołów odbioru i możliwości złożenia w tym postępowaniu oświadczenia własnego wykonawcy Apex.IT, dodając że „*zamiast brakujących protokołów wykonawca Apex.IT złożył dowód w postaci wyciągu bankowego, co zostało uwzględnione przez Zamawiającego w ramach czynności badania oferty tego wykonawcy pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ramach podniesionego zarzutu Odwołujący nie zakwestionował tego dokumentu. W związku z tym kwestia ta nie mogła również zostać poddana ocenie Izby.*”. Okoliczność złożenia tego dokumentu (wyciągu bankowego przez wykonawcę Apex.IT) była więc już znana wykonawcom w chwili wnoszenia odwołań w sprawie o sygn. akt KIO 3530/24 i KIO 3577/24. Tym samym zarzut ten w części dotyczącej tej usługi (usługi nr 2 zrealizowanej na rzecz PKP Cargo) jest spóźniony. Skoro dokument ten był już znany i nie był wówczas kwestionowany to nie może być on kwestionowany obecnie wniesionym odwołaniem.

Odnosnie zarzutu dotyczącego kwestionowanej usługi stwierdzić należy, tak jak w odniesieniu do usługi nr 1 realizowanej na rzecz PKP Informatyka, że HPE potwierdziła, że na rzecz PKP Cargo realizowana była przez wykonawcę Apex.IT usługa chmurowa typu IaaS, wskazując przy tym na zasady kontroli w ramach usługi HPE GreenLake a więc tej, która była zrealizowana także na rzecz PKP Cargo. Okoliczność tę a więc charakter tej usługi potwierdza także informacja ze strony internetowej HPE dotycząca usługi GreenLake. Z Protokołów odbioru wynika bowiem „*dostarczenie przez wykonawcę dokumentu potwierdzającego konfigurację Systemu stanowiącego rozbudowę pojemności dyskowej w modelu subskrypcyjnym HPE GreenLake do posiadanych dwóch macierzy 3PAR 8440 znajdujących się w dwóch ośrodkach przetwarzania danych w Warszawie*”. Usługa ta potwierdza więc spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż jest realizowana w modelu subskrypcyjnym. Usługa ta (usługa HPE GreenLake) to chmurowa usługa IaaS, na dowód czego wykonawca Apex.IT przedstawił zarówno informacje pochodzące ze strony HPE, na których zdefiniowano usługę Green Lake ale także oświadczenie HPE z dnia 14 stycznia 2025 r., w treści którego HPE wprost wskazało, że taka usługa jak wymagana w warunku udziału w postępowaniu była Usługa ta potwierdza więc spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący zakwestionował także trzy usługi wyspecyfikowane w Wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. jednej usługi migracji.

Wykonawca Apex.IT wykazał w tym zakresie – jak już wyżej wskazano:

- Usługę nr 1, w odniesieniu do której podał, że „*Przedmiotem umowy było dostarczenie komponentów do rozbudowy podsystemu dyskowego Systemu dystrybucji. Przy realizacji umowy jedną z czynności wykonawcy była usługa migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS. Usługa zrealizowana na rzecz Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie*” a „*Wolumen danych przekraczał jednorazowo 500 TB*”, załączając Protokół odbioru ilościowego; Protokół odbioru końcowego;
- Usługę nr 2, w odniesieniu do której podał, że „*Przedmiotem umowy była dostawa, montaż i uruchomienie przez wykonawcę odpowiedniej liczby urządzeń wraz z oprogramowaniem wraz z licencjami oraz świadczenie gwarancji jakości i wsparcia technicznego na dostarczone urządzenia. Przy realizacji umowy jedną z czynności wykonawcy była usługa migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS. Usługa zrealizowana na rzecz Polskich Portów Lotniczych S.A. z siedzibą w Warszawie*” a „*Wolumen danych przekraczał jednorazowo 500 TB*”, załączając Protokół odbioru urządzeń;
- Usługę nr 3, w odniesieniu do której podał, że „*Przedmiotem umowy była modernizacja systemu backup. Przy*

realizacji umowy jedną z czynności wykonawcy była usługa migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS. Usługa zrealizowana na rzecz PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie” a „Wolumen danych przekraczał jednorazowo 500 TB;”, załączając Protokoły odbioru.

Pierwszą z usług referencyjnych wskazanych w Wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest usługa zrealizowana na rzecz Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie na potwierdzenie należytego wykonania, której wykonawca Apex.IT złożył „Protokół odbioru ilościowego” oraz „Protokół odbioru końcowego”.

Zamawiający, pismem z dnia 26 listopada 2024 r., wezwał wykonawcę Apex.IT „do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wymagane dokumenty to:

- Dokumenty (np. referencje) potwierdzające należyte wykonanie usługi dla Telewizji Polskiej S.A., sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Złożone przez Państwa w postępowaniu protokoły odbioru dla zamówienia zrealizowanego dla Telewizji Polskiej S.A. nie zawierają informacji na temat realizacji usługi migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS, o wolumenie danych przekraczającym jednorazowo 500 TB.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Apex.IT, pismem z dnia 29 listopada 2024 r. podał, że w „ramach usługi dla Telewizji Polskiej S.A. Apex.IT Sp. z o.o. („Wykonawca”) zrealizował usługi migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS, o wolumenie danych przekraczającym jednorazowo 500 TB, informujemy, że dowodem na wykonanie zamówienia o wymaganym przez Zamawiającego zakresie jest wykaz usług (KIO 1498/181) natomiast rolą referencji jest uzyskanie potwierdzenia należytego wykonania zamówienia (KIO 609/232). (...) Nie mniej, aby zadośćuczynić wezwaniu ponownie oświadczamy, iż zrealizowana przez Wykonawcę usługa migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS, o wolumenie danych przekraczającym jednorazowo 500 TB była elementem ujętego w wykazie zamówienia dla Telewizji Polskiej S.A. Dodatkowo przedstawiamy potwierdzenie Telewizji Polskiej S.A. w likwidacji na potwierdzenie powyższej okoliczności.”, załączając do wyjaśnień pismo Telewizji Polskiej S.A. w likwidacji z dnia 28 listopada 2024 r.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, że zamawiający wezwał wykonawcę Apex.IT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazując że dokumenty (protokoły odbioru) złożone przez tego wykonawcę „nie zawierają informacji na temat realizacji usługi migracji danych pomiędzy data center w modelu IaaS lub PaaS, o wolumenie danych przekraczającym jednorazowo 500 TB”. Wykonawca ten bowiem przedstawiając 3 usługi – jak podniósł zamawiający – nie posłużył się „kompilacją słów „usługa migracji”. Nie oznacza to przy tym, że wskazana usługa (usługa migracji danych) nie była realizowana przez tego wykonawcę na rzecz tego zamawiającego (zamawiającego podanego w Wykazie usług) w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. Dokonanie migracji danych było bowiem – jak wskazał przystępujący Apex.IT – środkiem do osiągnięcia określonych w przedmiocie zamówienia rezultatów. Stąd też wystąpienie zamawiającego z dnia 26 listopada 2024 r., w odpowiedzi na które wykonawca Apex.IT przedłożył Potwierdzenie z dnia 28 listopada 2024 r., w treści którego wprost wskazano, że „Apex.IT Sp. z o.o. w ramach realizacji umowy 167/2023/APEX zrealizował migracje danych w wymiarze przekraczającym 500 TB, co było koniecznym elementem uruchomienia dostarczonych urządzeń dla nowego środowiska TVP”. Umowa ta – jak wyjaśnił z kolei przystępujący Apex.IT – dotyczyła rozbudowy Systemu Dystrybucji Treści (systemu przechowującego treści multimedialne wyprodukowane lub zarządzane przez TVP (audycje, filmy etc.). rozbudowa systemów miała bowiem wspierać cele eksploatacyjne opisane w OPZ tamtego postępowania, tj. dostawę, montaż, konfigurację oraz uruchomienie wysoko dostępnej, rozproszonej, obiektowej pamięci masowej działającej w trzech centrach przetwarzania danych wspierających następujące schematy wykorzystania, tj. dystrybucje treści, archiwa multimedialnych, kopie zapasowe i archiwa oraz pamięć dla chmury publicznej, prywatnej i hybrydowej. Tak więc obejmowała także migrację części danych z dotychczasowego systemu na część rozbudowaną w celu zapewnienia celu jakim było rozłożenie danych pomiędzy częścią dotychczasową a rozbudowaną. Migracja – jak wyjaśnił wykonawca Apex.IT - była czynnością związaną z wdrożeniem Systemu i w czasie migracji system docelowy (rozbudowa) znajdował się pod kontrolą wykonawcy Apex.IT, gdyż migracja miała miejsce przed odbiorem i przekazaniem infrastruktury TVP. S.A na podstawie protokołu odbioru Etapu II. Czynność ta kończyła się z chwilą zakończenia przeniesienia danych. Istotnie – jak przyznał przystępujący Apex.IT – z treści § 1 tejże umowy nie wynikało, że obejmuje ona usługę migracji a wskazywała, że dotyczy rozbudowy określonego systemu. Niemniej jednak, na co wskazał zamawiający, odwołujący podnosząc zarzuty opiera się na klasycznej migracji z serwera na serwer, nie uwzględniając przy tym tego, że transfer danych w TVP S.A. dotyczył sieci CDN. Obejmował więc szereg zadań, w tym migracje danych, przy czym wykonawca dostarczył TVP S.A. taki sam produkt jakim TVP S.A. już dysponowała. Co istotne każdy projekt migracji danych jest inny w zależności od systemów i danych, a także celów jakie mają być osiągnięte. Nie można więc dyskwalifikować migracji danych

dokonanych w sposób odpowiadający warunkowi udziału w postępowaniu (tak jak ma to miejsce w tym stanie faktycznym) a nieodpowiadającej oczekiwaniom innego konkurującego wykonawcy.

Dowodem na powyższe jest Potwierdzenie podpisane przez p. D.N. – Kierownika Działu Infrastruktury Informatycznej, w treści którego potwierdzono należyte wykonanie usługi referencyjnej, jak również jej zakres, tj. wykonanie w ramach usługi referencyjnej „migracji danych w wymiarze przekraczającym 500TB”.

Twierdzenia i argumenty odwołującego jakoby p. D.N. nie mógł podpisać tego dokumentu, gdyż nie jest uprawniony do reprezentowania Telewizji Polskiej S.A. nie zasługują na uwzględnienie.

Referencje lub inne dokumenty sporządzane są przez odbiorcę zadań referencyjnych stanowią bowiem oświadczenie wiedzy złożone przez wystawcę tego dokumentu. Zatem nie jest wymagane, by dowody te były sporządzone lub podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji określonego podmiotu. Oświadczenie takie powinno być sporządzone lub podpisane przez osobę posiadającą wystarczającą wiedzę dotyczącą okoliczności związanych z wykonaniem lub wykonywaniem przez wykonawcę określonego zadania referencyjnego. Referencje może więc wystawić każdy kto ma wiedzę na temat wykonanych czy też wykonywanych usług, jak i ich zakresu a więc potwierdzić należyte ich wykonanie. Wykładni tego oświadczenia należy dokonywać przez pryzmat art. 65 § 1 k.c. Wobec czego „niedopuszczalnym jest prowadzenie jakichkolwiek wyjaśnień z wykonawcą co do treści oświadczenia złożonego przez odbiorcę zadania referencyjnego. Wątpliwości te powinny być wyjaśnione jedynie przez bezpośrednie zwrócenie się do wystawcy referencji lub innego dokumentu o przekazanie odpowiednich informacji lub dokumentów”. (Zamówienia publiczne, Akty wykonawcze, Komentarz, Pod redakcją M. Jaworskiej, s. 92) A ponieważ z treści przedstawionego dokumentu wynikał zarówno zakres usługi (migracja danych), jak i potwierdzenie należytego ich wykonania brak było i brak jest podstaw do dokonywania takich wyjaśnień. Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do ich kwestionowania. Tym samym usługa ta potwierdza już spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Kolejną z usług referencyjnych była usługa nr 2, która była realizowana na rzecz Polskich Portów Lotniczych S.A. z siedzibą w Warszawie. Usługa ta – jak wskazał przystępujący Apex.IT – obejmowała dostawę i uruchomienie serwerów do wirtualizacji, co z kolei wymagało „instalacji, podłączenia i uruchomienia dostarczonych serwerów”, jak również „wykonania usługi instalacji i konfiguracji vSAN ESA (Express Storage Architecture) Stretched Cluster Topology na dostarczonych serwerach i przygotowania dokumentacji”. Tak więc usługa ta dotyczyła wymiany danych pomiędzy lokalizacjami i w jej ramach „W celu zakończenia wdrożenia wirtualnego klastra konieczne było dokonanie migracji danych PPL na wdrożony wirtualny klastr. Stąd migracja była elementem prac przystępującego jako czynności koniecznej do weryfikacji poprawności wdrożenia klastra.”. Tym samym wyjaśnił na czym ta usługa polegała. Jedną z czynności wykonawcy realizującego zamówienie była bowiem usługa migracji danych. Usługa ta potwierdza więc spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Ostatnią z usług referencyjnych wyspecyfikowaną w Wykazie usług była usługa nr 3 zrealizowana na rzecz PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie. Przedmiotem tego zamówienia – jak wyjaśnił przystępujący Apex.IT -była dostawa sprzętu i oprogramowania dla systemu backup'u czyli systemu archiwizującego dane PGE. W ramach tego zamówienia wykonawca wykonał projekt techniczny modernizacji (co wynika z protokołu odbioru Etapu I) a następnie przeniósł dane a więc dane te zmigrował do zmodernizowanego systemu archiwizacji. Okoliczność tę potwierdza informacja e-mailowa z dnia 14 stycznia 2025 r., w treści której T.K. - Dyrektor Departamentu Departament Infrastruktury PGE na pytanie wykonawcy Apex.IT „prośbę o potwierdzenie, że w ramach umowy (umowa nr POST/PGE/SYS/DZ/00159/2021) wykonaliśmy usługę migracji danych pomiędzy Data Center w modelu IaaS ora wolumen migrowanych danych przekroczył jednorazowo 500 TB.” odpowiedział „Tak. Potwierdzam.”.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że ta usługa referencyjna potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Wobec tego zarzut 2 odwołania nie potwierdził się.

W kontekście powyższego, tj. niepotwierdzenia się zarzutów podniesionych przez odwołującego wobec oferty wykonawcy Apex.IT - **zarzutu 5 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a także art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „uznk” – poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Apex.IT, mimo że oferta wykonawcy Apex.IT została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca Apex.it – świadomie podał w ofercie oraz w podmiotowych środkach dowodowych informacje niezgodne z rzeczywistością – czym spełnił przesłanki z art. 3 ust. 1 uznk** nie potwierdził się. Co istotne – jak słusznie wskazał zamawiający – odwołujący konstruując ten zarzut nie sprecyzował jakiego czynu nieuczciwej konkurencji dopuścił się wykonawca Apex.IT, jak również nie wykazał jego popełnienia przez tego wykonawcę. Wobec tego zarzut ten należało także oddalić.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodnicząca: .....**