Sygn. akt KIO 3396/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, 16 września 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 sierpnia 2025 r. przez wykonawcę Centrum Udostępniania Dokumentów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Farbiarska 7A w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3, 5

uczestnik po stronie zamawiającego:

wykonawca ESKOM IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 543

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie,

2.Nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego zwrotu 90% tytułem uiszczonego wpisu.

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

Przewodnicząca:…….

Sygn. akt KIO 3396/25

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego Serwis pogwarancyjny serwerów Mainframe z16 wraz z Stacjami TKE ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Eurpejskiej z 30 lipca 2025 r. nr 2025/S 144-498404.

11 sierpnia 2025 r. wykonawca 1Centrum Udostępniania Dokumentów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Farbiarska 7A wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z 11 sierpnia 2025 r. udzielone przez prokurenta samoistnego. Odwołanie zostało opłacone, a do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 16 pkt 1-3 ustawy przez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji ze względu na wadliwe postanowienia SWZ w szczególności w zakresie warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia w tym w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

2.Art. 99 ust. 1,2 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez wprowadzenie do dokumentów zamówienia postanowień, które nie uwzględniają wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiających rzetelne przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatnych i naruszających uczciwą konkurencję:

a.przez wymóg, że wykonawca ma dostarczyć poprawki, aktualizacje i nowe programy komputerowe oraz złożyć oświadczenia dotyczące praw majątkowych osób trzecich pomimo tego, że procedura pozyskiwania poprawek, aktualizacji i programów jest narzucona przez zamawiającego i jest zdefiniowana przez producenta (IBM);

b.przez brak zapewnienia, że zamawiający (jako właściciel serwera) udzieli wykonawcy upoważnienia do pobrania ze strony producenta (IBM) i na potrzeby realizacji zamówienia poprawek, aktualizacji i programów komputerowych, a brak takiego upoważnienia uniemożliwia wykonanie zamówienia w sposób opisany w dokumentach zamówienia;

c.przez nałożenie wykonawcę obowiązku analizy dumpów z mikrokodów serwera, co jest czynnością niemożliwa do wykonania bez naruszenie umowy licencyjnej IBM na kod maszynowy, gdyż wedle wiedzy odwołującego umowa licencyjna zawarta pomiędzy ZUS, a IBM wprost zakazuje takich czynności;

d.przez brak wskazania katalogu i opisu informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE" i – jeśli występuje – niższej w zakresie umożliwiającym zrozumienie zobowiązań nałożonych na wykonawcę, zarządzania ryzykiem, efektywność realizacji umowy, oceny zgodności z obowiązującymi przepisami oraz podziału prac pomiędzy członków zespołu, w szczególności konsorcjantów i/lub podwykonawców oraz personelu (Koordynatora umowy, Serwisanta i w efekcie należytej wyceny oferty.

3.Art. 116 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niezwiązany z przedmiotem zamówienia, nadmierny oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj.

a.przez wymaganie w pkt. 4.1.1.4.2. SWZ od każdego wykonawcy posiadania: …zdolność do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania o klauzuli tajności minimum „POUFNE” zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tj. Dz.U. z 2024 r. poz. 632 z późn. zm.) tj. posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyżej, wydanego przez ABW lub SKW, o którym mowa w art. 54 ust. 2 i art. 55 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. (D. U. 2024, poz. 632 z późn. zm.),
b.przez wymaganie w pkt. 4.1.1.4.2. SWZ tego, że: W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli każdy z wykonawców, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, potwierdzi w całości spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu W przypadku, gdy wykonawca polegać będzie na zdolności technicznej lub zawodowej podmiotu udostępniającego zasoby, warunek, o którym mowa w pkt 4.1.1.4.2. SWZ musi być spełniony przez ten podmiot,
c.przez wymaganie w pkt. 4.1.1.4.2. SWZ tego, że: W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli każdy z Wykonawców, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, potwierdzi spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. przy czym warunek ten polega na tym, że wykonawca posiada akredytowane stanowisko komputerowe przeznaczone do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE” lub wyżej.
d.przez wymaganie, aby Koordynator umowy i Serwisant serwerów klasy mainframe posiadali ważne poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyżej oraz aktualne zaświadczenie o odbytym szkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych – por. pkt 4.1.1.4.4. SWZ,
e.przez wymaganie w pkt 4.4.2.2.3. złożenia dokumentu określonego jako: ważne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, co najmniej III stopnia, potwierdzające zdolność przedsiębiorcy (wykonawcy/ (…)) do ochrony informacji niejawnych o klauzuli tajności, „POUFNE” lub wyżej, wydane na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2024 r. poz. 632 z późn. zm.) - na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 4.1.1.4.2. SWZ,
f.przez wymaganie w pkt 4.1.1.4.1. uprzedniej realizacji usługi podobnej o wartości min. 500.000,00,- zł podczas gdy analiza dokumentów zamówienia zwłaszcza w zakresie kwoty wadium w wysokości 1.000.000,- zł (vide pkt 3.1. SWZ), kwoty sumy gwarancyjnej w wysokości 20.000.000,- zł (vide pkt 4.1.13. SWZ), przedmiotu zamówienia wskazuje, że wartość ta jest nieadekwatna co może świadczyć o tym, że wartość zamówienia została ustalona na zbyt wysokim poziomie albo wartość usługi podobnej jest zbyt niska (skoro wadium jest dwa razy większe).
4.Art. 117 ust. 3 ustawy w zw. z art. 58 ust. 1 i ust. 5 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez faktyczne ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie, gdyż zamawiający wymaga świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyżej oraz posiadania akredytowanego stanowiska komputerowego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE” lub wyżej od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie a nie od tych, którzy będą mieli dostęp do informacji niejawnych.
Odwołujący wniósł o:
1. Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia w ten sposób, aby:
a.Zniesiony został wymóg posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych i w konsekwencji, żeby zniesiony został wymóg posiada świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego
ewentualnie
b.wymóg posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej III stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyżej, wydanego przez ABW lub SKW odnosił się wyłącznie do podmiotu, który będzie miał styczność z informacjami, które posiadają klauzulę „POUFNE” lub niżej, wydanego przez ABW lub SKW,
c.Zniesiony został wymóg posiadania akredytowanego stanowiska komputerowego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE” lub wyżej,
ewentualnie
d.wymóg posiadania akredytowanego stanowiska komputerowego przeznaczonego do przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „ZASTRZEŻONE” lub wyżej winien dotyczyć jedynie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub podwykonawcy
e.Zniesiony został wymóg, aby Koordynator umowy i Serwisant serwerów klasy mainframe posiadali ważne poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „POUFNE” lub wyżej oraz aktualne zaświadczenie o odbytym szkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych – por. pkt 4.1.1.4.4. SWZ,

f.Zamawiający, niezwłocznie po udzieleniu zamówienia (po podpisaniu umowy) był zobowiązany do udzielenia upoważnienia wykonawcy do pobierania z dedykowanej strony IBM poprawek i aktualizacji oraz nowych programów komputerowych na potrzeby realizacji zamówienia.
ewentualnie
g.zniesienie obowiązku wykonawcy do pobierania poprawek i aktualizacji oraz nowych programów komputerowych na potrzeby realizacji zamówienia,
h.nakazanie zamawiającemu usunięcia z dokumentów zamówienia wymagań dotyczących złożenia przez wykonawcę oświadczeń:
•że poprawki, aktualizacje oraz nowe wersje Oprogramowania nie będą naruszać praw własności intelektualnej osób trzecich,
•że poprawki, aktualizacje oraz nowe wersje Oprogramowania (…) nie będą ograniczać praw zamawiającego do korzystania z tego Oprogramowania zarówno w trakcie trwania Umowy, jak i po jej zakończeniu,
i. nakazanie zamawiającemu usunięcia z Projektowanych Postanowień Umowy postanowień §2 ust. 7 pkt 7) i §6 ust. 6 PPU.
2.Przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
a.pozostający w dyspozycji zamawiającego protokół postępowania wraz z załącznikami,
b.SWZ wraz z załącznikami,
c.ogłoszenia o wszczęciu postępowania,
d.dokumentów złożonych przez odwołującego w replice na odpowiedź na odwołanie złożonej przez zamawiającego, a jeżeli taka odpowiedź nie zostanie złożona to dokumenty wraz ze stosownymi wnioskami zostaną złożone najpóźniej na rozprawie zgodnie z dyspozycją art. 535 ustawy.
Odwołujący poddaje pod rozwagę zobowiązanie zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie w terminie umożliwiającym odwołującemu przedstawienie repliki przed terminem rozprawy.
Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, a w szczególności:
a.wpisu w wysokości 15.000,- zł (por. §2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania – dalej: Rozporządzenie o kosztach,
b.kosztów poniesionych przez odwołującego w kwocie wskazanej na rozprawie, w tym:
•wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie nie mniejszej niż 3600,- zł
oraz
•uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wys. 17 zł oraz
•innych kosztów poniesionych przez odwołującego o ile wystąpią (por. §5 Rozporządzenia o kosztach).
Odwołujący uzasadniając interes w uzyskaniu zamówienia wskazał, że
a.realizował wcześniej zamówienie tożsame u tego samego zamawiającego ma zatem wiedzę i potencjał niezbędny do jego realizacji,
b.prowadzi działalność odpowiadającą przedmiotowi zamówienia i zamierza złożyć ofertę w postępowaniu,
c.ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przed odwołującego zamówienia,
3.odwołujący - ze względu na aktualną treść SWZ - został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia co wywołuje skutek w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując to zamówienie. SWZ uniemożliwia odwołującemu przygotowanie i złożenie poprawnej oraz należycie wycenionej oferty.
Prócz finansowego wymiaru szkody wynikłej z niemożności ubiegania się o zamówienie istotne jest odcięcie odwołującego od możliwości zdobycia większego doświadczenia. Brak możliwości wykazania się uzyskaniem i realizacją zamówienia wskazanego w postępowaniu skutkuje realną niemożnością uzyskania zamówień podobnych w przyszłości. Zamówienie jest o tyle unikalne, że w Polsce istnieje określona liczba instytucji posiadających komputery klasy mainframe podlegające serwisowi pogwarancyjnemu, a umowy w tym zakresie zawierane są rzadko.
Interes w uzyskaniu zamówienia wyraża się w szczególności w tym, że w wyniku uzyskania i zrealizowania zamówienia odwołujący osiągnie zysk oraz utrwali i powiększy posiadane doświadczanie. Oba te elementy są istotne zwłaszcza dla przedsiębiorcy działającego na rynku zamówień publicznych.
12 sierpnia 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
14 sierpnia 2025 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca ESKOM IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 543 wnosząc o oddalenie odwołania. Przystąpienie wniósł pełnomocnik działający na podstawie pełnomocnictwa z 23 grudnia 2024 r. udzielonego przez prokurenta samoistnego. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. ESKOM IT Sp. z o.o. wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem odwołanie zmierza w kierunku

umożliwienia udziału w postępowaniu podmiotom nie będącym w stanie zrealizować zamówienia w sposób oczekiwany przez zamawiającego, w tym zapewnić wymaganego poziomu bezpieczeństwa informacji oraz zaoferować świadczeń niezbędnych dla zamawiającego a tym samym zmniejszyć szansę zgłaszającego przystąpienie na uzyskanie zamówienia. W wyniku oddalenia odwołania zgłaszający przystępujący będzie mógł złożyć konkurencyjną ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Uznaje odwołanie i wszystkie stawiane w nim przez Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzuty dotyczące działań zamawiającego oraz zapisów SWZ za bezzasadne. Czynności podjęte przez zamawiającego, w tym w szczególności ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz postanowienia dokumentacji przetargowej nie naruszają ustawy ani zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz umożliwiają zamawiającemu uzyskanie w wyniku udzielenia zamówienia niezbędnych mu świadczeń i usług.

15 września 2025 r. Eskom IT przedstawił stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

15 września 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

I.oddalenie odwołania w całości;

II.dopuszczenie dowodów z dokumentów objętych dokumentacją postępowania oraz załączonych do pisma na wykazanie faktów wskazanych w uzasadnieniu;

III.na wypadek uznania, że niezbędne jest przekazanie Izbie dokumentu „Opis lokalizacji, konfiguracji, architektury i zabezpieczenia Komputera Centralnego", opatrzonego klauzulą „zastrzeżone" wraz załącznikami opatrzonymi klauzulą „poufne" zamawiający dostarczy Izbie dokument w sposób przewidziany w ustawie o ochronie informacji niejawnych;

IV.obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Zamawiający zauważył, że podpis odwołującego pod pełnomocnictwem załączonym do odwołania nie waliduje się prawidłowo, co uzasadnienia wezwanie do uzupełnienia braku formalnego odwołania.

15 września 2025 r. odwołujący złożył pisemne oświadczenie o wycofaniu odwołania i wniósł o zwrot 90% uiszczonego wpisu.

Stan faktyczny:

Pełnomocnictwo załączone do odwołania zostało podpisane kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi G.P. i R.K.. Weryfikacja tych podpisów w programie proCertum SmartSign dała wynik „poprawnie zweryfikowany" dla obu podpisów. Z tego względu nie zaistniała potrzeba wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa do wniesienia odwołania.

Rozważania Krajowej Izby Odwoławczej:

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) dopuściła w charakterze uczestnika po stronie zamawiającegowykonawcę ESKOM IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Postępowanie należy umorzyć.

Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa KIO. W tym stanie rzeczy KIO wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.

Oświadczenie o wycofaniu odwołania stanowi czynność dyspozytywną wnoszącego odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.

Przewodnicząca: ……..