

Sygn. akt: KIO 1233/16
Sygn. akt KIO 1239/16

WYROK
z dnia 27 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2016 r., przez:

- 1) **Odwołującego – Betacom S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1233/16),**
- 2) **Odwołującego – Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1239/16),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa,**

przy udziale:

- A. Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1233/16 po stronie Odwołującego;
- B. ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1233/16 oraz KIO 1239/16 po stronie Zamawiającego;
- C. Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1239/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

-
1. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1233/16 oraz oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1239/16.
 2. kosztami postępowania: w sprawie o sygn. akt KIO 1233/16 obciąża **Odwołującego – Betacom S.A z siedzibą w Warszawie;** w sprawie o sygn. akt KIO 1239/16 obciąża **Odwołującego – Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od **Odwołujących** na rzecz **Zamawiającego** kwoty po **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiące równowartość kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Sygn. akt KIO 1233/16
Sygn. akt KIO 1239/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usługi wsparcia dla Systemu Service Desk w oprogramowaniu HPSM”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 055-032140 z dnia 18 marca 2016 r.

W dniu 30 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty - ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1233/16

W dniu 8 lipca 2016 r., Odwołujący – Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego oraz zaniechania czynności przez Zamawiającego, do której był on zobowiązany na podstawie ustawy, poprzez podjęcie następujących czynności w postępowaniu:

1. niezgodne z prawem dokonanie czynności wezwania wykonawcy ITSM Group Sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia, które w istocie stanowiło treść oferty, i nie stanowiło dokumentu, o którym stanowi art. 25 ust. 1 ustawy, a w związku z tym nie podlegało uzupełnieniu.
2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ITSM Group Sp. z o.o. mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
3. zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących złożonego oświadczenia wykonawcy ITSM Group Sp. z o.o. poświadczającego spełnienie wymagań

3

określonych rozdziale VIII pkt 3 SIWZ i przyjęcie za prawidłową formę oświadczenia i uznanie tym samym za przesłankę obiektywną, że wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym stanowi § 1 ust. 2. pkt 1 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane („Rozporządzenie”) mimo, iż przyczyna ta nie stanowiła przyczyny obiektywnej.

Odwołujący wskazał, że powyższe czynności stanowią naruszenie przez

Zamawiającego:

1. ad 1 - art. 26 ust.3 ustawy.
2. ad 2 - art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.
3. ad 3 - art. 26 ust.3 i 4 ustawy w zw. § 1 ust. 2 Rozporządzenia.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy ITSM Group Sp. z o.o.;
2. unieważnienia poprzednio dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. powtórzenia czynności w postaci ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Podniesiono jednocześnie, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Zamawiający ma interes we wniesieniu odwołania. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący, nie zgadzając się z wynikami oceny ofert podniósł, że:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdz. IX „Wymagane oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnienie przez Wykonawcę warunków określonych w SIWZ”, wskazał szereg oświadczeń i dokumentów, których złożenie nakazał wykonawcom. Zgodnie z brzmieniem art. 25 ust. 1 ustawy, w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań określonych przez zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 listopada 2012 r., IV CSK 121/12: „*literalne brzmienie zdania pierwszego tego przepisu, a więc wskazanie na dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, a także przytoczone zdanie drugie, bez wątpliwości wskazuje, że treść*

4

złożonych dokumentów nie może być jakakolwiek, ale ma potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu”. Brak któregoś z wymaganych dokumentów lub oświadczeń, których złożenia wymaga od wykonawcy sama ustawa albo zamawiający, zamawiający może uzupełnić, na mocy art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący argumentował, że wykonawca ITSM Group Sp. z o.o., nie złożył wymaganego oświadczenia Wykonawcy, że Usługa Asysty Technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia braku, traktując ten dokument tak, jakby było jednym z elementów SIWZ, które podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący zakwestionował powyższe działanie Zamawiającego, podkreślając na wstępie, że Zamawiający w rozdziale IX „*Wymagane oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnienie przez Wykonawcę warunków określonych w SIWZ*” nie zamieścił „oświadczenia Wykonawcy, że Usługa Asysty Technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania” dalej: „Oświadczenie” jako dokumentu potwierdzającego spełnienie przez Wykonawcę warunków w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym zakwalifikował przedmiotowe oświadczenie jako dokument nie spełniający przesłanek wynikających, z art. 25 ust. 1 ustawy. Co już z uwagi na ten fakt nie powinno podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Podniesiono następnie, że w rozdziale XI „*Sposób przygotowanie oferty*” Zamawiający wskazał natomiast, co dokładnie oferta każdego wykonawcy musi zawierać. Jednym z elementów oferty, miało być właśnie przedmiotowe Oświadczenie.

Odwołujący wskazał, iż przedmiotowe Oświadczenie ma gwarantować zgodność usługi z wymaganiami producenta. Brak takiej zgodności może mieć bezpośredni wpływ, między innymi, na kwestie gwarancyjne wykonania usługi, a przy braku takiego zapewnienia ze strony wykonawcy, może stanowić niezgodność z wymaganiami Zamawiającego. Oświadczenie stanowiło zatem treść oferty, której brak nie może być uzupełniony i nie będzie podlegał konwalidacji w trybie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a powinien skutkować odrzuceniem takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nadmieniono, że wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała w swoim orzecznictwie, że art. 26 ust. 3 ustawy jako wyjątek od zasady należy stosować ściśle.

Odwołujący przywołał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 663/09) wskazała, iż: „*Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i*

5

precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. plany, rysunki, projekty, kosztorysy... itp.).

Odwołujący argumentował ponadto, że Oświadczenie wskazane przez Zamawiającego w rozdziale XI SIWZ nie miało charakteru informacyjnego, który można byłoby traktować jako potwierdzające spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, zgodnie ze wskazaniem z art. 25 ust. 1 ustawy, ale miało stanowić oświadczenie woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego, a takie oświadczenie nie mieszczą się w katalogu oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego, a zatem nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28.01.2010 r., sygn. akt II Ca 1211/09.

Podniesiono również, że Oświadczenie, iż usługa asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania jest również ściśle związane

z zapewnieniem usług będących przedmiotem zamówienia. Oświadczenie stanowi niewątpliwie oświadczenie woli wykonawcy, iż przedmiot zamówienia wykonany zostanie w określony sposób, tj. że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z całym wachlarzem wymogów producenta a więc m.in. zgodnie z dokumentacją techniczną danego oprogramowania i będzie gwarantować jego poprawne działanie. Niewątpliwie poprzez wymóg Zamawiającego do złożenia tego dokumentu przez wykonawców wskazać można na cel Zamawiającego, że usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie posiadała określone przez producenta parametry i gwarancje jej prawidłowego wykonania. Asystę techniczną dotyczącą oprogramowaniu producenta niewątpliwie można wykonać jedynie skutecznie i prawidłowo jeżeli jest ona zgodna z jego wymaganiami.

Poza tym z faktu złożenia Oświadczenia wynika m.in. to iż wykonawca ma dostęp do bazy wiedzy (know-how) producenta, wskazuje na możliwość i uprawnienia do pobierania i instalacji poprawek oraz świadczenia usługi asysty technicznej zapewniając jej prawidłową realizację a tym samym prawidłową realizację samego zamówienia. Ponadto Oświadczenie potwierdza, iż dany wykonawca posiada autoryzację producenta oraz otrzymał od producenta ofertę cenową na podstawie, której mógł wziąć udział w postępowaniu. Brak takiej autoryzacji i zapewnienia zgodności z wymogami producenta może mieć bezpośredni wpływ, między innymi, na kwestie gwarancyjne, a przy braku takiego zapewnienia ze strony wykonawcy, stanowi niezgodność z żądaniami i wymaganiami Zamawiającego.

Odwolujący stwierdził, że taki charakter Oświadczenia przemawia za tym, że mamy w tym przypadku do czynienia również z elementem opisu przedmiotu zamówienia, a nie

6

oświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej że jest to w istocie oświadczenie woli, a nie udzielenie informacji, a niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w przepisie art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 16 lutego 2015 r., KIO 200/15).

Konkludując Odwołujący wskazał, iż zgodnie z powyższym, brak złożenia Oświadczenia przez wykonawcę nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż skutkowałoby to również naruszeniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do zmiany treści oferty, która nie gwarantowała wykonania zamówienia w sposób określony w SIWZ.

Jednocześnie podniesiono, iż wykonawca ITSM Group Sp. z o.o. zamiast dokumentu poświadczenia spełnienia wymagań określonych w rozdziale VIII pkt 3 SIWZ złożył oświadczenie własne. Zamawiający przyjął za prawidłową formę oświadczenia i uznał tym samym za przesłankę obiektywną, że wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym stanowi § 1 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane nie wzywając do złożenia wyjaśnień, w szczególności biorąc pod uwagę powód złożenia oświadczenia jaki wskazał wykonawca a mianowicie, iż osoba odpowiedzialna za realizację umowy w Ministerstwie Sprawiedliwości znajduje się w szpitalu.

Po stronie wykonawcy leży wykazanie obiektywnych, czyli niezależnych od samego wykonawcy przyczyn, przez które nie mógł uzyskać poświadczenia. Można domniemać, iż w Ministerstwie Sprawiedliwości za realizację takiego projektu tj. uruchomienie wybranych procesów i narzędzia do zarządzania Usługami IT, zakup oprogramowania, licencji oraz 5 sztuk serwerów” - Znak sprawy: BDG-II-3710-16/12 odpowiada nie jedna osoba a poza tym w tak dużej instytucji w ramach jej struktury organizacyjnej poświadczenie takie mogły wystawić np. osoby będące przełożonymi osoby będącej w szpitalu. Niewątpliwie należy stwierdzić, iż brak uzyskania stosownego poświadczenia nie wynikało z przyczyn obiektywnych a w zasadzie subiektywnych po stronie wykonawcy i jak należy domniemywać nie wykonania czynności w celu uzyskania poświadczenia od innych osób pracujących w Ministerstwie Sprawiedliwości.

Argumentowano także, że Zamawiający powinien był zwrócić się do podmiotu, na rzecz którego zostało wykonane zamówienie, z prośbą o wyjaśnienie, dlaczego nie wystawiono takiego poświadczenia. Natomiast analiza dokumentów postępowania

7

(dokumenty te dostępne są na stronie internetowej Zamawiającego - Ministerstwa Sprawiedliwości) pozwala domniemywać, że zamówienie było realizowane w mniej niż 16 lokalizacjach: Zamawiający nie wskazuje żadnego innego miejsca realizacji zamówienia aniżeli siedziba Ministerstwa Sprawiedliwości, tj. Al. Ujazdowskie 11, a dodatkowo w warunkach udziału w postępowaniu wymagane było doświadczenie w realizacji zamówień w 4-ech lokalizacjach.

Ponadto budzi wątpliwość wykazana przez Wykonawcę ITSM Group Sp. z o.o. wartość za usługi utrzymania lub asysty technicznej:

w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania Wykonawca ITSM Group Sp. z o.o. zaoferował za 1 roboczo dzień cenę 1.616,00 PLN;

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości wymagane było – zaoferowanie 100-u roboczo dni (w ramach ceny oferty). Przyjmując, że stawka za 1 roboczo dzień w obydwu postępowaniach powinna być zbliżona, należy przypuszczać, że wartość zaoferowanych usług była niższa niż deklarowane 400.000,00 PLN.

Odwołujący stwierdził, iż powyższe wskazuje, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźny wymóg potwierdzenia przez wykonawców zamówień, o których stanowi rozdział VIII pkt 3 na kwotę 400 000 zł brutto realizowanych dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 16 lokalizacjach liczącej co najmniej 1000 użytkowników końcowych, nie został spełniony.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1239/16

W dniu 8 lipca 2016 r., Odwołujący – Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1.1. czynności oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty ITSM Group sp. z o.o. (dalej jako „ITSM”),

1.2. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu części oferty ITSM oraz innych dokumentów składanych przez ITSM w toku postępowania, tj.:

1.2.1. pozycji 2 wykazu usług przywołanej celem wykazania posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia tj. warunku z punktu 3 ppkt 1 rozdziału VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z dokumentem (dokumentami) potwierdzającym należyte wykonanie tej usługi,

1.2.2. pozycji 2 wykazu usług przywołanej celem wykazania posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia tj. warunku z punktu 3 ppkt 2 rozdziału VIII siwz wraz z dokumentem (dokumentami) potwierdzającym należyte wykonanie tej usługi,

1.2.3. pisma (pism) ITSM stanowiącego odpowiedź ITSM na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.05.2016 r.,

1.2.4. dokumentu (jego części) zawierającego zastrzeżenie i wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji zawartych w piśmie, o którym mowa w pkt 1.2.3 powyżej oraz w wyjaśnieniach ITSM stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 13.06.2016 r. wraz z załącznikami (dalej jako „Wyjaśnienia”),

1.2.5. Wyjaśnień ITSM,

1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty ITSM jako oferty, której treść nie odpowiada treści siwz wskutek braku złożenia oświadczenia, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania, a także jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

1.4. zaniechaniu wykluczenia ITSM z postępowania wskutek podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a dotyczących spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do ubiegania się o Zamówienie oraz w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty ITSM jako złożonej przez pomiot podlegający wykluczeniu,

1.5. ewentualnie zaniechaniu wezwania ITSM do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz,

1.6. ewentualnie wobec pkt 1.5 powyżej zaniechaniu wezwania ITSM do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu oraz zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności określonych w § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231) w zakresie pozycji 1 i 2

z obu części wykazu usług ITSM,

- 1.7. zaniechaniu wezwania Betacom S.A. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz,
- 1.8. ewentualnie wobec pkt 1.7. powyżej zaniechaniu wezwania Betacom do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w

9

postępowaniu oraz zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności określonych w § 1 ust. 5 Rozp. ws. rodzajów dokumentów w zakresie pozycji 1, 2 i 4 z wykazu usług Betacom, choć zarówno treść wykazu jak i poświadczeń przedłożonych na okoliczność posiadania wiedzy i doświadczenia z punktu 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz dają co najmniej istotne wątpliwości co do potwierdzania spełniania przez Betacom warunków ubiegania się o zamówienie,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 2.1. art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) (dalej jak „uznk”), poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez ITSM, a zawarte w dokumentach wskazanych w pkt 1.2 powyżej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia tych informacji (dokumentów) pomimo, że ITSM nie wykazał, że dane zawarte w tych dokumentach stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 2.2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITSM pomimo tego, że wykonawca ten nie złożył w ofercie wymaganego na mocy pkt. 3 ppkt. 8 rozdziału XI siwz oświadczenia, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania, co stanowi złożenie oferty o treści niezgodnej z treścią siwz oraz uprzedniego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp poprzez jego zastosowanie wobec ITSM i wezwania ITSM do złożenia oświadczenia, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania, pomimo tego, że dokument ten nie należy do dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp i nie podlega uzupełnieniu,
- 2.3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez błędną ocenę oferty ITSM i Wyjaśnień ITSM złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 2.4. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie pomimo tego, że ITSM podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do ubiegania się o zamówienie oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITSM jako złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu,
- 2.5. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec ITSM i wezwania ITSM do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania

10

warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz,

- 2.6. ewentualnie wobec pkt 2.5 powyżej art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec ITSM i wezwania ITSM do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt. 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz oraz § 1 ust. 5 Rozp. ws. rodzaju dokumentów poprzez zaniechanie zwrócenia się do odbiorców usług o udzielenie wyjaśnień dotyczących zakresu rodzaju i wartości

usług wykonanych przez ITSM,

- 2.7. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Betacom i wezwania Betacom do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w z punktu 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz zarówno co do wartości jak i rodzaju wykonanych usług,
- 2.8. ewentualnie wobec pkt 2.7 powyżej art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Betacom i wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanego w pozycjach 1, 2, 4 wykazu usług Betacom, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt. 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz zarówno w zakresie rodzaju jak i wartości wykonanych usług oraz § 1 ust. 5 Rozp. ws. rodzaju dokumentów w zakresie ww. pozycji wykazu usług poprzez zaniechanie zwrócenia się do odbiorcy usług (Miasta Stołecznego Warszawy) o wyjaśnienia w zakresie rodzaju i wartości usług wykonanych przez Betacom.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 3.1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
- 3.1.1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty ITSM,
- 3.1.2. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji / dokumentów, wskazanych w pkt 1.2 powyżej wraz z jednoczesnym nakazaniem dokonania ponownej oceny ofert,
- 3.1.3. dokonania ponownej oceny ofert i:
- 3.1.3.1. odrzucenia oferty ITSM jako oferty sprzecznej z treścią siwz oraz zawierającej rażąco niską cenę,
- 3.1.3.2. wykluczenia ITSM z postępowania oraz odrzucenia jego oferty ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
- 3.1.3.3. ewentualnie wobec żądania z pkt 3.1.3.1 i 3.1.3.2 powyżej wezwania ITSM do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 3 ppkt 2 rozdziału VIII siwz,
- 3.1.3.4. ewentualnie wobec żądania z pkt 3.1.3.3 powyżej Wezwania ITSM do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz oraz zwrócenia się do odbiorców usług o udzielenie wyjaśnień dotyczących zakresu i wartości usług wykonanych przez ITSM,
- 3.1.3.5. wezwania Betacom do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz,
- 3.1.3.6. ewentualnie wobec żądania z pkt 3.1.3.5 powyżej wezwania Betacom do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanego w pozycjach 1, 2, 4 oraz zwrócenia się do odbiorcy usług (Miasta Stołecznego Warszawy) o wyjaśnienia w zakresie rodzaju i wartości ww. usług wykonanych przez Betacom,
- 3.2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. Pzp. Oferta Odwołującego jest trzecią najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, po ofercie ITSM oraz Betacom. W ocenie Odwołującego, oferta ITSM powinna podlegać odrzuceniu, natomiast w odniesieniu do Betacom powinna zostać wszczęta procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów ofertowych z art. 26 ust. 3 Pzp. W sytuacji odrzucenia oferty ITSM oraz braku uzupełnienia oferty przez Betacom (co prowadziłoby do wykluczenia tego wykonawcy na podst. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp), oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że ITSM w sposób dostateczny zastrzegł, że tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie dokumentów wskazanych w pkt 1.2 petitum odwołania. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, jest jawność tego postępowania, która może być ograniczona tylko w przypadkach ściśle określonych ustawą (art. 8 ust. 2 Pzp).

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp 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.

Wprawdzie art. 8 ust. 3 Pzp przewiduje ograniczenie zasady jawności, dopuszczając zastrzeżenie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak należy mieć na uwadze, że przepis ten jest wyjątkiem od zasady. W konsekwencji nie może być on interpretowany rozszerzająco (zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*). W wyroku z dnia 02.09.2013 r. (KIO 1993/13), KIO trafnie stwierdziła, że: „Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi, Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne.”

Reasumując wyłączenie zasady jawności musi mieć charakter wyjątkowy, a ocena zastrzeganych informacji musi być dokonywana wnikliwie i przez pryzmat pierwszeństwa zasady jawności postępowania.

W niniejszej sprawie ITSM zastrzegł część załączonych do oferty dokumentów, a mianowicie:

- pozycję 2 wykazu usług przywołaną celem wykazania posiadania wymaganej wiedzy – i doświadczenia tj. warunku z punktu 3 ppkt 1 rozdziału VIII siwz,
- pozycję 2 wykazu usług przywołaną celem wykazania posiadania wymaganej wiedzy – i doświadczenia tj. warunku z punktu 3 ppkt 2 rozdziału VIII siwz,
- dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. usług (tj. z obu poz. 2), –
- wykaz osób.

W ofercie znalazło się nader lakoniczne uzasadnienie tego zastrzeżenia w odniesieniu do utajnionej części oferty (por. s. 6 oferty ITSM). Warto przy tym zauważyć, że

wyjaśnienie to była tak lakoniczne, że nawet sam Zamawiający je zakwestionował i podniósł, że brak

w nim wykazania przesłanek do dokonania takiego zastrzeżenia, a dodatkowo stwierdził „Zamawiający (...) nie może uznać za zasadne dokonanie przez Państwa utajnienia części oferty”. Jako dowód Odwołujący przywołał pismo Zamawiającego z dnia 20.05.2016 r.

Pomimo tego Zamawiający wezwał ITSM do złożenia dalej idących wyjaśnień w tej sprawie. Dodatkowo ITSM składając pismo, o którym mowa w pkt 1.2. petitum odwołania oraz Wyjaśnienia zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie informacji zawartych w tych dokumentach oraz także odnośnie samego zastrzeżenia wraz z uzasadnieniem.

Odwołujący przytoczył pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., wskazując, iż jak zauważył Sąd Najwyższy informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”,

kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą (tak m.in. SN w wyroku z dnia 03.10.2000 r., (I CKN 304/00), SN w wyroku z dnia 05.09.2001 r., (I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67), SN w wyroku z dnia 07.03.2003 r., (I CKN 89/01, LEX nr 583717)). „Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". 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." (wyrok KIO z dnia 04.06.2013 roku, KIO 1187/13).

Odwołujący wskazując następnie na obowiązek udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podniósł, że Zamawiający powinien odtajnić dokumenty, o których mowa w pkt 1.2 petitum odwołania, z uwagi na brak udowodnienia

14

przez ITSM, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwrócono uwagę, że nowelizacja dokonana na mocy ustawy z dnia 29

r. sierpnia 2014

o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232) wprowadziła w art. 8 ust. 3 Pzp wyraźny zapis, iż jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które zostały zastrzeżone nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz co do których wykonawca wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla dokumentów składanych razem z wyjaśnieniami - termin ten upływa oczywiście wraz z momentem złożenia wyjaśnień. Po tym dniu, uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy wygasa.

Zastrzeżenie tajemnicy załączone do oferty ITSM nie zawierało wszystkich wymienionych wyżej elementów, niezbędnych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy. W konsekwencji, w odniesieniu do zastrzeżonych części oferty (tj. w szczególności wykazu usług), uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy wygasło z momentem złożenia oferty. Ustawa nie przewiduje bowiem procedury uzupełniającej uzasadnienie utajnienia.

Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu do wspomnianej nowelizacji, słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust 3 Pzp (w brzmieniu z przed nowelizacją) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu: „Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.” (uzasadnienie nowelizacji Pzp - druk sejmowy nr 1653 z dnia 10.07.2013 r.). Zastrzeżenie informacji zawartych w ofertach stało się więc sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że już przed nowelizacją wskazywano, że: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.” (wyrok KIO z dnia 04.06.2013 r., KIO 1187/13). Pogląd ten znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Naczelnego Sąd Administracyjny, zdaniem którego, to na przedsiębiorcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa, w razie sporu, ciężar wykazania, że

15

określone dane stanowiły tajemnicę przedsiębiorcy (wyrok NSA z dnia 10.01.2014 r., I OSK 2112/13, LEX nr 1456979).

Odwołujący podniósł, że ITSM nie wykazał, aby informacje zastrzeżone jako

tajemnica przedsiębiorstwa miały taki charakter. „W definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte są określone działania i czynności podejmowane w celu jej ochrony, co oznacza, że jeżeli istotnie działanie takie zostały podjęte, to powinny istnieć materialne dowody ich podjęcia.” (wyrok KIO z dnia 22.07.2014 r. KIO 1384/14). Takich dowodów brak jednak w niniejszej sprawie. ITSM ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń bez żadnych dodatkowych wyjaśnień i dowodów.

Odwołujący podniósł następnie brak wykazania przez ITSM wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, wskazując, że przede wszystkim w odniesieniu do wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie ITSM nie wykazał, aby informacje zawarte w tych dokumentach stanowiły jakąś istotną wartość gospodarczą. Wprawdzie ITSM wskazuje, że informacje wynikające z tych dokumentów „mogłyby być wykorzystane przez inne firmy do walki konkurencyjnej” nie wskazuje jednak przy tym w jaki sposób i na czym to miałyby polegać. Nie jest przy tym rolą zamawiającego domyślać się co wykonawca miał na myśli i na czym to wykorzystanie miałyby polegać. Trudno także przyjąć, szczególnie w sytuacji tak lakonicznego uzasadnienia, aby taka bardzo ograniczona i ogólna wiedza mogłaby być w taki sposób wykorzystana.

W szczególności w tym konkretnym przypadku trudno jest mówić o możliwości „przechwycenia” przez konkurencję odbiorcy tych zastrzeżonych usług (na marginesie sam ITSM nawet nie wskazuje, że jest takie ryzyko ogranicza się tylko do wyżej cytowanego ogólnika o „walce konkurencyjnej”). Zauważenia bowiem wymaga to, że wg wiedzy Ingrifo utajnione pozycje wykazu usług (obie najpewniej dotyczą tej samej usługi i tego samego odbiorcy usług) dotyczą usług wykonanych na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. (dalej „PKP PLK”).

Podmiot ten choć stosuje zamówienia publiczne jedynie w ograniczonym zakresie (tj. przede wszystkim jako zamawiający sektorowy) to jednak nie oznacza, że działa tak jak zwykły komercyjny, prywatny przedsiębiorca, który może wg swego uznania wybierać kontrahentów. Zasadą w PKP PLK jest udzielanie każdych zamówień, w tym tych poza procedurą z Pzp, w sposób transparentny i w trybie konkurencyjnym na podstawie własnych regulaminów (por. regulacje publikowane na stronie [www.https://zamowienia.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet](https://zamowienia.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet) w zakładce pt. Regulacje i procedury procesu zakupowego). Co więcej informacje o tych zamówieniach (także tych poza procedurą Pzp) są powszechnie dostępne (z poziomu ww. strony w zakładce pt. „Postępowania regulaminowe”).

16

Powyższe oznacza, że w tym przypadku „przejęcie” takiego klienta nie jest skutkiem jakiejś ogólnikowej wiedzy, a kwestią złożenia lepszej oferty w konkurencyjnym postępowaniu.

Odwołujący podniósł następnie brak wykazania dodatkowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, iż ITSM nie wykazał, aby w odniesieniu do zastrzeżonych informacji spełnione zostały dwie kolejne przesłanki tj. podjęcie działań w celu zachowania poufności informacji, bądź też, by informacje te nie były udostępniona do wiadomości publicznej.

W ocenie Odwołującego, wykazanie istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w powyższym zakresie nie może się sprowadzać do jedynie tak skrajnie ogólnikowego stwierdzenia jakie znalazło się w ofercie Odwołującego.

ITSM zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa powołał się także na okoliczność, że „usługi te nie zostały wykonane w oparciu o Prawo zamówień publicznych”, przy czym ten fakt sam w sobie w żaden sposób nie przesądza tego, że informacja ta nie była powszechnie dostępna. Wielokrotnie bowiem wykonawcy wręcz chwalą się realizacją usług dla podmiotów spoza sektora publicznego i nie powoduje to dla nich żadnych negatywnych skutków, a wręcz stanowi reklamę.

Ponadto PKP PLK jest szeroko rozumianym podmiotem publicznym w całości zależnym od Skarbu Państwa (bezpośrednio oraz za pośrednictwem PKP S.A.). Tym samym, bez względu na to czy zawiera konkretną umowę w trybie Pzp, czy też na podstawie swych wewnętrznych regulaminów i tak podlega regulacjom ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. 2015, poz. 2058) (por. art. 4 ust. 1 pkt 5 tejże ustawy). W konsekwencji umowy zawierane z PKP PLK są jawne, albowiem PKP PLK musi je zgodnie z ww. ustawą udostępniać wszystkim zainteresowanym.

Podniesiono jednocześnie, że Ingrifo zwróciło się do PKP PLK z zapytaniem o usługi wykonane przez ITSM, a PKP PLK odpowiedzi takiej udzieliło. Jako dowód powołano pismo

Ingrifo z 10.06.2016 r. do PKP PLK, pismo PKP PLK z dnia 14.06.2016 r. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że informacje o umowie zawartej pomiędzy ITSM a PKP PLK nie stanowią tajemnicy i są publicznie dostępne. Wreszcie nie zostało w żaden sposób wykazane, aby ITSM podejmował rzeczywiste działania zmierzające do zachowania poufności tych informacji. W szczególności brak jest choćby przedłożenia umowy (klauzuli) o zobowiązaniu stron umowy (na którą powołuje się wykonawca) do zachowania poufności tych informacji.

Z uwagi na powyższe, przyjęcie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uznać należy za niezasadne i nieskuteczne.

17

Odwołujący podniósł następnie okoliczność nieudowodnienia faktu, że informacje zawarte w dodatkowych dokumentach ITSM stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z faktem, że Ingrifo nie otrzymało od Zamawiającego żadnej informacji o sposobie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie pisma ITSM stanowiącego odpowiedź na wezwanie MF z dnia 20.05.2016 r. oraz Wyjaśnień Odwołujący nie ma wiedzy jak tego rodzaju zastrzeżenie zostało poczynione i czy w ogóle zostało poczynione. Domniemywać jedynie można, że w taki sam sposób jak w przypadku wykazu usług. Tym samym Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zawarte powyżej odnosi się również do kwestii utajnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak i Wyjaśnień wraz z załącznikami.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na dodatkowe kwestie, a mianowicie:

Podniesiono, że trudno jest znaleźć jakiegokolwiek rozsądne uzasadnienie dla wyjaśnienia na jakiej podstawie prawnej i faktycznej dokonano utajnienia samego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie informacji zawartych w piśmie ITSM stanowiącym odpowiedź na wezwanie MF z dnia 20.05.2016 r. oraz w Wyjaśnieniach. To zastrzeżenie, za wyjątkiem szczegółowego wskazania ewentualnych zabezpieczeń stosowanych

u przedsiębiorcy, samo w sobie nie stanowi żadnej wartości gospodarczej dla przedsiębiorcy, a ponadto skoro w samej ofercie tego rodzaju zastrzeżenie było jawne, to nie ma powodu, żeby utajniać analogiczne zastrzeżenie czynione w późniejszym terminie. Nie ma także żadnego racjonalnego uzasadnienia dla zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie pisma ITSM stanowiącego odpowiedź na wezwanie MF z dnia 20.05.2016 r., skoro pismo to dotyczy w przeważającej części wyjaśnień odnośnie jawnych pozycji wykazu usług (a tylko w części odnoszącej się do PKP PLK utajnionej). Ponadto wyjaśnienia te dotyczą umów zawartych przez podmioty publiczne, a zatem umów z mocy prawa jawnych. Dodatkowo, jak wynika z treści protokołu postępowania do wyjaśnień załączono dowody w formie umów i faktur dotyczących realizowanych przez ITSM zamówień. Jeżeli faktycznie do Wyjaśnień załączono tego rodzaju dowody, a dotyczą one podobnych umów realizowanych przez ITSM na rzecz swoich kontrahentów, to o ile dotyczą one kontrahentów z sektora publicznego brak jest podstaw do utajniania tego rodzaju umów / faktur, albowiem dotyczą one podmiotów, które w oparciu o ustawę o dostępie do informacji publicznej są zobowiązane do udostępniania wszystkim zainteresowanym tych informacji; tym samym skoro są one publicznie dostępne to nie mogą być utajniane.

Odwołujący podniósł następnie brak należytej oceny przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia, wskazując, że Zamawiający dokonując oceny zasadności zastrzeżenia, nie może oprzeć się tylko na oświadczeniu wykonawcy. Powinien on dokonać

18

dogłębnej analizy pod kątem zgodności takiego zastrzeżenia z zasadą jawności. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (uchwała SN z dnia 21.10.2005 r., III CZP 74/05). Zdaniem SN, aby skutecznie zastrzec określone informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający winien uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 4 uznk (por. wyrok SN z dnia

05.09.2001 r., (I CKN 1159/00, OSNC 2002 r., Nr 5, poz. 67), wyrok SN z dnia 03.10.2000 r., (I CKN 304/00, OSNC 2001)).

Analiza orzecznictwa KIO w tym zakresie w pełni potwierdza ten pogląd „Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.” (wyrok KIO z 07.08.2014 r., KIO 1529/14; podobnie wyrok KIO z 17.12.2013 r. KIO 2773/13, wyrok KIO z 24.04.2012 roku KIO 762/12).

W ocenie Odwołującego, przyjęcie tak lakonicznego zastrzeżenia wraz z ogólnikowym uzasadnieniem prowadzi do fikcyjności i iluzoryczności wprowadzone w art. 8 ust. 3 Pzp zmiany nakazującej wykazanie przesłanek wyłączenia jawności z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący podniósł, że odwołanie w tym zakresie uznać należy za uzasadnione. Już wyłącznie ten fakt powinien prowadzić do unieważnienia czynności oceny ofert, celem złożenia przez Odwołującego ponownego odwołania, po dokonaniu weryfikacji utajniionych dokumentów.

Odwołujący wskazał następnie, iż bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wiąże się z koniecznością unieważnienia czynności oceny ofert.

Podniesiono, że ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej właśnie czynności. Co więcej niewątpliwie wadliwa ocena dokonana przez zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie

19

prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym na skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z zasadą państwa prawa jak i przepisów unijnych. Podkreślenia wymaga, iż państwo polskie zobowiązane jest do zapewnienia wykonawcom realnych środków ochrony prawnej i możliwości ich składania w odpowiednich terminach (por. wyrok TS z dnia 28.01.2010 w sprawie Uniplex C-406/08 oraz wyrok TS z dnia 12.01.2002 r. ws. Universale - Bau C-47). Oznaczałoby to bowiem, że nawet bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, de facto skutkowałoby pozbawieniem możliwości skutecznego składania odwołania skierowanego przeciwko ofercie podmiotu utajniającego swoją ofertę (jej część). Nie da się bowiem składać skutecznego odwołania niejako „w ciemno”.

Także KIO w wyroku z dnia 11.12.2014 r. (KIO 2498/14) wskazała, że samo skuteczne kwestionowanie zastrzeżenia części oferty jako zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ma wpływ na wynik postępowania, stwierdzając, że „Izba podkreśla, że odtajnienie nie pozostaje bez znaczenia na wynik postępowania w kontekście art. 192 ust. 2 Pzp, albowiem po pierwsze pozwoli Odwołującemu na zweryfikowanie cen jednostkowych, po drugie biorąc pod uwagę działania Zamawiającego w zakresie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, pozwoli Odwołującemu, jako skutek odtajnienia formularza cenowego, zapoznać się z charakterem dokonanej przez Zamawiającego poprawy i jej wpływu na ostateczną cenę globalną oferty Przystępującego. Przy czym, Izba nie oceniała w żadnym razie prawidłowości tej poprawy, gdyż nie było takiego zarzutu, był to jedynie argument za odtajnieniem formularza cenowego. Jednocześnie, Izba podnosi, że istnieje konieczność unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej z 18.11.2014 r., albowiem w ocenie składu orzekającego Izby, zakończył się etap weryfikacji oferty Przystępującego i wszelkie zmiany w jej ocenie implikują konieczność cofnięcia procedury, na etap badania i oceny ofert”.

Stanowisko to podzieliła także KIO w wyroku z dnia 10.07.2015 r. (sygn. akt KIO 1377/15): „skład orzekający Izby uznał, że zamawiający winien udostępnić odwołującemu pismo przystępującego z dnia 2 czerwca 2015 r. wraz z załącznikami. Odmawiając, zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1-3 oraz 96 ust. 3 ustawy Pzp. Ponieważ, jak trafnie podnosił odwołujący „ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert” skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazał powtórzenie czynności badania i oceny ofert”.

Konkludując Odwołujący wskazał, że uwzględnienie zarzutu nieudostępnienia elementów oferty ITSM, a także Wyjaśnień powinno spowodować unieważnienie czynności oceny ofert, bez rozpatrywania tych zarzutów merytorycznych, które dotyczą elementów utajnionych.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ITSM ze względu na sprzeczność treści oferty z treścią siwz, Odwołujący wskazał, że:

Zgodnie z pkt 3 ppkt. 8 rozdziału XI siwz jednym z elementów, które powinna zawierać oferta było oświadczenie wykonawcy, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania.

ITSM, co jest bezsporne, nie złożył takiego oświadczenia na etapie składania oferty. Brak takiego oświadczenia skutkować winien odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią siwz na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Warto bowiem zauważyć, że oświadczenie to było wymaganym przez MF elementem oświadczenia woli wykonawcy, a tym samym stanowiło treść oferty.

Powyższe oświadczenie zostało złożone przez ITSM w terminie późniejszym, tj. dopiero po tym jak Zamawiający wezwał ITSM do uzupełnienia tego oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zauważyć jednak należy, że późniejsze uzupełnienie tego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest bezskuteczne prawnie i nie może sanować powyższego błędu.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp dotyczy uzupełniania jedynie dokumentów, które wskazane są w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Tymczasem oświadczenie o sposobie świadczenia usługi asysty technicznej nie było żadnym z tego rodzaju.

W szczególności oświadczenie to nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszej kolejności należy wskazać, że oświadczenie o sposobie świadczenia usługi asysty technicznej nie zostało wymienione przez Zamawiającego w siwz, jako jedno z oświadczeń wymaganych na mocy art. 25 ust. 1 Pzp (wymóg taki statuuje art. 25 ust. 1 in fine Pzp). Świadczy to bezsprzecznie, że Zamawiający nie traktował oświadczenia o sposobie świadczenia usługi asysty technicznej w ten sposób, a przez to, oświadczenie to nie mogło podlegać uzupełnieniu.

Po drugie, w postanowieniu tym chodzi o potwierdzenie właściwości oferowanych towarów / usług (np. przedłożenie konkretnych atestów, próbek materiałowych, instrukcji,

itp.), a nie o składanie oświadczeń własnych wykonawcy, które stanowią o treści przyszłego zobowiązania (czyli stanowią treść oferty wykonawcy). Możliwość zmiany oświadczeń kreujących stosunek zobowiązaniowy godzi w mechanizm konkurencji wykonawców w postępowaniu o uzyskanie zamówienia publicznego.

Powyższe potwierdza także wyrok KIO z dnia 30.07.2012 r. (KIO 1532/12): Oświadczenia woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w określony sposób nie mieszczą się w katalogu oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, a zatem nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Spełnienie tego wymagania należy oceniać w świetle regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 w/w ustawy.

Reasumując skoro powyższe oświadczenie było oświadczeniem własnym wykonawcy i stanowiło treść jego zobowiązania wobec Zamawiającego, a zatem było elementem składowym treści oferty, nie mogło ono być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Dodatkowo zauważyć należy, że tego rodzaju uchybienia nie można było konwalidować w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Po pierwsze bowiem, z pewnością nie mamy w tym przypadku o oczywistą omyłkę pisarską, ani omyłką rachunkową. Po drugie, nie jest to także inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze siwz, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Niewątpliwie bowiem istotą przedmiotu zamówienia jest świadczenie nie jakichkolwiek czynności wsparcia, a zapewnienie wsparcia producenta Oprogramowania

HPSM (por. Rozdział I pkt 2 siwz). Ten sposób świadczenia usługi jest kluczowy dla należytego wykonania usługi, a ponadto ma determinujący wpływ na koszty realizacji tej usługi. Z tej też właśnie przyczyny MF wymagał złożenia przez wykonawcę jednoznacznego oświadczenia woli w tym zakresie, aby zagwarantować właśnie taki konkretny sposób wykonania usługi. Nie można zatem stwierdzić, aby brak tego oświadczenia mógł być zakwalifikowany jako nieistotna omyłka. Wręcz przeciwnie jest to podstawowy brak w oświadczeniu woli ITSM całkowicie dyskwalifikujący tę ofertę.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ITSM ze względu na rażąco niską cenę, Odwołujący wskazał, że już sam fakt stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie Wyjaśnień powinien skutkować nie i tylko nakazaniem odtajnienia tych dokumentów i ich udostępnienia Odwołującemu, ale nadto skutkiem tego powinno być także unieważnienie czynności oceny ofert i nakazanie dokonania ponownej ich oceny. Wydaje się, że w takim przypadku KIO powinna uznać rozpatrywanie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny za przedwczesny pozostawiając tę kwestię do

22

rozstrzygnięcia po ponownej ocenie ofert. Tylko bowiem ten sposób orzekania umożliwia rzeczywiste, a nie tylko iluzoryczne prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Trudne jest bowiem,

a czasami wręcz niemożliwe realne korzystanie z ochrony prawnej wykonawcy „w ciemno”, szczególnie w sytuacji bezzasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Inny sposób orzekania premiowałby bowiem bezprawne i nieuczciwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący jednakże pomimo powyższego stanowiska z ostrożności zakwestionował także ofertę ITSM wskazując, że zawiera ona rażąco niską cenę.

Odwołujący podniósł, że Wyjaśnienia złożone przez ITSM nie potwierdzają, że zaproponowana przez niego w ofercie cena nie ma znamion rażąco niskiej.

Zauważono, że Zamawiający nie może korzystać z procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny niejako tylko dla formalizmu, tj. wówczas gdy ma uzasadnione przekonanie, że złożona oferta jest prawidłowo wyceniona, ale dla zwykłej formalności, wzywa do tych wyjaśnień, w istocie ich wcale nie oczekując (tak np. KIO w wyroku z dnia 01.07.2013r., KIO 1424/13 trafnie stwierdziła, iż: „Jeżeli *zamawiający uważa, że cena oferty, jest prawidłowo skalkulowana, nie powinien wzywać do złożenia wyjaśnień*”). To z kolei oznacza, że jak już Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to musi dokonać ich rzeczywistej oceny, a nie zadowolić się samym faktem ich złożenia.

Wskazano następnie, że zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Stwierdzenie to wynika nie tylko z dotychczasowego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych (tak np. wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r., (KIO/UZP 1415/09), por. także wyrok KIO z dnia 09.05.2013r., (KIO 934/13), w którym wskazano, że „Przepisy *art. 90 ust. 1-3 p.z.p. stwarzają domniemanie ceny rażąco niskiej - jeżeli wykonawca pytany o wyjaśnienia w tej kwestii niełoży wyjaśnień bądź wyjaśnienia te nie są wystarczające, jego oferta podlega odrzuceniu*”. Podobnie wyrok KIO z dnia 17.03.2009 r., (KIO/UZP 262/09), który pomimo nowelizacji zachowuje w tym zakresie aktualność, ale też znowelizowana treść art. 90 ust. 2 Pzp, który to jednoznacznie przerzuca ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień.

Zatem powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że1 możliwe i realne jest rzetelne

23

wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki nie tylko, że jest cały czas aktualny, ale wręcz został istotnie wzmocniony nowym brzmieniem art. 90 ust. 2 Pzp. Odwołujący przywołał w tym zakresie przykładowe

orzecznictwo Izby oraz sądów okręgowych.

Odnosząc się do oceny wyjaśnień ITSM, Odwołujący podniósł, że:

W niniejszym postępowaniu cena zaoferowana przez ITSM wyniosła 3.949.396,67 zł brutto, a na kwotę tę składają się koszty usługi asysty technicznej, tj.: 2.333.396,67 zł brutto, oraz cena usługi zleceń dedykowanych, tj. 1.616.000,00 zł brutto.

Odwołujący nie ma dostępu do Wyjaśnień ITSM, jednakże już ww. ceny szczytkowe dowodzą, że cena została w znacznym stopniu zaniżona i nie gwarantuje rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia.

Wskazano, że cena ofertowa składa się z dwóch części. Pierwszą z nich jest wynagrodzenie ryczałtowe, należne za zapewnienie wsparcia producenta oprogramowania HPSM. Jest to wynagrodzenie niezależne od jakichkolwiek czynników. Drugą składową jest wynagrodzenie kosztorysowe, za dokonywanie dedykowanych zmian w Systemie SD Zamawiającego, realizowanych każdorazowo na zlecenie Zamawiającego. Wynagrodzenie to jest należne wykonawcy jedynie pod warunkiem otrzymania dodatkowych zleceń i tylko w zakresie ilości realnie otrzymanych zleceń.

Powyższe oznacza, że wymiernym dla określenia, czy cena oferowana przez ITSM jest rażąco niska jest przede wszystkim cena oferowana za pierwszą, ryczałtową część zamówienia. Zamówienia dodatkowe mogą w ogóle bowiem nie zostać zlecone, lub też mogą zostać zlecone w wymiarze mniejszym od zakładanego. Tym samym, wykonawca nie może zakładać, że skompensuje swoje straty na poniesione na zamówieniu podstawowym (rozliczanym ryczałtowo), większymi marżami i zyskami na zleceniach dodatkowych. Musi bowiem założyć, że ich ilość może być na niskim lub bardzo niskim poziomie.

Co więcej, w niniejszym przypadku zaniżenie ceny w części ryczałtowej jest tak znaczne, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że usługi w części kosztorysowej zostaną wykonane w maksymalnym wymiarze i tak nie jest możliwe zrealizowania zamówienia za cenę jaką zaoferował ITSM

Odwołujący podniósł następnie, że cena oferowana przez ITSM za pierwszą, ryczałtową część zamówienia wynosi 2.333.396,67zł brutto, tj. 1.897.558,27zł netto.

24

Wskazano, że w zakres obowiązków wykonawcy w zakresie części pierwszej wchodzi zapewnienie wsparcia producenta Oprogramowania HPSM (dalej jako „Asysta techniczna”) poprzez:

- udostępnianie Zamawiającemu nowych wersji, . aktualizacji i poprawek Oprogramowania HPSM,
- uprawnienie Zamawiającego do instalowania ww. wersji, aktualizacji i poprawek oprogramowania HPSM,
- uprawnienie Zamawiającego do korzystania z ww. wersji, aktualizacji i poprawek Oprogramowania HPSM,
- przekazywanie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających udzielenie licencji na nowych wersjach, aktualizacjach i poprawkach Oprogramowania,
- korzystanie przez Zamawiającego z wszelkiej publikowanej dokumentacji firmowej producenta Oprogramowania HPSM,
- usuwanie przez wykonawcę błędów Oprogramowania HPSM Zamawiającego oraz implementacji aktualizacji i poprawek Oprogramowania HPSM oraz nowych wersji tego oprogramowania.

Dodatkowo, w rozdziale VI pkt 2 siwz wskazano, że cena za usługę Asysty technicznej musi obejmować wszelkie obciążenia związane z realizacją Przedmiotu Umowy w zakresie utrzymania oraz wynikające z przepisów prawa, w tym wynagrodzenie wynikające z przeniesienia praw autorskich majątkowych do produktów powstałych w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy w zakresie utrzymania na określonych w Umowie polach eksploatacji, jak również wszystkie koszty, opłaty, ubezpieczenie, cło, wydatki Wykonawcy związane z wykonaniem Umowy, a także podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT). Dodatkowo w rozdziale VI pkt 1 siwz wskazano, że cena musi zawierać m in. wynagrodzenie za udzielenie licencji.

Powyższe oczywiste postanowienia siwz, a także postanowienia umowy, jednoznacznie wskazują, że dla realizacji przedmiotu zamówienia niezbędne jest posiadanie wsparcia producenta Oprogramowania HPSM. Poza sporem pozostaje najpewniej fakt, że producentem tym jest Hewlett Packard Enterprise (dalej jako „HP”).

Odwołujący podniósł, że żaden z wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest producentem Oprogramowania HPSM, a tym samym nie jest w stanie samodzielnie wykonać usługi.

Konsekwencją powyższego jest konieczność wykupienia tzw. pakietów serwisowych od HP i uwzględnienia ich w cenie realizacji przedmiotu zamówienia. Koszt wykupienia

25

takiego pakietu serwisowego determinuje cenę ofert, albowiem stanowi najistotniejszy jej element, bez którego nie da się wykonać przedmiotu zamówienia.

Powyższe skutkuje tym, że Wyjaśnienia ITSM powinny wskazywać na koszt tego rodzaju usługi ze strony HP i zawierać w tym zakresie stosowny dowód, tj. umowę z HP lub choćby ofertę od HP, której zakres zgodny będzie z obowiązkami wykonawcy.

Bez jednoznacznego wyjaśnienia tej kwestii i przedłożenia stosownego dowodu Wyjaśnienia te nie zasługują na wiarę, albowiem albo pomijają najistotniejszy element kosztotwórczy, albo wskazują go na nierealnym oderwanym od rzeczywistości poziomie.

Co istotne, tego rodzaju dowodu (umowy z HP lub oferty od HP) nie da się zastąpić innego rodzaju dowodami, np. umowami zawartymi przez ITSM z innymi kontrahentami, czy też fakturami. Nie jest bowiem możliwe porównanie zakresu pakietu serwisowego dla różnych klientów. Koszt bowiem takiego pakietu serwisowego wyceniany jest przez HP z osobna dla każdego konkretnego klienta końcowego (tu MF), a jego wysokość jest uzależniona od wielu różnych czynników, w tym m.in. od rodzaju użytkowanego oprogramowania, kategorii użytkownika końcowego (dla różnego rodzaju użytkowników stosowane są różne ceny, np. inne dla instytucji komercyjnych, inne dla szkolnictwa, inne dla jednostek państwowych, itp.), ilości i licencji, długości użytkowania oprogramowania, ciągłości wykupionego serwisu, itp.

Tym samym Odwołujący stwierdził, że jeżeli Wyjaśnienia ITSM nie zawierały dowodu, że wykonawca ten ma podpisaną umowę z HP lub otrzymał od HP ofertę umożliwiającą mu wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią siwz, to nie zasługują one na uznanie za wiarygodne. W konsekwencji ITSM nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Według Odwołującego minimalny koszt pakietu serwisowego HP w sposób bardzo istotny przekracza zaoferowaną przez ITSM cenę ryczałtową i zbliża się do całości ceny (tj. z uwzględnieniem niepewnych zleceń dodatkowych). To oznacza, że za cenę zaoferowaną przez ITSM nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (cytowanymi wyżej postanowieniami siwz) i wynikającymi z odrębnych przepisów (tu przede wszystkim prawa autorskiego).

Co więcej według najlepszej wiedzy Odwołującego, potwierdzonej zarówno w HP jak i jego dystrybutorów ITSM przed złożeniem oferty nawet nie ubiegał się o uzyskanie wyceny wsparcia HP. Oznacza to w sposób oczywisty, że wykonawca ten nie wkalkulował tej pozycji w sporządzany przez siebie kosztorys, a z pewnością nie kalkulował jej w sposób rzetelny i odpowiadający rzeczywistym kosztom wykonania przedmiotu zamówienia.

26

Według informacji jakie posiada Odwołujący, ITSM zwrócił się z zapytaniem o wycenę już po złożeniu ofert i informację, że możliwe jest uzyskanie oferty ze strony producenta oprogramowania HPSM, na takim poziomie cenowym jak inni wykonawcy. Przy czym ten poziom cenowy bardzo istotnie przekracza cenę ryczałtową oferty ITSM.

W konsekwencji nie ma możliwości nie tylko wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie Asysty technicznej, ale także i całego przedmiotu umowy. Koszty samej bowiem części w zakresie Asysty technicznej tak istotnie przekraczają wysokość całej ceny ITSM, że nawet gdyby wykonać usługi dodatkowe w wymiarze 8.000 godz. to i tak nie da się „odrobić” straty części ryczałtowej. Tym bardziej, że aby wykonać całość przedmiotu zamówienia niezbędne jest poniesienie także 1 innych kosztów, w tym takich jak:

- koszty pracy wysoko wykwalifikowanych informatyków, w szczególności na potrzeby realizacji tzw. „Usługi zleceń dedykowanych” (por. Rozdział I ust. 2 pkt 2) siwz), uwzględniające tzw. koszty iplacowe (w tym też koszty urlopów, zwolnień chorobowych, prezenteizmu), jak i pozapłacowe (np. wyposażenia w narzędzia pracy, delegacje, dojazdy),

- koszty kierownika projektu i nadzoru ogólnego,
- koszty finansowe (np. ustanowienia zabezpieczenia umowy w wysokości 5% maksymalnej wartości umowy, finansowania wynagrodzeń pracowników, finansowania umowy serwisowej z HP),
- koszty ogólne,
- rezerwa na ryzyka,
- zysk.

Odwołujący wskazał, że te wszystkie grupy kosztowe powinny być również uwzględnione w wyjaśnieniach ITSM i to na adekwatnym do rynkowych warunków poziomie. Odwołujący stwierdził, że z całą pewnością, przy cenie zaoferowanej przez ITSM, wszystkie te elementy kosztowe nie mogły być uwzględnione.

Dodatkowo zauważono, że przedmiot umowy realizowany ma być w okresie od 01.01.2017 r. do 31.12.2019 r., tj. przez okres 3 lat, co generuje dodatkowe ryzyka dla wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe zrealizowanie Zamówienia za cenę niższą niż zaoferowana przez niego (ewentualnie BetaCom). Nie jest także możliwe pozyskanie z rynku korzystniejszych ofert niż te, które otrzymał Odwołujący, w tym w szczególności oferty od HP.

Zasygnalizowano, że w związku z jednoznacznym i oczywistym przerzuceniem ciężaru wykazania kwestii rażąco niskiej ceny, a w zasadzie jej braku, Odwołujący nie ma

27

obowiązku dowodzenia w tym zakresie. Z tego też powodu za całkowicie wystarczające do uznania zasadności odwołania są powyższe rozważania i twierdzenia.

Reasumując powyższe Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie ocenił, iż wyjaśnienia złożone przez ITSM obalają domniemanie rażąco niskiej ceny, a wykonawca ten wykazał, że jego cena nie jest ceną rażąco niską. W konsekwencji, jego oferta powinna zostać odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu nie wykazania przez ITSM spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazał, że:

ITSM nie wykazał, aby spełnił określony w pkt 3 ppkt 1 i 2 rozdziału VIII siwz warunek posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z tym postanowieniem, Wykonawca musiał wykazać oraz złożyć poświadczenia wykonania w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej:

(rozdział VIII pkt 3 ppkt 1 siwz) *dwóch zamówień, z których każde obejmowało rozwój lub wdrożenie lub migrację do wyższych wersji systemu realizującego funkcję service desk oraz co najmniej 4 z następujących procesów:*

- zarządzanie incydentami,*
- zarządzanie problemami,*
- zarządzanie poziomem usług)*
- zarządzanie katalogiem usług,*
- zarządzanie wnioskami,*
- zarządzanie zmianami,*
- zarządzanie konfiguracją,*

o wartości co najmniej 400.000,00 zł brutto każde zamówienie. Zamówienia te musiały być realizowane dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 16 lokalizacjach, Uczącej co najmniej 1000 użytkowników końcowych,

(rozdział VIII pkt 3 ppkt 2 siwz) *dwóch zamówień, z których każde obejmowało utrzymanie lub . asystę techniczną dla systemu realizującego funkcję service desk oraz co najmniej 4 z następujących procesów. '*

- zarządzanie incydentami,*
- zarządzanie problemami,*
- zarządzanie poziomem usług,*
- zarządzanie katalogiem usług,*
- zarządzanie wnioskami,*

28

- f) zarządzanie zmianami,
- g) zarządzanie konfiguracją,
- h) funkcja service desk,

o wartości co najmniej 400.000,00 zł brutto każde zamówienie. Zamówienia te musiały być realizowane dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 16 lokalizacjach, liczącej co najmniej 1000 użytkowników końcowych.

Niewątpliwie zatem pierwszy z ww. warunków dotyczy czynności wykonanej, a drugi czynności o charakterze ciągłym.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie warunku z rozdziału VIII pkt 3 ppkt 1 siwz ITSM w wykazie usług wskazał trzy różne usługi, tj. pod poz. 1 wykonaną dla Ministerstwa Sprawiedliwości (dalej jako „MS”), poz. 2 została utajniona, jednakże najpewniej dotyczy ona usługi wykonanej dla PKP PLK, poz. 3 usługa dla Ministerstwa Finansów.

Odnosząc się do poz. 1 wykazu Odwołujący wskazał, że:

Pozycja ta nie spełnia warunku w części dotyczącej warunków rozproszenia lokalizacyjnego; jak wynika z informacji uzyskanej przez Odwołującego z MS, podmiot ten nie posiada tylu lokalizacji rozproszonych geograficznie,

Z żadnego dokumentu złożonego przez ITSM nie wynika, aby poz. 1 spełniała wymóg dotyczący obsługi co najmniej 4 z procesów wymienionych w wymogu, w szczególności nie wynika z poświadczeń, w tym autoreferencji, jak i z wykazu usług,

Zauważono, że pomimo, iż Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej dwoma usługami, podczas gdy ITSM wskazał trzy, a Odwołujący kwestionuje jedną z nich to i tak zarzut ten wymaga rozpoznania. Nie, ma bowiem żadnej pewności jaka usługa została wskazana przez ITSM pod poz. 2 (Ingrifo jedynie domyśla się, że mogła to być usługa dla PKP PLK). Tak więc po ewentualnym odtajnieniu poz. 2 może się okazać, że wskutek tej weryfikacji także ona nie będzie spełniać ww. warunku. Wówczas przy skutecznym zakwestionowaniu dwóch pozycji warunek z rozdziału VIII pkt 3 ppkt 1 siwz nie byłby spełniony.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie warunku z rozdziału VIII pkt 3 ppkt 2 siwz ITSM w wykazie usług wskazał cztery różne usługi: tj. pod poz. 1 wykonaną dla Ministerstwa Sprawiedliwości, poz. 2 została utajniona, jednakże najpewniej dotyczy ona usługi wykonanej dla PKP PLK, poz. 3 usługa dla Ministerstwa Finansów, poz. 4 usługa dla Tauron Obsługa Klienta sp. z o.o. (dalej jako „Tauron”).

Odnosząc się do poz. 1 wykazu Odwołujący wskazał, że:

29

Skoro ITSM powołuje się na zamówienie będące w toku wykonywania (co wynika wprost z wykazu usług, albowiem wykonawca wskazując na termin, to powinien był złożyć poświadczenie należytego wykonywania tej usług wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

Tymczasem ITSM nie złożył poświadczenia z taką datą, a jedynie protokół odbioru usług asysty technicznej z dnia 27.08.2015 r. oraz oświadczenie własne (tzw. „autoreferencję”),

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia ws. dokumentów oświadczenie własne wykonawcy może być złożone tylko wówczas gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia zamawiającego. ITSM w uzasadnieniu przedłożenia autoreferencji wskazał, że nie ma możliwości otrzymania poświadczenia od Ministerstwa Sprawiedliwości, bowiem jego wydanie „poprzednim razem trwało ponad 3 miesiące, dodatkowo od Ministerstwa Sprawiedliwości otrzymaliśmy informację, że osoba odpowiedzialna za realizację Umowy znajduje się w szpitalu”.

Twierdzenie wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie albowiem od publikacji ogłoszenia o zamówieniu do upływu terminu do składania ofert było ok. 6 tygodni; z całą pewnością, był to czas wystarczający do zdobycia wymaganych dokumentów, a co najmniej podjęcia próby ich pozyskania; wskazuje na to między innymi fakt, że dokumenty takie zdobyły pozostałe podmioty, a także, że ITSM udało się uzyskać referencje m.in. od MF, a MS nie wyróżnia się negatywnie na tle innych ministerstw,

Ponadto ITSM, jako profesjonalny przedsiębiorca powinien był pozyskać tego rodzaju poświadczenie od MS wcześniej, a przynajmniej wcześniej zwrócić się o takie poświadczenie, a jeżeli tego nie czynił to negatywne konsekwencje jego zaniechania muszą obciążać jego,

Wskazano, że KIO w wielu wyrokach wskazuje na wyjątkowość wydawania oświadczeń własnych i tak np. wyrok KIO z dnia 29.10.2013 r. (KIO 2426/13), zgodnie z którym „Wykonawca może posługiwać się własnym oświadczeniem potwierdzającym należyte wykonanie usług jedynie w przypadku, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Czasowa nieobecność osoby koordynującej zamówienie ze strony klienta nie może być uznane za taki przypadek”.

Dodatkowo poz. 1 nie spełnia także warunku w części dotyczącej wymaganej wartości tj. 400.000,00 zł brutto,

30

Jak wynika bowiem z załączonego do oferty ITSM dokumentu (por. raport z asysty technicznej z dnia 27.08.2015 r., s. 45 oferty) usługi asysty technicznej i utrzymania świadczone dla MS ograniczone były do 800 godzin (100 osobodni),

Dokonując zatem przeliczenia 800 godzin razy stawkę godzinową ITSM zaoferowaną w niniejszym postępowaniu (202,00 zł brutto) otrzymujemy wartość na poziomie ledwie 161.600,00 zł, tak więc aby warunek kwotowy był spełniony stawka godzinowa musiałaby wynosić co najmniej 500,00 zł brutto, co z pewnością w tym postępowaniu nie miało miejsca,

Odwołujący wskazał, że łączny koszt wdrożenia Systemu w MS wraz z gwarancją i asystą techniczną wyniósł 853.493,31 zł brutto; trudno jest w konsekwencji uznać, że blisko połowa tej kwoty była przeznaczona na 800 godzin usług asysty technicznej; oczywiście gdyby tak było to stawiałoby to pod znakiem zapytania wartość usług wdrożeniowych wykazanych przez ITSM na spełnienie warunku z Rozdziału VIII pkt 3 ppkt 1,

Odwołujący stwierdził ponadto, że niewątpliwie zamawiający nie poczynił żadnych ustaleń i weryfikacji w tym zakresie przyjmując na wiarę wysoce wątpliwe oświadczenia ITSM,

Wreszcie poz. 1 nie spełnia także warunku w części dotyczącej warunków rozproszenia lokalizacyjnego.

Ponadto z żadnego dokumentu złożonego przez ITSM nie wynika, aby poz. 1 spełniała wymóg dotyczący obsługi co najmniej 4 z procesów wymienionych w wymogu, w szczególności nie wynika z poświadczeń, w tym autoreferencji, jak i z wykazu usług

Odnosząc się do poz. 2 wykazu wykonanych usług (która choć została utajniona to najpewniej dotyczy usługi wykonanej dla PKP PLK), to pozycja ta nie spełnia wymogu wartościowego usługi świadczonej dla PKP PLK, albowiem jak wynika z jednoznacznej informacji od odbiorcy tych usług wartość tej usługi świadczonej na rzecz PKP PLK jest dużo niższa od 400.000,00 zł brutto,

Wreszcie Odwołujący kwestionując także poz. 4 wykazu usług tj. dotyczącą usługi dla Tauron, wskazał, że z żadnego dokumentu złożonego przez ITSM nie wynika, aby usługa ta spełniała wymóg w zakresie:

- organizacji rozproszonej geograficznie na co najmniej 16 lokalizacji i liczącej – co najmniej 1000 użytkowników końcowych,
- obsługi co najmniej 4 z procesów wymienionych w wymogu, –

Ponadto czym innym jest wsparcie dla samych licencji na oprogramowanie (tu HPSM), a czym innym wsparcie dla systemu realizującego funkcję service desk (czego wymagał Zamawiający); oprogramowanie jest tylko jednym z elementów systemu; wsparcie całego systemu (np. jego powiązań z innymi elementami infrastruktury sprzętowo-

31

programowe, działania jako jednego z większych elementów) jest zdecydowanie bardziej skomplikowane, ryzykowne i wymagające niż samego oprogramowania; z poświadczenia wydanego przez Tauron nie wynika jasno czego dotyczyły czynności ITSM, albowiem raz wspomina się o oprogramowaniu, a raz o bliżej nieokreślonym systemie). Z tej samej przyczyny Odwołujący zakwestionował wartość usługi w zakresie wsparcia Systemu, albowiem ITSM podaje wartość najpewniej całości umowy z Tauron, a nie tylko tych prac, które odpowiadają warunkowi referencyjnemu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia ITSM ze względu na podanie nieprawdziwych informacji, Odwołujący wskazał, że powyższe uzasadnienie potwierdza, że

ITSM nie wykazał spełnienia warunków realizacji zamówienia.

Co więcej działania ITSM wskazują na to, że złożył nieprawdziwe informacje w zakresie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz, że uczynił to celowo mając pełną świadomość tego co i za ile (o jakiej wartości) wykonywał dla odbiorców swoich usług. Niewątpliwie bowiem usługi wykonane dla MS nie potwierdzają spełnienia warunku referencyjnego i to samo dotyczy .usługi dla PKP PLK (o ile faktycznie ta usługa została wykazana przez ITSM).

Odwołujący wskazał, że oceniając zachowania ITSM pod kątem celowości i zawinienia tego wykonawcy nie można pominąć tego, że nie przedkłada on poświadczenia z MS, a z drugiej strony utajnia wykaz w zakresie usługi dla PKP PLK. Dodatkowo utajnia swe wyjaśnienia dotyczące szczegółowego zakresu prac w zakresie poszczególnych tzw. procesów. Najpewniej wszystkie te działania wynikają z chęci ukrycia przed konkurencją, a zarazem przed Zamawiającym, tego że usługi te nie spełniają wymogów referencyjnych. Zatem ITSM działa z pełną świadomością braków swojego doświadczenia w celu wprowadzenia w błąd Zamawiającego i uzyskania w ten sposób zamówienia, przy jednoczesnej próbie utrudnienia kontroli ze strony swych konkurentów.

Odnośnie zarzutu zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp wobec ITSM, Odwołujący wskazał, że na wypadek gdyby Izba nie uznała za zasadne zarzuty zaniechania wykluczenia ITSM ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, zasadny staje się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp wobec ITSM. Skoro bowiem ITSM nie wykazał, aby spełniał warunek posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia to konsekwencją tego musi być wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia w tym zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

32

Odnośnie zarzutu zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających, a dotyczących dokumentów złożonych przez ITSM, Odwołujący wskazał, że gdyby Izba uznała, że zarzut powyższy jest zbyt daleko idący to co najmniej należałoby nakazać Zamawiającemu podjęcie czynności wyjaśniających w odniesieniu do dokumentów złożonych przez ITSM na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z § 1 ust. 5 rozp. ws. rodzajów dokumentów zamawiający ma prawo zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Zauważenia przy tym wymaga to, że zasada uczciwej konkurencji wymaga, aby ww. przepisu nie traktować jedynie jako uprawnienia zamawiającego, ale jako jego obowiązek (analogicznie jak uprawnienia z art. 87 ust. 1 Pzp, który to przepis używa wyrażenia „może”, to jednak utrwalone orzecznictwo uznaje korzystanie z tego przepisu jako obowiązek zamawiającego w sytuacji istnieją uzasadnione wątpliwości co do treści oferty).

Odwołujący wskazał, że okoliczności opisane powyżej powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co najmniej w takim zakresie, by zażądać od odbiorców usług ITSM informacji oraz dokumentów wskazujących na wykonanie usług i ich zakres prac wykonanych przez ITSM.

W szczególności wątpliwości te powinny dotyczyć zakresu i wartości prac (zarówno tych z pkt 3 ppkt 1 jak i pkt 3 ppkt 2 rozdziału VIII siwz) wykonanych przez ITSM na rzecz MS, PKP PLK jak i Tauron.

Okoliczności te powinny spowodować także uruchomienie przez Zamawiającego procedury z art. 26 ust. 4 Pzp, tj. wezwania ITSM do złożenia wyjaśnień. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 23.08.2013 roku (sygn. akt KIO 1463/13), zgodnie z którym „art. 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych nie daje zamawiającemu swobody przy ocenie czy ma on wzywać czy też nie, ale stanowi obowiązek wezwania w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości związane ze złożonymi przez wykonawców dokumentami lub oświadczeniami”.

Odwołujący stwierdził, że nawet, gdyby KIO nie uwzględniła wniosku Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu wezwania ITSM do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, to powinna ona co najmniej nakazać Zamawiającemu wezwanie ITSM do złożenia wyjaśnień

Odnośnie zarzutu zaniechania wezwania Betacom do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, Odwołujący podniósł, że:

Betacom na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych postępowania, wskazał 3 usługi wykonane na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa (poz. 1,2 i 4 wykazu usług) oraz jedną usługę wykonaną na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (poz. 3 wykazu usług).

Wykonawca ten nie wykazał przy tym, które z ww. usług powołuje na okoliczność spełniania warunków z pkt 3 ppkt 1 rozdziału VIII siwz, a które powołane zostały z pkt 3 ppkt 2 rozdziału VIII siwz. Co istotne, oba warunki wymagały wykazaniem się wykonania po dwóch określonych usług.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje poz. 3 z wykazu usług Betacom, która to odnosi się zarówno do jednego jak i drugiego z warunków. Jednakże wszystkie inne pozycje (1, 2 i 4) z wykazu usług nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący stwierdził, że pozycja 1 nie potwierdza spełnienia warunku z pkt 3 ppkt 1 Rozdział VIII siwz, albowiem:

Jak wynika z treści poświadczenia usługi wykonywane przez Betacom polegały na:

- usługach wsparcia technicznego HP Software HA 106A1,
- dostawę licencji,
- świadczenie na rzecz Miasta st. Warszawy konsultacji technicznych.

Żadna z tych czynności nie dotyczy ani czynności rozwoju, ani wdrożenia, ani migracji; w szczególności czym innym jest dostawa licencji, a czym innym rozwój systemu, jego wdrożenie czy też migracja; tak samo czym innym jest czynność konsultacji technicznych,

a czym innym wykonywanie danych czynności (konsultant, a wykonawca to zupełnie dwie różne osoby o innych kompetencjach, kwalifikacjach i odpowiedzialności),

Podniesiono, że istnieją poważne wątpliwości co do wartości poszczególnych usługi, albowiem podana została przez Betacom nie wartość usług referencyjnych, a wartość całego kontraktu obejmując różne elementy (np. bardzo drogie z reguły dostawy licencji HP Software), w związku z tym Odwołujący zakwestionował także wartość tej usługi.

Pozycja 1 nie potwierdza także spełnienia warunku z pkt 3 ppkt 2 Rozdział VIII siwz, albowiem:

Jak wynika z treści poświadczenia z dnia 01.04.2014 r. Betacom wykonywał usługi wsparcia technicznego „na warunkach HP Software Services Integrator Program”. Należy

wskazać, że funkcjonalność ta nie pokrywa wymogów Zamawiającego, który oczekiwał utrzymania lub asysty technicznej dla systemu realizującego funkcje service desk [...], tym czasem program „HP Software Services Integrator Program” dotyczy wyłącznie wsparcia na oprogramowanie HP, tym samym, doświadczenie wskazane w tej pozycjach nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Konsultacje techniczne nie są równoważne z wykonywaniem danych czynności, jak już bowiem wcześniej wskazano czym innym jest rola konsultanta / doradcy, a czym innym wykonawcy danych czynności; nie można zatem identyfikować czynności konsultacyjnych ze świadczeniem usług utrzymania czy też asysty technicznej (tym bardziej, że wystarczy porównać to z opisem przedmiotu zamówienia, aby zauważyć tę zasadniczą różnicę pomiędzy utrzymaniem i asystą techniczną a konsultowaniem).

Nawet gdyby uznać, że w ramach tej usługi były wykonywane czynności konsultacji technicznych to nie da się w żaden sposób ustalić, aby ich wartość wynosiła co najmniej 400.000,00 zł brutto jak to wymagał Zamawiający (najpewniej największa część wynagrodzenia odnosi się do dostawy licencji),

Odwołujący podniósł następnie, że do usług z poz. 2 i 4 wykazu usług Betacom odnoszą się dokładnie takie same zarzuty jak do poz. 1 zarówno w odniesieniu do warunku z pkt 3 ppkt 1 jak i pkt 3 ppkt 2 rozdziału VIII siwz, a w szczególności:

Żadna z tych usług nie zawiera takich czynności, które dałyby się zakwalifikować jako czynności rozwoju, ani wdrożenia, ani migracji;

Żadna z tych czynności nie dotyczy świadczenia usług wsparcia w znaczeniu nadanym przez Zamawiającego tj. odnoszących się do „systemu realizującego funkcję service desk” (wszystkie one wskazują, że były wykonywane „na warunkach HP Software Services Integrator Program”)

W żaden sposób nie da się wywieść z wykazu usług i załączonych poświadczeń, aby wartość referencyjna (400.000,00 zł) została spełniona w odniesieniu albo do jednego albo drugiego z wyżej cytowanych warunków.

Odnosnie zarzutu zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających względem złożonych przez Betacom dokumentów, Odwołujący z ostrożności wskazał, że gdyby Izba uznała, że zarzut opisany powyżej jest zbyt daleko idący to co najmniej należałoby nakazać Zamawiającemu podjęcie czynności wyjaśniających w odniesieniu do dokumentów złożonych przez Betacom na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wcześniej przedstawioną argumentację. Ponadto, Odwołujący wskazał, że przedstawione okoliczności

35

powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co najmniej w takim zakresie, by zażądać od Urzędu m.st. Warszawy oraz samego Betacom dodatkowych informacji oraz dokumentów wskazujących na zakres i rodzaj usług wykonanych przez Betacom (a wskazanych z poz. 1, 2 i 4 wykazu usług) oraz wartości poszczególnych rodzajów usług.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań.

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1233/16, Zamawiający wskazał, że:

Przytaczając brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp, art. 25 ust. 1 Pzp, § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane, Zamawiający podniósł, iż katalog dokumentów, jakie wykonawcy mogą przedkładać na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, nie jest katalogiem zamkniętym. Brak jest zatem przeszkód, żeby Zamawiający zażądał innych dokumentów niż wymienionych w tym przepisie.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający w Rozdziale XI ust. 3 pkt 8) SIWZ wskazał na konieczność przedstawienia w ofercie „oświadczenia Wykonawcy, że Usługa Asysty Technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania”. Żądanie złożenia oświadczenia przez Wykonawcę i załączenia go do oferty miało zapewnić, że usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie spełniała wymagania Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia jest m.in. zapewnienie usługi wsparcia dla systemu SD polegającej na zapewnieniu wsparcia producenta oprogramowania HPSM. Tak więc Zamawiającemu zależało, aby we współpracy pomiędzy Wykonawcą a producentem oprogramowania zachowane były odpowiednie standardy wymagane przez samego producenta, gdyż to będzie przekładać się na właściwej jakości realizację obowiązków z zakresu asysty technicznej na rzecz Zamawiającego. Przykładem powyższego jest § 6 ust. 7 Wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca oświadcza, iż posiada wiedzę, a także dysponuje odpowiednim personelem i odpowiednimi środkami gwarantującymi profesjonalizm oraz najwyższy poziom realizacji umowy.

Podniesiono, że potwierdzeniem interpretacji Zamawiającego, zgodnie z którą katalog dokumentów w zakresie potwierdzania, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego jest otwarty, znajduje się w treści § 6 ust. 4 rozporządzenia, który łagodzi dyspozycję § 6 ust. 1: „Wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 2-4, złożyć inne dokumenty potwierdzające

36

odpowiednio stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem”.

Zamawiający argumentował, że zapis ten oznacza, iż nawet gdyby zamawiający

wybrał jedno z przykładowo podanych w § 6 ust. 1 pkt 2-4 Rozporządzenia zaświadczeń, wykonawca może w odpowiedzi, w ofercie zamiast tych zaświadczeń złożyć inny dokument potwierdzający stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości. Taki dokument, zgodnie z treścią rozporządzenia zostałby przez Zamawiającego uznany za prawidłowy, pomimo iż nie został enumeratywnie wymieniony w § 6 ust. 1.

Podkreślono ponadto, że nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż wymagany w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego dokument - własne oświadczenie wykonawcy, że „ Usługa Asysty Technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania”, nie wymaga od Wykonawców podjęcia szczególnych środków i zaangażowania podmiotów trzecich. Dokument taki nie pozostawia wątpliwości, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego i będą świadczone na poziomie jakości jakiej oczekuje Zamawiający korzystający z konkretnego Systemu Service Desk w oprogramowaniu HPSM.

Wskazano również, że Zamawiający w sposób uprawniony wymagał oświadczenia potwierdzającego, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Powyższe znajduje także potwierdzenie w braku pytań i odwołań dotyczących opublikowanego przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Bez znaczenia pozostaje miejsce w specyfikacji, w którym wpisano wymaganie dotyczące oświadczenia.

Zamawiający podniósł następnie, że uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 oświadczenie nie zmieniło zakresu, przedmiotu oferty ani również sposobu wykonania przedmiotu oferty. Zamawiający precyzyjnie i z należytą starannością opisał przedmiot zamówienia w SIWZ nie pozostawiając wątpliwości co do zakresu ani sposobu jego wykonania, oświadczenie miało charakter potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom jakościowym.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w odwołaniu stara się przedstawić treść oświadczenia w świetle własnych domniemań (tzn. oceniając subiektywnie i nadinterpretując znaczenie jego treści) oraz rozszerzając w sposób nieuprawniony, na własne potrzeby, zakres oświadczenia. Dlatego też przywołane przez Odwołującego orzecznictwo nie potwierdza nieprawidłowości działania zamawiającego. Postawiony przez Odwołującego zarzut, że uzupełnienie oświadczenia doprowadziło do zmiany treści oferty stanowi efekt

37

domniemań i interpretacji Odwołującego i jako gołosłowna teza nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym.

Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem Odwołującego, według którego Zamawiający błędnie zaniechał wezwania do wyjaśnień dotyczących złożonego oświadczenia wykonawcy ITSM Group sp. z o.o. poświadczającego spełnienie wymagań określonych w rozdziale VIII pkt 3 SIWZ i błędnie przyjął za prawidłową formę oświadczenia i uznał tym samym za przesłankę obiektywną, że wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia,

o którym stanowi § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów ws. rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wskazano, że wykonawca ITSM Group sp z o.o. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w Rozdziale VIII ust. 3 punkt 1) przedstawił

w wykazie usług trzy zamówienia, z których każde, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy było zgodne z zakresem określonym przez zamawiającego w wymaganiu. Jak wynika z powyższego Wykonawca ITSM Group sp z o.o. w wykazie przedstawił nie dwa a trzy zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro zaś przedmiotem odwołania jest tylko jedno zamówienie, należy uznać, że pozostałe dwa w opinii odwołującego są prawidłowe, dzięki czemu poza sporem w przedmiotowym odwołaniu pozostaje, że Wykonawca ITSM Group sp z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, że biorąc pod uwagę także powyższe oparł się o rozporządzenie, w szczególności § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia. Zamawiający podniósł przy tym, że poświadczenie, o którym mowa w rozporządzeniu, jest dokumentem podmiotu trzeciego, a jego uzyskanie jest niezależne od woli Wykonawcy. Zależy jedynie od dobrej woli i chęci współpracy podmiotu - wystawcy poświadczenia. W oświadczeniu złożonym

w postępowaniu Wykonawca poinformował, że ze względów obiektywnych nie jest możliwe otrzymanie poświadczenia od Ministerstwa Sprawiedliwości. Dla Zamawiającego jest to informacja wystarczająca, bowiem wykonawca w oświadczeniu wskazał również, że otrzymał z Ministerstwa Sprawiedliwości informację, że osoba odpowiedzialna za realizację znajduje się w szpitalu - z czego wynika, że Wykonawca występował do Ministerstwa Sprawiedliwości z prośbą o poświadczenie, jednakże nie otrzymał go, a jedynie został poinformowany o chorobie pracownika odpowiedzialnego. Z punktu widzenia Wykonawcy przyczyna ta ma charakter obiektywny, gdyż Wykonawca dochował staranności w działaniu występując do

38

Ministerstwa Sprawiedliwości o poświadczenie, jednak Ministerstwo Sprawiedliwości - podmiot całkowicie niezależny od Wykonawcy nie wystawiło w terminie potrzebnej referencji.

Zamawiający wskazał końcowo, że dalsza część zarzutów Odwołującego dotycząca doświadczenia Wykonawcy - zdobytego w Ministerstwie Sprawiedliwości opisana została słowami „pozwała domniemywać” oraz „budzi wątpliwość”, „należy przypuszczać”. Wynika z tego, że Odwołujący porusza się w świetle własnych domysłów nie dysponując w tym zakresie dowodami. A zatem zarzut Odwołującego ma charakter bezpodstawny. Odwołujący wśród ww. spekulacji na temat doświadczenia zdobytego przez ITSM w trakcie wykonywania usług dla Ministerstwa Sprawiedliwości zawarł także własną interpretację warunku udziału w postępowaniu niniejszym, prowadzonym przez Ministerstwo Finansów: „*pozwała domniemywać, że zamówienie było realizowane w mniej niż 16-lokalizacjach [...]*”. Wynika z tego, że Odwołujący odmiennie zinterpretował warunek udziału w postępowaniu, który w tym zakresie brzmiał następująco: „*Zamówienia te musiały być zrealizowane dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 16 lokalizacjach, liczącej co najmniej 1000 użytkowników końcowych*”, Z literalnego brzmienia przywołanej wyżej części warunku wynika bezsprzeczne wymaganie, aby dane zamówienie realizowane było dla organizacji, która jest rozproszona geograficznie i to w co najmniej 16-lokalizacjach. Wykonawca mógł je odczytać także inaczej, a mianowicie, że wymóg ten dotyczy, aby wskazane zamówienie było realizowane w co najmniej 16 lokalizacjach organizacji rozproszonej geograficznie,.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem (np. orzeczenie KIO z dnia 16 marca 2015 roku (sygn. akt KIO 430/15) oraz orzeczenie KIO z dnia 12 stycznia 2015 roku (sygn. akt KIO 2784/14)), każdą wątpliwość zawartą w SIWZ, a która może prowadzić do różnego zrozumienia przez wykonawców tego samego zapisu i powodować w efekcie różnice w ofertach, należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie mógłby więc uznać za jedynie słuszną interpretację Odwołującego jakoby zamówienie przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu musiało być realizowane w co najmniej 16 lokalizacjach, i w przypadku nie wykazania w ofertach spełnienia tego wymogu, stosować art. 26 ust. 3 lub 4 PZP lub też wykluczać wykonawców na podstawie art. 24 PZP.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1233/16, zgłosili:

Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, po stronie Odwołującego.

ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

39

W piśmie procesowym wykonawca ITSM wskazał m.in., że dokumenty potwierdzające spełnienie przez Wykonawcę warunków określonych w SIWZ w postaci oświadczenia Wykonawcy, że Usługa Asysty Technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania nie stanowią treści oferty. Charakter oświadczenia oraz cel jego wymagania przez Zamawiającego potwierdzają, zdaniem Przystępującego, że dokument ten ma charakter dokumentu o którym mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp będąc oświadczeniem potwierdzającym że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, to nie umiejscowienie wymaganego oświadczenia w określonej części SIWZ przesądza o charakterze dokumentu ale jego treść i cel. Przystępujący wskazał, iż jak potwierdza sam Odwołujący (s.4 odwołania) „Przedmiotowe Oświadczenie ma gwarantować zgodność usługi z wymaganiami

producenta". Odnosi się więc do dodatkowego potwierdzenia własnym oświadczeniem przez wykonawcę że usługa (przedmiot zamówienia) będzie realizowana w sposób jaki przewiduje producent -programowania tj. HP. Co ważne opis przedmiotu zamówienia jak i wzór umowy narzucają sposób wykonania zamówienia - przedmiotem jest zapewnienie przez wykonawcę wsparcia producenta na określonych przez niego warunkach, zatem wykonanie zamówienia nie jest pozostawione uznaniu wykonawcy, a celem spornego oświadczenia jest wyłącznie potwierdzenie/zapewnienie że usługa ta będzie świadczona zgodnie z wymaganiami producenta.

Przystępujący podniósł ponadto, że oświadczenie własne zastępujące poświadczenie poprzedniego Zamawiającego tj. Ministerstwa Sprawiedliwości złożone wraz z ofertą na s. 38 zawierało tabelę której treść pozwalała Zamawiającemu na pozytywną ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca podał w treści wykazu, że wykazane zamówienie jest usługą jeszcze realizowaną, pomimo że usługa asysty technicznej dla której usługa służyła, zostało już przez wykonawcę zrealizowane i ocenione pozytywnie. Dowodem na powyższe jest dokument złożony przez Wykonawcę już wraz z ofertą Protokół i raport potwierdzające odebranie usługi asysty technicznej z dnia 27.08.2015. (s. 44 oferty).

Argumentowano, że Zamawiający już na podstawie analizy złożonych wraz z oferta dokumentów mógł uznać że wykazana usługa spełnia wymagane warunki zgodnie z punktem 3 podpunkt 1 oraz spełnia warunki zgodnie z punktem 3 podpunkt 2. Skoro bowiem asysta techniczna została wykonana należycie (co potwierdza Protokół) to wykonawca mógł wskazać w tabeli że usługa służąca wykonaniu zamówienia została już zrealizowana w 2015 r. W takim przypadku do Protokołu nie miałyby zastosowania wymagania Rozporządzenia w

40

sprawie dokumentów i wymóg aktualności poświadczenia w okresie 3 miesięcy przed złożeniem ofert.

W zakresie dotyczącym samego zarzutu odwołania, Przystępujący wskazał, że do jego obowiązków, w przypadku posłużenia się dokumentem w postaci oświadczenia własnego należało wskazanie w ofercie, że wystąpiły obiektywne okoliczności które uniemożliwiły mu złożenie poświadczenia zleceniodawcy tj. Ministerstwa Sprawiedliwości. Przystępujący uznał za taką okoliczność fakt uprzedniego w stosunku do złożenia oferty wniosku do poprzedniego Zamawiającego o wystawienie takiego dokumentu poświadczenia i nieuzyskania takiego dokumentu pomimo należytego wykonania usługi. W treści oświadczenia własnego na s. 38 oferty wskazał, że: *„Niniejsze oświadczenie jest przedkładane ponieważ ze względów obiektywnych nie jest możliwe otrzymanie poświadczenia od Ministerstwa Sprawiedliwości. Wydanie takiego poświadczenia poprzednim razem trwało ponad 3 miesiące, dodatkowo od Ministerstwa Sprawiedliwości otrzymaliśmy informację, że osoba odpowiedzialna za realizację Umowy znajduje się w szpitalu”*.

Powyższe odzwierciedla stan faktyczny sprawy i wniosku Przystępującego do Ministerstwa Sprawiedliwości. Przystępujący wystąpił z takim wnioskiem do Ministerstwa w dniu 31.03.2016 r. co potwierdza złożony wraz z niniejszym pismem wniosek wraz z dowodem nadania do Ministerstwa (datowany na 01.04.2016 r.). Ponadto, Przystępujący wskazał, że nie ma wpływu na praktykę wystawiania przez zleceniodawcę poświadczeń i czasu przekazywania wnioskowanych dokumentów. Jak wynika z doświadczenia jakie posiada Przystępujący z uzyskiwaniem poświadczeń z Ministerstwa Sprawiedliwości, na wniosek dotyczący poświadczenia dla tego samego zamówienia złożony w dniu 25.04.2014 r. (ponowiony 31.07.2014 r. oraz 17.09.2014 r.) czekał do dnia 19.09.2014 r.

W zakresie twierdzeń Odwołującego dotyczących powzięcia wątpliwości, co do spełnienia przez powyższą usługę wymagania odnośnie „realizowania usługi w mniej niż 16 lokalizacjach” jak również w zakresie dotyczącym wartości wykonanej na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości usługi, Przystępujący wskazał, że nie jest tak jakby tego chciał Odwołujący, że treść warunku sprowadza się do wymogu wykazania doświadczenia w usłudze w ramach której same rozwój lub wdrożenie lub migrację bądź utrzymanie lub asysta techniczna miały wartość ponad 400 000 zł. Analogicznie w zakresie wymagań co do realizacji usług na rzecz struktury rozproszonej geograficznie. Warunek udziału w postępowaniu wymaga świadczenia usług dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 16 lokalizacjach a nie jak chce tego Odwołujący, polegało to na fizycznym świadczeniu w 16 jednostkach.

Usługa zrealizowana na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości - co znajduje potwierdzenie w dostępnej także dla Odwołującego dokumentacji przetargowej, była realizowana dla organizacji której liczba lokalizacji jednostek organizacyjnych zdecydowanie przekracza warunek graniczny postawiony w aktualnym postępowaniu. Na marginesie wskazano, że analogicznie ma się rzecz w przypadku usługi na rzecz Ministerstwa Finansów, która to organizacja także spełnia powyższe cechy, a usługa będzie świadczona na rzecz takiej struktury zdalnie z siedziby centrali organizacji.

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1239/16, Zamawiający wskazał, że:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

Poza sporem jest, iż wykonawca składając ofertę ma prawo chronić istotne dla niego informacje. Na mocy ustawy Pzp ochronie podlegają tylko te informacje, które obiektywnie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ze swojej strony Zamawiający stanął na stanowisku, iż dołożył należytej staranności przy weryfikacji dokumentów i wyjaśnień uzasadniających utajnienie określonych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i uznał, że wyjaśnienia te są spójne, logiczne i wystarczająco dokładnie uzasadniają, dlaczego wskazane w określonych dokumentach informacje mają wartość handlową i powinny być chronione jako tajemnice przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Zamawiający sprawdzał, czy dana informacja podlega ochronie na podstawie art. 11 ust.4, a zatem czy spełnione są następujące przesłanki: poufność, brak ujawnienia, zabezpieczenie informacji.

Objęcie dwóch pozycji z wykazu usług ITSM wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tajemnicą przedsiębiorstwa nie budzi u Zamawiającego wątpliwości. Wykaz usług zawiera dane wskazujące na charakterystyczne dla wykonawców know-how. ITSM w sposób dokładny i precyzyjny uzasadnił w piśmie z dnia 25 maja 2016 r., iż podjął działania w celu zachowania w poufności tych dwóch usług z wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Napisał także dlaczego uważa, że zastrzeżone informacje mają charakter handlowy i stanowią dla niego znaczną wartość gospodarczą. Wskazał na związki pomiędzy treścią zastrzeżonych dokumentów, a ewentualną możliwością uzyskania przez konkurencję danych mogących negatywnie wpłynąć na jego pozycje na rynku, gdyż ujawniają przyczyny ewentualnej przewagi nad innymi podmiotami. Zamawiający uznał takie tłumaczenie za wystarczające, aby nie ujawniać tych zastrzeżonych informacji i dokumentów z tymi informacjami powiązanymi.

Jednocześnie zastrzeżenie treści części wyjaśnień ITSM z dnia 25 maja 2016 r. jest konsekwencją niejawną części oferty, o której mowa powyżej i stanowi uzupełnienie dokumentów, które zasługują na ochronę z uwagi na argumentację już wcześniej przedstawioną.

Zamawiający zauważył, iż z punktu widzenia interesu przedsiębiorcy wiele informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa z tym, że każdorazowo to zamawiającemu powierzono rolę eksperta i decydenta w tym zakresie. Jednakże w Pzp nie ma przepisu, który w rzeczywistości mógłby być podstawą do odtajnienia zastrzeżonej informacji przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę treść art 8 ust. 3, to z tego przepisu de facto wynika, że o zastrzeżeniu decyduje wykonawca i on jest suwerenem decyzji o ewentualnym odtajnieniu. Zamawiający może ją jedynie badać pod względem zgodności z Pzp oraz wzywać wykonawcę do wyjaśnień zastrzeżonych przez niego informacji.

Gdyby zamawiający tak bezkrytycznie i bez refleksji podchodził do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa jak to próbuje przedstawić Odwołujący, to Zamawiający uznałby, co do dokumentów złożonych w ofercie przez ITSM, iż wykonawca skutecznie wykazał już w samej ofercie, iż zastrzeżone tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ewentualnie zamawiający uznałby, iż wykonawca nie skutecznie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnił by te informacje nie mając do tego podstawy przez co mógłby się narazić na odpowiedzialność odszkodowawczą ze strony ITSM. Dlatego też zamawiający

wezwał wykonawcę do złożenia jeszcze bardziej szczegółowych wyjaśnień uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co do możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r., sygn. akt. 174/15.

Co do kwestii zastrzeżenia wyjaśnień ITSM z dnia 23 czerwca 2016 r. w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie, stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, Zamawiający wskazał, że ITSM postąpiło zgodnie z normą prawną zawartą w art. 8 ust. 3 ustawy. Zastrzegło, że informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wykazując jednocześnie, iż zastrzeżone informacje mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Argumentowano, że Zamawiający dokonał badania powyższych wyjaśnień w kontekście tego czy informacje zawarte w; 1) wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, jak i 2) wyjaśnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.znk. W ocenie Zamawiającego część informacji zamieszczonych w piśmie ITSM, z wyłączeniem pkt. 2 na

43

stronach 6-9, zasługują na ochronę z uwagi na fakt, że: mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Dokonana przez Zamawiającego analiza wykazała, że informacje zawarte w samym piśmie i w jego załącznikach odwołują się do szczegółowej kalkulacji ceny i dotyczą danych wrażliwych ITSM- spełniających wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.znk.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, Zamawiający przywołał argumentację tożsamą, jak w odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt KIO 1233/16.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp:

W ocenie Zamawiającego ITSM wykazało, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2016 r. ITSM przedłożyło szczegółową i obszerną kalkulację zaoferowanej ceny oraz dołączyło do wyjaśnień dowody popierające poprawność dokonanej przez niego wyceny przedmiotowego zamówienia. Przedmiotowe dowody, zdaniem Zamawiającego, potwierdzają, że zaoferowana cena została przez ITSM skalkulowana w sposób należyty i przemyślany z uwzględnieniem zakładanego zysku. ITSM wyjaśniło kluczowe dla realizacji przedmiotowego zamówienia koszty, a na poparcie wyjaśnień przedstawiło szczegółowe wyliczenia oraz precyzyjne komentarze, w których ITSM rozwiało wątpliwości Zamawiającego, co do poszczególnych składników ceny oferty. W powyższych wyjaśnieniach ITSM opisało również wpływ własnych cech i obiektywnych, naturalnych przewag ekonomicznych, którymi dysponuje, a które w procesie kształtowania oferty pozwoliły mu na zaoferowanie atrakcyjnej ceny. Przedłożone przez ITSM wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest spójne i przekonujące, nie wzbudziły więc żadnych zastrzeżeń Zamawiającego w trakcie ich oceny. Zamawiający uznał przedmiotowe wyjaśnienia za kompletne i wyczerpujące. Jednocześnie Zamawiający nadmienia, że szczegółowość wyjaśnień, a także precyzja przedstawionych wyliczeń, nakazują stwierdzić, że ITSM dochowało szczególnie wysokiej staranności przedstawiając swoje wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W związku z tym Zamawiający uznał, że ITSM wykazało, iż zaoferowana przez niego cena jest realna i rynkowa. W opinii Zamawiającego różnice między cenami poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu mogą wynikać z szeregu czynników (takich jak sposób kalkulowania ceny, strategia firmy, znajomość

44

specyfiki Zamawiającego z uwagi na już świadczenie podobnej usługi u Zamawiającego, dostępność zasobów, itp.). Różnica występująca między nimi, w najmniejszym stopniu nie może potwierdzać, że oferta ITSM zawiera rażąco niską cenę. Różnice w podejściu do wyceny przedmiotu zamówienia pomiędzy poszczególnymi ofertami zapewne występują, ale różnice te z pewnością mieszczą się w racjonalnych granicach rywalizacji cenowej między

konkurującymi wykonawcami.

W konsekwencji Zamawiający uznał, iż ITSM jest wiarygodnym i rzetelnym Wykonawcą dającym gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Ponadto odnosząc się do uzasadnienia Odwołującego odnośnie tego zarzutu, Zamawiający zauważył, że Odwołujący przede wszystkim kwestionuje cenę podaną przez ITSM w zakresie usługi asysty technicznej i to w tym zakresie twierdzi, iż cena jest rażąco niska. Jednakże o rażąco niskiej cenie należy mówić w kontekście ceny za całość przedmiotu zamówienia, a nie odnosić się do poszczególnych jednostkowych elementów zamówienia. Stanowisko to jest ugruntowane zarówno w orzecznictwie KIO jak i w orzecznictwie sądów okręgowych.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia art 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp:

Zamawiający wymagał od wykonawców przynajmniej dwóch zamówień o zakresie zgodnych z ww. lit a) oraz przynajmniej dwóch zamówień o zakresie zgodnym z ww. lit b). Ponadto dla tych zamówień wymagane było, aby dane zamówienie realizowane było dla organizacji, która jest rozproszona geograficznie i to w co najmniej 16-lokalizacjach. Zamawiający formułując powyższe wymaganie odnosił się do struktury organizacyjnej Ministerstwa Finansów, gdzie sama jednostka nie jest rozproszona terytorialnie tak np. ZUS, którym ma centralę w Warszawie i oddziały w całym kraju. Jednakże Ministrowi Finansów podlegają określone jednostki lub są przez niego nadzorowane, a są to m.in. urzędy i izby skarbowe, urzędy kontroli skarbowe czy izby i urzędy celne. Samo Ministerstwo Finansów ma tylko jedną lokalizację, ale biorąc pod uwagę ww. jednostki podległe i nadzorowane, które przecież ściśle powiązane są z Ministerstwem Finansów, to mamy do czynienia ze specyficzną organizacją rozproszoną lokalizacyjnie. Przy czym należy zauważyć, iż wskazane przez ITSM zamówienie dla Ministerstwa Finansów nie zostało zakwestionowane. Podobna sytuacja ma się Ministerstwem Sprawiedliwości, gdzie Ministrowi Sprawiedliwości podlegają określone jednostki lub są przez niego nadzorowane takie jak m.in. areszty śledcze, zakłady karne, sądy. Szczegółowy wykaz takich jednostek można znaleźć w obwieszczeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 marca 2013 r. opublikowany w Monitorze

45

Polskim z dnia 19 kwietnia, poz. 308. Tym samym, w opinii Zamawiającego, warunek rozproszenia lokalizacyjnego został zapewniony przez wykonawcę w przypadku zamówienia dla Ministerstwa Sprawiedliwości.

Co do dalszych zarzutów odnośnie poz. 1 z wykazu usług ITSM, (co również dotyczy pozostałych wskazanych zamówień), to w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 20 maja, ITSM w odpowiedzi wskazał, jakie procesy to zamówienie, jak i pozostałe, obejmowały oraz że były realizowane dla organizacji rozproszonej geograficznie w więcej niż 16 lokalizacjach. W zakresie wątpliwości co do dołączonego do oferty oświadczenia własnego ITSM, to poświadczenie, o którym mówi Rozporządzenie, jest dokumentem podmiotu trzeciego, a jego uzyskanie jest niezależne od woli Wykonawcy. Zależy jedynie od dobrej woli i chęci współpracy podmiotu - wystawcy poświadczenia. W oświadczeniu złożonym w postępowaniu Wykonawca poinformował, że ze względów obiektywnych nie jest możliwe otrzymanie poświadczenia od Ministerstwa Sprawiedliwości. Dla zamawiającego jest to informacja wystarczająca, bowiem wykonawca w oświadczeniu wskazał również, że otrzymał z Ministerstwa Sprawiedliwości informację, że osoba odpowiedzialna za realizację znajduje się w szpitalu - z czego wynika, że ITSM występował do Ministerstwa Sprawiedliwości z prośbą o poświadczenie, jednakże nie otrzymał go, a jedynie został poinformowany o chorobie pracownika odpowiedzialnego. Z punktu widzenia Wykonawcy przyczyna ta ma charakter obiektywny, gdyż Wykonawca dochował staranności w działaniu występując do Ministerstwa Sprawiedliwości o poświadczenie, jednak Ministerstwo Sprawiedliwości - podmiot całkowicie niezależny od Wykonawcy nie wystawiło w terminie potrzebnej referencji.

Co do podnoszonego w odwołaniu braku spełnienia w poz. 1 wykazu usług warunku w części dotyczącej wymaganej wartości tj. 400 000 zł brutto, Zamawiający wskazał, iż z zapisów SIWZ wynika, że poszczególne zamówienia, miały zawierać np. usługę rozwoju czy usługę utrzymania, więc dopuszczalne było, iż dane zamówienia obejmowało dwie i więcej wskazane usługi. Przy czym każde zamówienie, a nie poszczególne usługi, miało mieć wartość co najmniej 400 000 zł. Zatem fakt, iż ITSM wskazał w wykazie usług, zamówienie dla Ministerstwa Sprawiedliwości o wartości 1 229 970 zł, które obejmowało wymaganą co

najmniej jedną usługę było oceniane przez Zamawiającego jako spełniające wymagania. Zapisy w siwz w tym zakresie są jednoznaczne i nie powinny wywoływać żadnych wątpliwości. Zdaniem zamawiającego na etapie składania ofert każdy z wykonawców właściwie je zinterpretował i zastosował. Jedynie na potrzeby odwołania Odwołujący próbuje je zinterpretować wbrew ich literalnemu brzmieniu. Gdyby któryś z wykonawców miał zresztą jakieś wątpliwości, to by je zgłosił w formie pytań po publikacji siwz, a tak się nie stało.

46

Na marginesie Zamawiający przypomniał, iż zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, jeżeli możliwe jest kilka sposobów interpretacji warunku udziału w postępowaniu, należy postępować zgodnie z możliwie najszerszym rozumieniem danego warunku, maksymalnie korzystnie dla wykonawców biorących udział w postępowaniu i zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Nie jest bowiem dopuszczalna taka interpretacja zapisów SIWZ, która rodziłaby po stronie wykonawców negatywne konsekwencje. Jeżeli sposób rozumienia, czy też interpretacji warunku udziału w postępowaniu nie został ustalony na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jest przed otwarciem ofert, na etapie oceny złożonych ofert kierować należy się takim rozumieniem warunku, który nie ogranicza kręgu wykonawców zdolnych do uzyskania zamówienia.

Podobne zarzuty co do zamówienia realizowanego dla Ministerstwa Sprawiedliwości, z wyjątkiem zarzutu co do tzw. „autoreferencji”, Odwołujący sformułował w stosunku do innych pozycji zawartych w wykazie usług ITSM. Tym samym cała powyższa argumentacja odnośni się również do tych zarzutów.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust.3 oraz ewentualnie art. 26 ust. 4 Pzp:

Zamawiający wskazał, że z wykazu usług jednoznacznie wynika, iż zamówienie z poz. 1 zawierało usługę rozwoju, zamówienie z poz. 2 usługę utrzymania i asysty, zamówienie z poz. 3 usługę utrzymania i asysty technicznej, zamówienie z poz. 4 usługę utrzymania i asysty technicznej oraz z poz. 5 usługę wdrożenia, przy czym należy zaznaczyć, iż zamówienie z poz. 5 jest objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a więc Odwołujący nie miał do niego wglądu. Także Betacom dokładnie określił, jakie usługi wymagane przez Zamawiającego zawarte były w przytoczonych zamówieniach.

Zamawiający wskazał następnie, że poświadczenie jest dokumentem, który składa się na potwierdzenie, iż dane zamówienie zostało wykonane należyście. Poza tym zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie KIO poglądem referencja nie musi wskazywać wszystkich elementów zrealizowanego zadania. Istotne jest oświadczenie wykonawcy złożone w wykazie (lak wyrok KIO z dnia 28 lutego 2014. Sygn. akt, 245/14). Podobnie „dostrzeżenia wymaga, że referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a jedynie - potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Poświadczenie należytego wykonania usług, jako dokument potwierdzający należyłą realizację konkretnych usług, powinno zawierać treść pozwalającą na identyfikację wykonanego zamówienia. Przedłożone przez Przystępującego oświadczenie spełnia powyższe wymogi. Nie zawiera ono żadnych treści sprzecznych z treścią złożonego

47

wykazu. Zgodnie z bogatym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2867/12), referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca (wyrok KIO z dnia 9 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 278/16)”. Biorąc powyższe pod uwagę, w opinii Zamawiającego złożone referencje zawierają informacje, które w sposób wystarczający identyfikują wykonane zamówienia oraz wymagane usługi wskazane w wykazie usług. Odwołujący napisał jedynie, iż np. dostawa licencji, czy konsultacje nie jest czynnością rozwoju, ani wdrożenia czy migracji, ale te pojęcia nie zostały zdefiniowane przez odwołującego, a nie wskazał, gdzie ewentualnie można znaleźć właściwe czy też oficjalne definicje tych pojęć. Tak więc argumenty odwołującego są bezpodstawne. W szczególności, w wykazie usług Odwołującego, w jednym z zamówień, obejmującym usługi migracji, w

przedstawionych dokumentach na potwierdzenie należytego wykonania wskazano, iż przedmiotem było przeprowadzenie szkolenia, konsultacje czy dostawa licencji.

Odnosnie zagadnienia, iż z treści poświadczenia Urzędu m.st. Warszawy wynika, iż Betacom świadczył usługi wsparcia dla oprogramowania, a nie dla systemu realizującego funkcje service desk, Zamawiający wskazał, że wystarczy spojrzeć w te same referencje, aby zauważyć, iż dotyczą one umowy na rozwój systemu do zarządzania IT, systemu zgłaszania Help Desk o dostosowane (...) produkty HP Software. Tym samym logiczne jest, iż jeśli świadczone była usługa wsparcia technicznego na oprogramowanie, a na tym oprogramowaniu jest zbudowany system, to jak najbardziej usługa utrzymania dotyczyła systemu. Należy przy tym przypomnieć, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest zakup usługi wsparcia dla Systemu Service Desk w oprogramowaniu HPSM oraz że ta usługa wsparcia polega na zapewnieniu wsparciu przez producenta oprogramowania HPSM, a nie producenta systemu.

W kwestii warunku w części dotyczącej wartości zamówień wskazanych w wykazie zamówień Betacom, iż powinny wynosić co najmniej 400 000 zł, Zamawiający wskazał na wcześniejszą argumentację z odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający wskazał końcowo, że Odwołujący w zakresie zarzutów odnośnie oferty Betacom nie przedstawił żadnych istotnych i rzetelnych argumentów wskazujących konieczność wezwania Betacom do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia czy złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4.

48

Przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili:

ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego.

Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

Przystępujący ITSM w piśmie procesowym podniósł m.in., że:

Zgodnie z art. 192 ust 2 Pzp warunkiem uwzględnienia odwołania jest aby poza wykazanym naruszeniem Pzp Odwołujący wykazał również wpływ ujawnionego naruszenia Pzp na wynik postępowania. Nie może mieć wpływu na wynik postępowania stan w którym odwołujący zna wszystkie wykazane usługi, ich kontrahentów i był w stanie sformułować wobec „nieujawnionych” pozycji szczegółowe zarzuty odwołania. Skoro w istocie zarzut sprowadza się do zarzutu pozornego, pozbawionego wpływu na przebieg i wynik postępowania, w ocenie Przystępującego nie zasługuje on na uwzględnienie.

Przystępujący powołał następnie tożsamą argumentację, jak w piśmie procesowym złożonym do sprawy o sygn. akt KIO 1233/16.

W odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny Przystępujący podniósł, iż uwzględniając tak szacunek wartości zamówienia dokonany w postępowaniu przez Zamawiającego jak i średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert Zamawiający nie był zobligowany do zastosowania procedury o której mowa w art. 90 ust 1 Pzp. Zamawiający pierwotną czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 03.06.2016 r. dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Przed upływem okresu *stand still* na wniosek jednego z uczestników postępowania (jak wskazuje dokumentacja postępowania Odwołującego) Zamawiający anulował rozstrzygnięcie i wezwał w trybie autokorekty czynności Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Czynnością z dnia 13.06.br Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień ceny w szczególności wskazując na wycenę zwłaszcza kosztu Asysty Technicznej. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (23.06.2016r.) Przystępujący przedłożył pełne wyjaśnienia wraz dowodami z których wynika szczegółowy mechanizm kalkulacji ceny ofertowej, zgodność wyceny i jej zakresu rzeczowego z wymaganiami SIWZ. Wyjaśnienia te zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Wraz z wyjaśnieniami Przystępujący złożył pełne uzasadnienia dla uznania zastrzeżonych informacji za rzeczywistą i zasługującą na ochronę tajemnicę przedsiębiorstwa.

Argumentowano, że wyjaśnienia zawierają szczegółową tabelaryczną kalkulację kosztów wraz z uzasadnieniem dla poszczególnych kwot w tym w szczególności w zakresie

49

kosztu pozyskania Asysty Technicznej producenta a także inżynierii finansowej oferty i założeń biznesowych jakie przyjął Przystępujący wyceniając ofertę. Wyjaśnienia a także załączone dokumenty księgowe stanowią wiarygodne i pełne źródło ustaleń ceny ofertowej i były przedmiotem analizy Zamawiającego, czego konsekwencją był brak zastrzeżeń co do kalkulacji i ostateczny wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ nie bez przyczyny określił w Rozdziale VI Opis sposobu obliczenia ceny oferty w ppkt 3 parytet wartości pomiędzy ceną Asysty a kosztem wyceny Zleceń Dedykowanych. Z powyższego wynika, że ustalając powyższy parytet Zamawiający *de facto* działał ze świadomością przewidywanego poziomu wykorzystania usług Zleceń dedykowanych. Tym samym argumentacja odwołania sprowadzająca się do tezy że wykonawcy nie mogli zakładać jakiegokolwiek zużycia godzin dla Zleceń dedykowanych jest nieporozumieniem.

Podkreślono również, że Przystępujący jest aktualnym wykonawcą zamówienia i doskonale zna tak zakres zamówienia jak i jego rzeczywiste wykorzystanie (w zakresie pakietu godzin wsparcia). Rolą Wykonawców w powyższym zakresie było zatem także kalkulowanie ryzyka realizacji zamówienia co przekładało się na poziom opłacalności kontraktu. Oferta Przystępującego jest w swojej kalkulacji zgodna z powyższym wymaganiem Zamawiającego i gwarantuje uzyskanie wykazanego w kalkulacji szczegółowej zysku.

Wskazano, że argumentacja Odwołującego sprowadza się do tezy, że koszt ryczałtowy Asysty Technicznej producenta nie został uwzględniony w ofercie Przystępującego na odpowiednim poziomie. Przystępujący przytaczając treść pisma Odwołującego z dnia 1 czerwca 2016 r., potwierdził jednocześnie, wskazując przy tym na kalkulacje ceny zawarte w wyjaśnieniach (str. 10 wyjaśnień -tabela 1 wiersz pierwszy - Zakup usługi supportu od HP), że cena uwzględnia koszt zakupu supportu producenta HP w cenie nie niższej niż wykazana w oświadczeniu samego Odwołującego.

Zdaniem Przystępującego oświadczenie samego Odwołującego złożone w trakcie postępowania z deklaracją złożenia na prośbę Zamawiającego oferty HP na podaną w piśmie kwotę stanowią dowód potwierdzający wiarygodność i poprawność wyliczenia ceny ofertowej przez Przystępującego.

Podniesiono również, że poziom kosztów usługi Zleceń dodatkowych w powiązaniu ze spełnieniem wymagania Zamawiającego odnośnie wzajemnej relacji kosztów komponentów zamówienia potwierdza, że oferta Przystępującego jest realna, rzetelna i pozwala na wygenerowanie dodatniego wyniku finansowego na kontrakcie. W przypadku

50

zmiany kosztów realizacji usługi przez producenta, z czym Przystępujący posiadający status partnera HP nie spotkał się w dotychczasowej praktyce (zasady wyceny usług są stałe i znane partnerom co w sposób bezpieczny pozwala kalkulować ceny ofertowe w przetargach) gdyby jednak takie zmiany zostały dokonane, granica bezpieczeństwa jaką założył Przystępujący w ofercie (wyjaśnienia ceny s 10 Tabela 2) pozwala na bezpieczną realizację kontraktu kosztem ewentualnie obniżonego poziomu zysku, co nadal gwarantuje rentowność kontraktu.

Odnosnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Przystępujący przytoczył tożsamą argumentację, jak w piśmie procesowym złożonym w sprawie KIO 1233/16.

W odniesieniu do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji podniesiono, że spór pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym i Przystępującym sprowadza się do oceny treści warunku udziału w postępowaniu. Bez względu na argumentację jakiej używa Odwołujący, z którą nie zgadza się Przystępujący, kwestia sporu o brzmienie warunku udziału nie jest tożsama z podstawą wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji z wpływem na wynik postępowania.

Przystępujący wskazał ponadto, że Zamawiający wiedzę wystarczającą dla pozytywnej oceny spełnienia warunków w zakresie wymaganego doświadczenia uzyskał w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.05.2016r. które Przystępujący złożył Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 25.05.2016r. Tym samym dokonywanie czynności wezwania do złożenia dowodów które już są złożone u Zamawiającego w wymaganej formie oraz treści jest zbędne.

Argumentowano również, że zastosowanie czynności wezwania do wyjaśnień jest

zawsze uprawnieniem, z którego Zamawiający może ale nie musi skorzystać. Ponadto podstawą do wezwania mogłoby być uzasadniona wątpliwość Zamawiającego, tej jednak zważywszy na ocenę złożonych wraz z ofertą i komplementarnych do nich w uzupełnieniu z 25.05.2016 r. dokumentów, Zamawiający nie miał. Podkreślono, że to rolą i zadaniem Odwołującego jest powołanie dowodów na rzecz naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 1233/16

51

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba opierała się na przepisach ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020). Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający w rozdziale XI SIWZ (Sposób przygotowania oferty) wskazał w pkt 3 ppkt 8, że oferta musi zawierać: *oświadczenie Wykonawcy, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania*. Rozdział IX SIWZ (Wymagane oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ), nie wymienia oświadczenia; został natomiast w całości poświęcony oświadczeniom i dokumentom wymaganym dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W rozdziale XI pkt 2 SIWZ, Zamawiający wskazał, że do przygotowania oferty zaleca się: 1) wykorzystanie formularza ofertowego, którego wzór stanowi załącznik A do SIWZ i zamieszczenia formularza na początku oferty, lub 2) zawarcia wymaganych w ww. formularzy informacji na początku oferty.

52

W formularzu oferty (załącznik A do SIWZ) Zamawiający nie wprowadził pozycji dotyczącej oświadczenia związanego ze sposobem wykonywania Usługi Asysty technicznej.

Odwołujący, jak również wykonawca Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, załączyli do oferty, sporządzone odrębnie oświadczenia, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania.

Wykonawca ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie załączył ww. oświadczenia do złożonej oferty.

W dniu 3 czerwca 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – wykonawcy ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W toku posiedzenia Komisji Przetargowej w dniach 9-10.06.2016 r. stwierdzono, że w ofercie wybranego wykonawcy brak jest oświadczenia, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 8 SIWZ, a w związku z tym niezbędne jest unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert, wezwanie ww. wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3

Pzp do uzupełnienia ww. oświadczenia.

W dniu 10 czerwca 2016 r., Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 13 czerwca 2016 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3 ppkt 8 SIWZ.

Wezwany wykonawca złożył przedmiotowe oświadczenie w terminie określonym przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutów dotyczących przepisu art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp – a więc podnoszonej przez Odwołującego niezgodności z prawem czynności wezwania wykonawcy ITSM Group Sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcy, jako nie odpowiadającej treści SIWZ – kluczowe znaczenie miała ocena charakteru wymaganego oświadczenia dotyczącego świadczenia usługi Asysty Technicznej zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania.

Izba podzieliła w tym zakresie w całości argumentację Zamawiającego i Przystępującego ITSM, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

53

1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia sprawy nie było uzasadnione przyjęcie optyki Odwołującego, która była nakierowana m.in. na analizę struktury dokumentu SIWZ, z której to analizy Odwołujący wyciągał korzystne dla siebie wnioski. Niezależnie od powyższego Izba

w szczególności krytycznie oceniła twierdzenia Odwołującego, iż skoro Zamawiający nie wymienił ww. oświadczenia w rozdziale IX specyfikacji to tym samym zakwalifikował to oświadczenie, jako dokument nie spełniający przesłanek z art. 25 ust. 1 Pzp. Rozdział IX SIWZ poświęcony jest w całości warunkom podmiotowym udziału w postępowaniu i z tego też względu zawiera wyłącznie tzw. dokumenty podmiotowe. Zrozumiałym jest więc, że nie zawarto w jego treści dokumentu o charakterze przedmiotowym, jakim jest w ocenie Izby *oświadczenie Wykonawcy, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania.*

Wymóg złożenia przedmiotowego oświadczenia został zawarty w rozdziale XI SIWZ. Na rozprawie Odwołujący argumentował m.in., że umiejscowienie tego oświadczenia świadczy o jego kwalifikacji do kategorii oświadczeń woli zawartych w ofercie. W tym zakresie Izba również nie uznała stanowiska Odwołującego. W równym stopniu można bowiem stwierdzić, że po wymienieniu w pkt 3 ppkt 7 rozdziału XI SIWZ tzw. dokumentów podmiotowych, Zamawiający w pkt 3 ppkt 8 rozdziału XI SIWZ wskazał oświadczenie o charakterze przedmiotowym.

54

Analiza wewnętrznej struktury treści SIWZ nie tworzyła, w ocenie Izby, przesądzającego kontekstu, który przemawiałby jednoznacznie za wywodami Odwołującego. Kwestią istotną jest natomiast to, że wymagane oświadczenie Wykonawcy, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania posiada cechy i charakterystykę przynależną oświadczeniom, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis ten wymienia, obok dokumentów, także oświadczenia, które składane są w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W ocenie Izby brak jest podstaw, by odmówić przedmiotowemu oświadczeniu cech i charakteru oświadczenia, które wymagane było właśnie dla potwierdzenia, że oczekiwana przez Zamawiającego usługa będzie świadczona w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w treści SIWZ. Izba uznała tym samym za zasadne argumenty Zamawiającego podnoszone także w trakcie rozprawy, gdzie wskazywano m.in., że oświadczenie służyło Zamawiającemu za dowód, iż świadczenie wykonawcy będzie odpowiadało wymogom Zamawiającego (vide: protokół z rozprawy).

Zamawiający w rozdziale I pkt 2 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), szczegółowo określił zakres wymogów związanych z Usługą Asysty Technicznej. Zakres ten został powtórzony we wzorze umowy (załącznik do SIWZ - § 1 ust. 2.1.). Wzór umowy określa także szczegółowo sposób realizacji przedmiotu umowy w zakresie Usługi Asysty Technicznej (§ 3), odbiór przedmiotu umowy w zakresie usługi asysty technicznej (§ 5). W § 6 ust. 8 wzoru umowy zawarto ponadto oświadczenie o treści: „Wykonawca oświadcza, że przysługują mu w zakresie wykonywania niniejszej Umowy wszelkie niezbędne prawa, w tym prawo zapewnienia Zamawiającemu wsparcia producenta Oprogramowania HPSM zgodnie z § 1 Umowy w sposób określony w § 3 Umowy, autorskie prawa majątkowe lub licencje do oprogramowania dokumentacji i narzędzi, którymi będzie posługiwał się w trakcie realizacji przedmiotu Umowy”. Analizując całościowo treść specyfikacji Izba podzieliła argument, że wykonawca ma narzucony sposób wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba w pełni podzieliła również argumentację Przystępującego, iż to nie umiejscowienie wymaganego oświadczenia w określonej części SIWZ przesądza o charakterze dokumentu, ale jego treść i cel, jakiemu służy. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu, że treść SIWZ, w tym wzór umowy, precyzyjnie określa i narzuca sposób realizacji zamówienia, zarówno treść i cel oświadczenia Wykonawcy, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania, nie powinna być przypisywana do katalogu oświadczeń woli będących treścią samej oferty (gdzie wykonawcy nie pozostawiono uznania, co do sposobu świadczenia tej części zamówienia), ale powinna być kwalifikowana właśnie, jako dowód, potwierdzenie własnym

55

oświadczeniem wykonawcy, że przedmiot zamówienia będzie realizowany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Izba nie znalazła tym samym podstaw by odmówić racji Zamawiającemu. Nie zaistniały zdaniem Izby przekonujące i rzeczowe przesłanki, by wersję przedstawianą przez Odwołującego stawiać nad wersją Zamawiającego oraz, by to Przystępującego obarczać na tym etapie postępowania negatywnymi skutkami, jakie rodziłaby wersja przyjmowana przez Odwołującego.

Co istotne, to argumentacja Odwołującego sprowadzała spór w istocie to wykładni i rozumienia treści SIWZ. Odwołujący przedstawił własne rozumienie charakteru wymaganego oświadczenia, co jednak nie mogło stanowić o wadliwości czynności Zamawiającego, zwłaszcza, gdy przedmiotowemu oświadczeniu można przypisać cechy, charakter, jak i cel przynależny oświadczeniom, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, jak również, gdy weźmie się pod uwagę, że w świetle § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013 poz. 231), katalog dokumentów możliwych do żądania w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego – jest katalogiem otwartym. Działania Zamawiającego, w tym sama możliwość żądania złożenia przedmiotowego oświadczenia, znajdują tym samym uzasadnienie w przepisach prawa, zaś o ich bezprawności, w okolicznościach tej sprawy, miało by w istocie przesądzać jedyne własne rozumienie i wykładnia, jaką Odwołujący, przedstawił (na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej) w zakresie charakteru

oświadczenia Wykonawcy, że Usługa Asysty technicznej świadczona będzie zgodnie z wymaganiami producenta oprogramowania. Odwołujący mógł na odpowiednim etapie postępowania, chociażby poprzez możliwość zadawania pytań Zamawiającemu potwierdzić swoje rozumienie charakteru przedmiotowego oświadczenia. Nie uczynił tego, i w ocenie Izby, wywodzenie obecnie, że oświadczenie to – mimo posiadania niewątpliwie cech przynależnych oświadczeniom, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp – ma odmienny charakter i czynienie tego kluczowym argumentem, by doprowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego, Izba uznała za pozbawione podstaw i nieuzasadnione.

Podsumowując, w ocenie Izby, przedmiotowe oświadczenie odpowiada oświadczeniom, o których stanowi art. 25 ust. 1 Pzp, taki też charakter i znaczenie zostało przypisane mu przez Zamawiającego (co zostało również potwierdzone działaniami podjętymi w toku postępowania). W konsekwencji, do tego oświadczenia znajdował zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp i Zamawiający dokonując wezwania do jego złożenia nie

56

dopuszczył się żadnych naruszeń. Brak przedmiotowego oświadczenia przy ofercie i następcze jego uzupełnienie nie może również świadczyć o niezgodności oferty z treścią specyfikacji.

Izba nie uznała również zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień dotyczących oświadczenia wykonawcy ITSM w zakresie wymagań określonych w rozdziale VIII pkt 3 SIWZ i przyjęcia za prawidłową formę oświadczenia własnego wykonawcy.

Pismem z dnia 31 marca 2016 r. wykonawca ITSM zwrócił się do Ministerstwa Sprawiedliwości o udzielenie referencji z tytułu realizacji umowy dotyczącej dostawy sprzętu komputerowego, narzędzia ITSM i oprogramowania pozostałego oraz wdrożenie Systemu HP Service Manager v. 9.3 (umowa nr 17 z dnia 24.04.2013 r.).

Wykonawca ITSM dysponował wcześniej informacją ze strony Ministerstwa, zawartą w piśmie z dnia 12 listopada 2015 r., iż wszelkie zagadnienia dotyczące realizacji ww. umowy należy uzgadniać z przedstawicielem Zamawiającego. W przedmiotowym piśmie została jednocześnie wskazana osoba wyznaczona do realizacji zadań ze strony Ministerstwa Sprawiedliwości, związanych z ww. umową.

W dniu 14 kwietnia 2016 r. pracownik wykonawcy ITSM otrzymał telefonicznie informację, że osoba wyznaczona do realizacji zadań związanych z ww. umową przebywa w szpitalu. Jednocześnie wykonawca otrzymał informację, by kontaktować się z inną osobą. Próby kontaktu z tą osobą, podjęte ze strony wykonawcy, nie powiodły się, gdyż pracownik wykonawcy ITSM otrzymywał kilkakrotnie informację, że osoba ta ma spotkanie. Pozostawienie numeru telefonu i prośby o kontakt również nie spowodowało kontaktu ze strony przedstawiciela Ministerstwa Sprawiedliwości.

W zakresie powyższych ustaleń Izba w całości uznała za wiarygodne i istotne dowody przedłożone przez wykonawcę ITSM w toku postępowania odwoławczego.

Do terminu składania ofert, tj. do dnia 26 kwietnia 2016 r. wykonawca nie otrzymał referencji, o które wystąpił do Ministerstwa Sprawiedliwości.

Wraz z ofertą wykonawca ITSM złożył oświadczenie, w którym wskazał na fakt wykonywania zamówienia na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości oraz, że spełnia ono wymagane warunki zgodnie z pkt 3 ppkt 1 oraz spełnia warunki zgodnie z pkt 3 ppkt 2. Jednocześnie, wykonawca wskazał m.in., że oświadczenie składane jest ponieważ ze względów obiektywnych nie jest możliwe otrzymanie poświadczenia od Ministerstwa Sprawiedliwości oraz, że otrzymał od Ministerstwa Sprawiedliwości informację, że osoba odpowiedzialna za realizację umowy znajduje się w szpitalu. Dodatkowo, wykonawca wskazał, że jako dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie zamówienia załącza do oferty również: protokół potwierdzający wdrożenie systemu ITSM z dnia 24.09.2013 r.,

57

protokół i raport potwierdzające odebranie usługi asysty technicznej z dnia 27.08.2015 r., referencję z dnia 19.09.2014 r.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 3 SIWZ: „Warunek, o którym mowa w rozdziale VII pkt 1 lit. b) SIWZ zgodnie z przepisem § 1 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 poz. 231) zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wskaże w wykazie oraz złoży

poświadczenia, o których mowa w Rozdziale IX ust. 11 pkt 1) na wykonanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

- 1) dwa zamówienia, z których każde obejmowało rozwój lub wdrożenie lub migrację do wyższych wersji systemu realizującego funkcję service desk oraz co najmniej 4 z następujących procesów:
 - a. zarządzanie incydentami,
 - b. zarządzanie problemami,
 - c. zarządzanie poziomem usług,
 - d. zarządzanie katalogiem usług,
 - e. zarządzanie wnioskami,
 - f. zarządzanie zmianami,
 - g. zarządzanie konfiguracjąo wartości co najmniej 400 000 zł brutto każde zamówienie. Zamówienia te musiały być realizowane dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 16 lokalizacjach, liczącej co najmniej 1000 użytkowników końcowych.
- 2) dwa zamówienia, z których każde obejmowało utrzymanie lub asystę techniczną dla systemu realizującego funkcję service desk oraz co najmniej 4 z następujących procesów:
 - a. zarządzanie incydentami,
 - b. zarządzanie problemami,
 - c. zarządzanie poziomem usług,
 - d. zarządzanie katalogiem usług,
 - e. zarządzanie wnioskami,
 - f. zarządzanie zmianami,
 - g. zarządzanie konfiguracją
 - h. funkcja service desk

58

o wartości co najmniej 400 000 zł brutto każde zamówienie. Zamówienia te musiały być realizowane dla organizacji rozproszonej geograficznie w co najmniej 16 lokalizacjach, liczącej co najmniej 1000 użytkowników końcowych”.

W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Izby, zaistniały podstawy do skorzystania z przewidzianej w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013 poz. 231), możliwości zastąpienia poświadczenia oświadczeniem własnym wykonawcy. Zgodnie z § 1 ust. 2 ww. rozporządzenia, dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3 są:

1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; 2) w przypadku zamówień na roboty budowlane - inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1.

Stosownie do § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia „w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1”.

Wykazane przez Odwołującego przyczyny miały w ocenie Izby obiektywny charakter, niezależny od wykonawcy ITSM. Fakt zaistnienia tych okoliczności nie został w istocie podważony przez Odwołującego, który skupił swoją argumentację na wykazywaniu zwłoki w działaniach wykonawcy ITSM oraz braku wystarczającej, zdaniem Odwołującego, zapobiegliwości czy staranności w dochodzeniu otrzymania poświadczenia. Nie podważało to jednak faktu, że wykonawca wystąpił do Ministerstwa Sprawiedliwości o poświadczenie, uczynił to w terminie, który należy uznać za rozsądny i wystarczający do pozyskania poświadczenia w zwykłym toku zdarzeń, zaś z uwagi na okoliczności leżące po stronie Ministerstwa, które prośby wykonawcy nie wykonało, nawet do chwili obecnej, poprzestając na informacji o chorobie pracownika, wykonawca nie ze swojej winy został postawiony przed faktem braku poświadczenia. Z przebiegu zdarzeń wynika, że wykonawca ITSM, nie

poprzestał na pozyskaniu informacji o tym, iż osoba wcześniej wskazana, jako przedstawiciel Ministerstwa, przebywa w szpitalu, ale wielokrotnie zabiegał o kontakt z przedstawicielem Ministerstwa, wskazanym w zastępstwie tej osoby. Starania wykonawcy okazały się jednak bezskuteczne czy to z uwagi na nieobecność tej osoby zastępującej, czy brak kontaktu z jej strony. Argumentacja Odwołującego, w tym akcentowanie możliwości bądź potrzeby

59

wcześniejszego wystąpienia o referencję, nie dawała podstaw do przypisania wykonawcy ITSM dopuszczenia się zaniedbań w staraniach o otrzymanie poświadczenia, bądź nie dochowania staranności zwyczajowo wymaganej, uwzględniającej profesjonalny charakter prowadzonej działalności. Staranność wymagana przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności nie powinna skłaniać do przypisywania przedsiębiorcy obowiązku przewidywania i wcześniejszego zapobiegania, czy to zdarzeniom losowym, czy okolicznościom, na które nie posiada *de facto* wpływu (choćby, jak w tej sprawie – na brak możliwości kontaktu, bądź brak kontaktu zwrotnego ze strony Ministerstwa).

Należy przy tym stwierdzić, że Odwołujący pominął w swoim stanowisku kwestię złożonych wraz z ofertą protokołów odbioru i w żaden sposób nie obalił stanowiska Przystępującego ITSM, iż już te dokumenty mogły stanowić źródło wiedzy o należywym wykonaniu usług. Ponadto, Odwołujący nie obalił argumentu Zamawiającego, iż z uwagi na podanie w wykazie 3 usług, przy warunku mówiącym o co najmniej 2 usługach, kwestionowanie jednej tylko usługi pozostawało bez wpływu na wynik sprawy i nie mogło skutkować uznaniem, że Przystępujący ITSM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Krytycznie Izba oceniła również wywody Odwołującego dotyczące realizacji zamówienia w mniej niż 16 lokalizacjach oraz wartości zrealizowanych usług. Odwołujący wprost nie sformułował zarzutów w tym zakresie, ograniczając się do wątpliwości i domniemań podanych jedynie w uzasadnieniu, co mogło przemawiać za uznaniem zarzutu za blankietowy. Niezależnie od tego, Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego również w tym zakresie została oparta na własnej interpretacji specyfikacji, którą forsował Odwołujący, a która nie znajduje w ocenie Izby oparcia w treści specyfikacji. W ocenie Izby treść warunku nie wymagała, by usługa była realizowana fizycznie w co najmniej 16 lokalizacjach, jak również z treści warunku wprost wynika, że wartość 400 000 zł brutto odniesiona została do zamówienia, jako całości. Trafnie argumentował przy tym Zamawiający, że jeżeli treść specyfikacji mogła zostać odczytana w różny sposób przez poszczególnych wykonawców, to okoliczność ta nie może obecnie skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Powyższe motywy Izba odnosi również do zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 1239/16, które referowały do zagadnień związanych z oświadczeniem dotyczącym Usługi Asysty technicznej, jak również treści warunków udziału w postępowaniu.

60

Sygn. akt KIO 1239/16

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba opierała się na przepisach ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020). Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego

wszczętych

i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Wykonawca ITSM zastrzegł w złożonej ofercie, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa pkt 2 wykazu usług (w odniesieniu do warunku z rozdziału VIII pkt 3 ppkt 1 i 2 SIWZ). W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca powołał twierdzenia, iż usługi te nie zostały wykonane w oparciu o ustawę Pzp, są to informacje poufne, nie ujawnione do wiadomości publicznej, stanowiące istotną wartość gospodarczą. Wykonawca wskazał, że informacje takie mogłyby być wykorzystane przez inne firmy do walki konkurencyjnej.

Pismem z dnia 20 maja 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ITSM o wyjaśnienie zastrzeżenia powyższych informacji, stwierdzając jednocześnie, że przedstawione we wniosku uzasadnienie nie jest wystarczające.

61

Wykonawca złożył wyjaśnienia pismem z dnia 25 maja 2016 r.

Pismem z dnia 13 czerwca 2016 r., Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę ITSM do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca ITSM w dniu 23 czerwca 2016 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami zastrzegając jednocześnie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. W treści pisma zawarto uzasadnienie objęcia przedmiotowych informacji oraz dowodów tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na posiedzeniu w dniu 25 lipca 2016 r., wykonawca ITSM oświadczył, że: *„jako jawne mogą zostać potraktowane dokumenty złożone przy ofercie (str. 7 oferty wykaz usług), referencje (str. 33, 34, 35, 36) oraz oświadcza, że rozprawa w tym zakresie może toczyć się w trybie jawnym. Wyjaśnienia ITSM na wezwanie zamawiającego z 25.05.2016 r. również mogą być potraktowane jako jawny dokument. Podtrzymuje, że z tajemnicy przedsiębiorstwa korzystają wyjaśnienia dot. wezwania w przedmiocie rażąco niskiej ceny z 23.06.2016 r.”* (vide: protokół z posiedzenia i rozprawy).

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu ww. informacji, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że uzasadnienie odwołania zawiera obszernie, rzeczowe i trafne wywody prawne, poparte orzecznictwem, dotyczące istoty tajemnicy przedsiębiorstwa, przesłanek skorzystania z tej tajemnicy, jak i warunków koniecznych do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w toku postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp 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. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Przepis wskazuje wprost, iż zastrzeżenia, ale również wykazanie, że informacje powinny korzystać z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa, winno nastąpić „nie później niż” w terminie – w tej sprawie – przewidzianym na składanie ofert.

W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie krytycznie należy ocenić działanie polegające na wzywaniu oferenta do uzupełnienia uzasadnienia zastrzeżenia informacji, gdy złożone przy ofercie uzasadnienie nie stanowi należytego „wykazania” podstaw i przesłanek zastosowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie procedowanie może bowiem wypaczać cel

62

zmian wprowadzonych w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp. To w interesie wykonawcy powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa jest należyte wykazanie, że zastrzegane

informacje faktycznie stanowią tą tajemnicę i to przy uwzględnieniu każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego powyższe powinno nastąpić nie później niż do momentu wskazanego wyraźnie w treści art. 8 ust. 3 Pzp. Jeżeli wykonawca nie dochowuje tego obowiązku, składa przykładowo uzasadnienie ogólnikowe, lakoniczne, to nie wypełniając dyspozycji art. 8 ust.3 Pzp, nie powinien korzystać w dalszym toku postępowania z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa.

W niniejszej sprawie wykonawca ITSM złożył przy ofercie, w ocenie Izby, lakoniczne i ogólnikowe uzasadnienie zastosowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezależnie od merytorycznej oceny charakteru tych informacji powyższe, z uwagi na nie spełnienie przesłanki „wykazania...nie później niż...”, o której stanowi art. 8 ust. 3 Pzp, dawało podstawy do odmówienia wykonawcy możliwości korzystania z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wezwał jednak wykonawcę do uzupełnienia, dając mu niejako „drugą szansę” na wykazanie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ww. ustawy.

Pomimo powyższej oceny Izba uznała, że nieodtajnienie przez Zamawiającego w toku postępowania informacji zawartych w dokumentach, co do których na posiedzeniu wykonawca złożył przytoczone powyżej oświadczenie, w tym procedowanie związane z umożliwieniem wykazania przesłanek zastosowania tajemnicy przedsiębiorstwa po terminie składania ofert, nie mogło zmieniać kierunku rozstrzygnięcia i stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że przesłanka w postaci wpływu lub możliwości wpływu na wynik postępowania nie zaktualizowała się.

Dokumenty objęte oświadczeniem Przystępującego złożonym na posiedzeniu, które zostały wskazane przez Odwołującego w pkt 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3 odwołania dotyczyły wykazania warunków udziału w postępowaniu. Co istotne, w okolicznościach niniejszej sprawy, pomimo utrzymania w toku postępowania o udzielenie zamówienia zastrzeżenia tajemnicy wobec ww. dokumentów, Odwołujący posiadał *de facto* szczegółową wiedzę o informacjach w nich zawartych. Odwołujący w samej treści odwołania wskazał m.in., że „wg wiedzy *Ingrifo utajnione pozycje wykazu usług (obie najpewniej dotyczące tej samej usługi i*

63

tego samego odbiorcy usług) dotyczą usług wykonanych na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych S.A.)”.

Powyższe wynika także ze złożonego przy odwołaniu pisma z dnia 10 czerwca 2016 r., stanowiącego zapytanie skierowane do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., gdzie wykonawca wprost wskazał, że „*Spółka ITSM Group Sp. z o.o. w postępowaniu w Ministerstwie Finansów na Zakup Usługi wsparcia dla Systemu Service Desk w oprogramowaniu HPSM wykazała usługi wykonane dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.*”. Wskutek uzyskanej odpowiedzi (pismo z 14 czerwca 2016 r.), Odwołujący otrzymał szereg szczegółowych informacji dotyczących realizowanej usługi, mianowicie – co do samego faktu jej realizacji, nie przekroczenia przez usługę gwarancji oraz asysty technicznej kwoty 400 000 zł brutto, otrzymania referencji oraz zrealizowania projektu w ponad 16 lokalizacjach rozproszonych geograficznie i liczbie użytkowników końcowych.

Utrzymanie utajnienia dokumentów dotyczących usługi wykonanej na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pozostawało więc bez wpływu na wynik postępowania. Odwołujący *de facto* posiadał – jeszcze przed rozstrzygnięciem postępowania, czy terminem wniesienia odwołania – wiedzę zarówno o tym, jaka to była usługa, na czym rzecz wykonana, jak również posiadał wiedzę o elementach charakteryzujących tą usługę, istotnych w kontekście postawionych w niniejszym postępowaniu warunków udziału. Utrzymanie utajnienia dokumentów nie ograniczało więc Odwołującego, ani w korzystaniu z możliwości wnoszenia zarzutów, ani nie ograniczało jego wiedzy, co do podstaw i okoliczności, na których zarzuty odwołania mogły zostać oparte.

Co również istotne, to utajnione dokumenty dotyczyły warunków udziału w postępowaniu, które wykonawca ITSM, w ocenie Izby, spełnił. Tym bardziej nie mogła zaktualizować się przesłanka warunkująca uwzględnienia odwołania, o której stanowi art.

192 ust. 2 Pzp. Izba miała w tym względzie na uwadze to, że zarzuty odwołania zostały oparte na wykładni i rozumieniu treści specyfikacji, która nie zasługiwała na uznanie. Izba nie uwzględniła zarzutów Odwołujący referujących do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarówno zarzutów podstawowych, jak i ewentualnych. Uzasadnienie powyższej oceny zostanie przedstawiona w dalszej części uzasadnienia.

W zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała jednocześnie, że w zakresie informacji złożonych w toku postępowania w ramach wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oraz dowodów załączonych do przedmiotowych wyjaśnień, wykonawca ITSM złożył w terminie rzeczowe uzasadnienie objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i wykazał w sposób należyty, że

64

przedmiotowe informacje spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca przedstawił w szczególności przekonujące argumenty świadczące o wymiernej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, jak również wykazał brak ich ujawnienia do wiadomości publicznej oraz podjęcie działań niezbędnych w celu zachowania poufności tych informacji. W ocenie Izby dowodom załączonym do wyjaśnień nie sposób odmówić waloru i cech przynależnym tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba wzięła przy tym pod uwagę, że złożone dowody w postaci umów zawierają klauzule zobowiązujące do zachowania w tajemnicy wszystkich informacji poufnych, złożona faktura VAT zawiera informacje przedstawiające warunki wzajemnej współpracy podmiotów prywatnych, w szczególności, co do poziomu wynagrodzenia obowiązującego strony, zaś kalkulacja ceny ofertowej prezentuje poziom wynagrodzenia osób współpracujących z wykonawcą, koszt zakupu usługi suportu, koszt usług własnych – a więc informacje odnoszące się do potencjału gospodarczego wykonawcy, co niewątpliwie wpisuje się w informacje mające wartość gospodarczą. Zamawiający tym samym, uznając powyższe informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie dopuścił się, w ocenie Izby, żadnych naruszeń.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących nie wykazania przez ITSM spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, Izba w całości podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego, przyjmując ją w konsekwencji za własną, nie znajdując podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania – zarówno podstawowych, jak i zarzutów ewentualnych.

Należy wskazać, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący przyznał – odnośnie warunku z rozdziału VIII pkt 3 ppkt 1 SIWZ – że Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej dwoma usługami, podczas gdy ITSM wskazał trzy, a Odwołujący kwestionuje jedną z nich. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że „i tak zarzut ten wymaga rozpoznania. Nie ma bowiem żadnej pewności jaka usługa została wskazana przez ITSM pod poz. 2 (*Ingrifo jedynie domyśla się, że mogła to być usługa dla PKP PLK*). Tak więc po ewentualnym odtajnieniu poz. 2 może się okazać, że wskutek jej weryfikacji także ona nie będzie spełniać ww. warunku. Wówczas przy skutecznym zakwestionowaniu dwóch pozycji warunek z rozdziału VIII pkt 3 ppkt 1 siwz nie byłby spełniony”.

Przed wszystkim krytycznie należało ocenić twierdzenia, co do braku pewności, jaka usługa została wskazana przez ITSM pod poz. 2. Fakt posiadania wiedzy na ten temat wynika zarówno z treści uzasadnienia odwołania, a bezsprzecznie z pisma z dnia 14 czerwca 2016 r. otrzymanego przez Odwołującego od PKP PLK.

65

Następnie, jedynym w istocie zastrzeżeniem wobec usługi wykonanej na rzecz PKP PLK było twierdzenie, że pozycja ta nie spełnia wymogu wartościowego. Odwołujący oparł się w tej materii na informacji od PKP PLK. Izba wskazuje, że zapytanie Odwołującego dotyczyło tylko usługi utrzymania lub asysty technicznej i w tym też zakresie została udzielona odpowiedź, gdzie podano, że kwota usługi gwarancji oraz asysty technicznej nie przekracza 400 000 zł brutto. Zapytanie nie odnosiło się do wartości całego zamówienia. W tym zakresie Izba odsyła do rozważań, motywów i oceny przedstawionej w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1233/16. Jedynie ogólnie należy powtórzyć, że zarzuty w tej mierze zostały oparte w głównej mierze na przyjętej przez Odwołującego wykładni treści specyfikacji, której Izba

nie podziela. Ponadto, etap po wyborze oferty najkorzystniejszej nie jest etapem właściwym dla prowadzenia sporu, którego źródłem czyni się własne rozumienie specyfikacji przyjęte przez Odwołującego, zwłaszcza w sytuacji, gdy wykładnia i rozumienie przedstawiane przez stronę przeciwną, Zamawiającego, znajduje oparcie i uzasadnienie w treści zapisów zawartych

w SIWZ. Dodatkowo, należy powtórzyć argument Zamawiającego o braku możliwości wyciągnięcia negatywnych konsekwencji wobec wykonawców, w sytuacji gdy treść specyfikacji mogła prowadzić do odmiennych wniosków. Zamawiający, co akcentował na rozprawie, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców, stosował ostatecznie specyfikację

w taki sposób, który uwzględniał możliwość zaistnienia po stronie wykonawców różnego rozumienia zawartych w niej zapisów.

W zakresie warunku z rozdziału VIII pkt 3 ppkt 1 SIWZ, Odwołujący nie wykazał wadliwości usługi zawartej pod poz. 2 (pomimo posiadania wiedzy na temat tej usługi), a dodatkowo oparł swoje zarzuty na własnej wykładni treści warunku. W konsekwencji, przy warunku mówiącym o co najmniej dwóch usługach i przy podaniu przez ITSM w wykazie trzech usług, kwestionowanie tylko usługi dotyczącej Ministerstwa Sprawiedliwości nie mogło mieć znaczenia dla kierunku wydanego rozstrzygnięcia.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się merytorycznie do podstaw wskazanych w uzasadnieniu odwołania, Izba krytycznie oceniła twierdzenia Odwołującego, iż pozycja ta nie spełnia warunku w części dotyczącej rozproszenia lokalizacyjnego. W tym zakresie Odwołujący, podobnie jak w odniesieniu do kwestii wartości zamówienia, oparł zarzuty na przyjętej przez siebie wykładni treści specyfikacji. W związku z powyższym Izba odsyła do rozważań przedstawionych powyżej. Przyjęte brzmienie treści warunku pozwala na uznanie, że warunek stanowił o cechach organizacji (rozproszenie geograficzne) a nie konieczności

66

legitymowania się usługą realizowaną fizycznie w 16 lokalizacjach. Brak było podstaw, by wykładnię przyjmowaną przez Odwołującego stawiać nad stanowiskiem Zamawiającego i przyznawać jej niejako prymat – niezależnie od uwag poczynionych w zakresie braku możliwości wyciągnięcia negatywnych konsekwencji wobec wykonawców w sytuacji zapisów mogących prowadzić do odmiennych wniosków. W ocenie Izby Odwołujący dokonał ponadto nadinterpretacji wymogu związanego z rozproszeniem geograficznym. Wymóg ten należało odczytywać szeroko i w sposób funkcjonalny. Brak było podstaw do uznania wykładni zawężającej i wywodzenia – z okoliczności, iż skoro Ministerstwo Sprawiedliwości nie posiada kilkunastu oddziałów czy innych jednostek terenowych – wniosku, iż nie jest to jednostka organizacyjna posiadająca rozproszenie, do którego referowała treść warunku. Zamawiający w sposób rzeczowy wskazał, że formułując powyższe wymaganie odnosił się do własnej struktury organizacyjnej, gdzie sama jednostka nie jest rozproszona terytorialnie tak np. ZUS, którym ma centralę w Warszawie i oddziały w całym kraju. Jednakże Ministrowi Finansów podlegają określone jednostki lub są przez niego nadzorowane, a są to m.in. urzędy i izby skarbowe, urzędy kontroli skarbowe czy izby i urzędy celne. W tej perspektywie należało również oceniać spełnienie wymogu rozproszenia geograficznego przez podane w wykazie Ministerstwo Sprawiedliwości. Odwołujący nie zanegował przy tym podnoszonej okoliczności, iż Ministerstwo Sprawiedliwości prowadząc, jako zamawiający, własne postępowanie

w sprawie zamówienia publicznego, w którym Odwołujący bierze udział, przypisało sobie ww. cechę, tj. cechę jednostki rozproszonej. Zamawiający rzeczowo argumentował także na rozprawie, że „system jest technicznie montowany w jednej lokalizacji, a więc rzeczywiste wykonawstwo jest wykonywane w jednej lokalizacji” (vide: protokół z rozprawy), co czyni takie rozumienie istoty warunku tym bardziej zasadnym. W konsekwencji, Odwołujący nie wykazał, by Ministerstwo Sprawiedliwości nie mogło być kwalifikowane do organizacji, o której mowa w treści warunku. Izba nie uznała tym samym dowodu złożonego przez Odwołującego na okoliczność, że Ministerstwo Sprawiedliwości nie jest organizacją rozproszoną posiadającą 16 lokalizacji. Pytanie i udzielona Odwołującemu odpowiedź przez Ministerstwo Sprawiedliwości korelowało z przyjętym przez Odwołującego rozumieniem warunku udziału w postępowaniu, które to rozumienie, zdaniem Izby, przedstawiało wykładnię nieprzystającą do treści oraz istoty samego wymogu.

W kwestii twierdzenia Odwołującego, że z żadnego dokumentu złożonego przez ITSM nie wynika, aby poz. 1 spełniała wymóg dotyczący obsługi, co najmniej 4 z procesów

wskazać na rozkład ciężaru dowodowego w postępowaniu odwoławczym. To na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania i udowodnienia, że kwestionowana pozycja nie obejmowała wymaganych procesów, czemu Odwołujący nie sprostował, zgadzając się jednocześnie, że treść referencji nie musi szczegółowo opisywać wszystkich elementów wykonanego świadczenia.

W odniesieniu do warunku z rozdziału VIII pkt 3 ppkt 2 SIWZ należy wskazać, że wykonawca ITSM podał cztery różne usługi. Odwołujący zakwestionował usługę świadczoną na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości (poz. 1), PKP PLK (poz. 2) oraz Tauron Obsługa Klienta Sp. z o.o. (poz. 4).

Przy warunku stanowiącym o co najmniej 2 usługach dla wykazania braku spełnienia przesłanek warunkujących uwzględnienie odwołania z art. 192 ust. 2 Pzp, wystarczy odnieść się do poz. 2, gdzie Odwołujący oparł swój zarzut na twierdzeniu o nie spełnieniu wymogu wartościowego – co Izba, jak już wcześniej wskazano, oceniła krytycznie.

Odnosząc się merytorycznie do pozostałych usług, Izba wskazuje jednocześnie, że pozycja 1 kwestionowana była m.in. z uwagi na złożenie „autoreferencji”, zamiast poświadczenia od Ministerstwa Sprawiedliwości. W tym zakresie Izba odsyła do motywów przedstawionych przy odwołaniu o sygn. akt KIO 1233/16. Odwołujący nie obalił jednocześnie argumentów Przystępującego, że przedmiotowa usługa została już *de facto* wykonana (vide: protokół z rozprawy: „Protokoły złożone przy ofercie są wystarczające. Z tej usługi została tylko gwarancja do wykonania”). Podstawą kwestionowania poz. 1 wykazu Odwołujący uczynił również twierdzenie o nie spełnieniu wymogu wartościowego oraz warunku rozproszenia lokalizacyjnego, jak również twierdzenie o nie wykazaniu obsługi co najmniej 4 procesów – co Izba, jak już wcześniej wskazano, oceniła krytycznie. W odniesieniu do poz. 4 wykazu, w części dotyczącej twierdzeń związanych z wymogiem rozproszenia geograficznego, wartości zamówienia i obsługi co najmniej 4 procesów, należy powtórzyć powyższą argumentację. Ponadto, okoliczności te, w tym kwestie dotyczące podnoszonego argumentu, iż czym innym jest wsparcie dla samych licencji, a czym innym wsparcie dla systemu, pozostawały bez znaczenia przy uwzględnieniu faktu, że w złożonym przez wykonawcę ITSM wykazie usług zostały podane co najmniej dwie usługi spełniające warunki postawione w specyfikacji. Należy jedynie tytułem uwagi zauważyć, że w treści referencji od Tauron wskazano na dostarczanie usługi wsparcia dla licencji, ale również wskazano, że wykonawca ITSM realizował zadania związane z wsparciem systemu.

W konsekwencji do powyższej oceny, jako bezzasadne Izba oceniła zarzuty ewentualne dotyczące zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazu usług wraz

z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, jak również zaniechania podjęcia czynności wyjaśniających w odniesieniu do dokumentów złożonych przez ITSM na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy ITSM ze względu na podanie nieprawdziwych informacji. Zarzut został w głównej mierze wywiedziony z tezy o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, której podstawą Odwołujący uczynił przyjętą przez siebie interpretację treści SIWZ. Ponadto, Odwołujący sformułował podstawy zarzutu w sposób bardzo ogólnikowy, nie przedstawiając żadnych rzeczowych argumentów na rzecz poparcia swojego stanowiska. Ponadto, również w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił dowodów, które uzasadniałyby przypisywanie wykonawcy działania w postaci podawania nieprawdziwych informacji.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy ITSM z treścią specyfikacji, wywodzonego z braku złożenia wraz z ofertą oświadczenia dotyczącego Usługi Asysty technicznej oraz z faktu wezwania Przystępującego do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Izba w całości odsyła do argumentacji przedstawionej w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1233/16.

Krytycznie Izba oceniła zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty ITSM ze względu na rażąco niską cenę.

Przedmiotem zamówienia obejmuje Usługę wsparcia dla Systemu SD Zamawiającego polegającą na:

- 1) Zapewnieniu wsparcia producenta Oprogramowania HPSM, zwanego dalej „Usługą Asysty technicznej” poprzez:
 - a) Udostępnienie Zamawiającemu nowych wersji, aktualizacji i poprawek Oprogramowania HPSM,
 - b) Uprawnienie Zamawiającego do instalowania ww. wersji, aktualizacji i poprawek Oprogramowania HPSM,
 - c) Uprawnienie Zamawiającego do korzystania z ww. wersji, aktualizacji i poprawek Oprogramowania HPSM,
 - d) Przekazywanie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających udzielenie licencji na nowych wersjach, aktualizacjach i poprawkach Oprogramowania HPSM na warunkach określonych we wzorze Umowy stanowiącym załącznik D do SIWZ,
 - e) Zgłaszanie przez Zamawiającego Błędów i Zapytań do użytkowanego przez Zamawiającego Oprogramowania HPSM i uzyskiwania rozwiązań,
 - f) Korzystanie przez Zamawiającego z wszelkiej publikowanej dokumentacji firmowej producenta Oprogramowania HPSM,
 - g) Usuwanie przez Wykonawcę Błędów Oprogramowania HPSM Zamawiającego oraz implementacji aktualizacji i poprawek Oprogramowania HPSM oraz nowych wersji tego oprogramowania,
 - h) Wykonywanie czynności określonych w li. a–g w zakresie Oprogramowania HPSM będącego kontynuacją linii produktowej HP Service Manager producenta HP, w przypadku przez wersji Oprogramowania zmiany Zamawiającego Oprogramowania HPSM na nową linię produktową ww. oprogramowania.
 - 2) Dokonywania dedykowanych zmian w Systemie SD Zamawiającego, realizowanych każdorazowo na zlecenie Zamawiającego, zwanych dalej „Usługą Zleceń dedykowanych”, obejmującą maksymalnie 8000 roboczogodzin. Usługa Zleceń dedykowanych obejmuje usługi w zakresie:
 - a) Migracji Systemu SD Zamawiającego do wyższych wersji Oprogramowania HPSM, w tym przeprowadzenia migracji wszystkich zgromadzonych w Systemie SD Zamawiającego na dzień migracji danych (dane systemowe, słownikowe, użytkowe, dane baz w tym organizacyjne, zgłoszeń/incydentów/wniosków/problemów, parametrów) oraz dostosowanie realizowanych raportów z Systemu SD w systemie raportowym Zamawiającego funkcjonującym w narzędziu MS SQL Server Reporting Services,
 - b) Dostosowania funkcjonalności Systemu SD do bieżących potrzeb Zamawiającego (w tym w razie potrzeby, wytworzenie odpowiedniego oprogramowania),
 - c) Modyfikacji konfiguracji, analizy wydajności oraz optymalizacji funkcjonowania Systemu SD w Oprogramowaniu HPSM,
 - d) Prowadzenia testów wydajnościowych i audytów bezpieczeństwa Systemu SD Zamawiającego,
 - e) Utrzymania, modyfikacji, projektowania i implementacji mechanizmów integracyjnych,
 - f) Modyfikacji i tworzenia nowych raportów z funkcjonowania Systemu SD w systemie raportowym Zamawiającego opartym o narzędzie MS SQL Reports (obecnie w wersji 2012),
 - g) Aktualizacji dokumentacji Systemu SD,
 - h) Prowadzenia warsztatów dla pracowników Zamawiającego
- (Rozdział I SIWZ).

69

70

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 6 819 871,95 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na zamówienie zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 5 592 295,00 zł brutto (protokół z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

Wykonawcy ITSM z ceną łączną 3.949.396,67 zł, w tym cena za Usługę Asysty technicznej: 2.333.396,67 zł, cena za Usługę Zleceń dedykowanych: 1.616.000,00 zł.

Wykonawcy Betacom S.A. z ceną łączną 4.837.590,00 zł, w tym cena za Usługę Asysty technicznej: 2.889.270,00 zł, cena za Usługę Zleceń dedykowanych: 1.948.320,00 zł.

Wykonawcy Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. z ceną łączną 5.043.000,00 zł, w tym cena za Usługę Asysty technicznej: 3.013.500,00 zł, cena za Usługę Zleceń dedykowanych: 2.029.500,00 zł.

W Rozdziale VI SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny, rozliczenia i płatności – Zamawiający określił, że:

1. Cena łączna oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty wykonania przedmiotu umowy (o których mowa w ust. 2 i 3), dostawy, dokonania odbiorów, gwarancji, wynagrodzenie za przeniesienia autorskich praw majątkowych i praw zależnych, udzielenie licencji, opłaty i podatku, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy,
2. Cena za Usługę Asysty technicznej musi obejmować wszelkie obciążenia związane z realizacją Przedmiotu Umowy w zakresie utrzymania oraz wynikające z przepisów prawa, w tym wynagrodzenie wynikające z przeniesienia praw autorskich majątkowych do Produktów powstałych w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy w zakresie utrzymania na określonych w Umowie polach eksploatacji, jak również wszystkie koszty, opłaty, ubezpieczenia, cło, wydatki Wykonawcy związane z wykonaniem Umowy, a także podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT),
3. Cena za Usługę Zleceń dedykowanych musi stanowić iloczyn 8000 roboczogodzin i ceny za 1 roboczogodzinę. Cena za Usługę Zleceń dedykowanych nie może być mniejsza niż 40% całkowitej wartości określonej w ust. 1 i musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności koszty wykonania przedmiotu zamówienia, dostawy, dokonania odbiorów, gwarancji,

71

świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia, wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych na wszystkich polach eksploatacji oraz prawa do wykonywania zależnego prawa autorskiego, wynagrodzenie za udzielenie licencji/sublicencji, opłaty celne i podatku, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy.

W dniu 1 czerwca 2016 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu zastrzeżenia dotyczące ceny oferty Przystępującego ITSM. W treści pisma Odwołujący wskazał m.in. na konieczność wykupienia tzw. pakietów serwisowych od HP i uwzględnienia ich w cenie realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że minimalny koszt takiego pakietu serwisowego w sposób istotny przekracza całość zaoferowane przez ITSM ceny. Wskazano również, że wartość samego tylko pakietu serwisowego HP wynosi co najmniej 2.100.000,00 zł netto.

W protokole nr 6 posiedzenia Komisji stwierdzono, że „W ocenie komisji argumentacja Wykonawcy nie jest zasadna i nie zasługuje na uznanie”. Jak wynika z protokołu nr 7 z posiedzenia komisji powodem unieważnienia pierwszego wyboru był brak oświadczenia dotyczącego Usługi Asysty technicznej.

Po unieważnieniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający, pismem z dnia 13 czerwca 2016 r., wezwał jednak wykonawcę ITSM, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zwłaszcza ceny Usługi Asysty technicznej.

Pismem z dnia 23 czerwca 2016 r. wykonawca ITSM złożył wyjaśnienia wraz z dowodami (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

W zakresie oceny zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny Izba w całości podzieliła argumentację Zamawiającego i Przystępującego ITSM, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Należy w szczególności wskazać, że cena oferty wykonawcy ITSM nie odstaje w sposób drastyczny od szacunków Zamawiającego, jak również cen innych ofert. Izba uznała jednocześnie, że przyjęcie oferty Odwołującego, nakierowanej na ocenę rażącego заниzenia ceny wyłącznie przez pryzmat ceny za Usługę Asysty technicznej, a nie w odniesieniu do ceny całkowitej oferty, nie znajduje uzasadnienia. Usługa Zleceń dedykowanych wchodzi w zakres podstawowego przedmiotu zamówienia. Zamawiający

72

wskazał na rozprawie m.in., że „za każdym razem wykorzystywał wszystkie godziny” (vide: protokół z rozprawy). W ocenie Izby wykonawcy mieli możliwość kalkulowania w niniejszym postępowaniu cen swoich ofert przy uwzględnieniu założenia całościowego wykorzystania podanej w specyfikacji liczby roboczogodzin. Przedmiotowe założenie należy uznać nawet za obowiązkowe – w innym przypadku wykonawca nie wyceniłby bowiem całości przedmiotu zamówienia, który w tym postępowaniu nie ogranicza się jedynie do Usługi Asysty technicznej, ale obejmuje również szereg obowiązków przewidzianych w ramach Usług Zleceń dedykowanych. Powyższe dodatkowo uzasadnia przyjęcie, przy ocenie kwestii rażąco niskiej ceny, perspektywy nakierowanej na cenę całkowitą oferty – zawężanie zaś tej perspektywy jedynie do ceny za Usługę Asysty technicznej przy założeniu, że cena za pozostałą część przedmiotu zamówienia może być niejako pominięta, z uwagi na to, że zlecenia dedykowane będą wykonywane dopiero po ich zleceniu przez Zamawiającego, należało uznać za założenie nieuzasadnione

i mogące wypaczać rzeczywisty obraz sprawy, w tym rzetelność kalkulacji Przystępującego.

Następnie, Izba przeanalizowała treść złożonych wyjaśnień Przystępującego wraz z dowodami i uznała, że są to rzeczowe, wiarygodne i przekonujące informacje potwierdzające realność i rynkowość zaoferowanej ceny. Z uwagi na objęcie przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa Izba w treści niniejszego uzasadnienia jedynie punktowo, bez przytaczania szczegółowej treści tych informacji, wskaże na najistotniejsze elementy:

W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący ITSM przedstawił szczegółowo podstawy i sposób kalkulacji ceny, przytaczając jednocześnie okoliczności pozwalające na zoptymalizowanie kosztów oferty.

Złożone wyjaśnienia nie pomijają kosztów zakupu suportu HP, przeciwnie wykonawca ITSM w sposób rzeczowy przedstawił podstawy przyjętej kalkulacji, jak również okoliczności pozwalające na zaoferowanie określonego poziomu wyceny tej części przedmiotu zamówienia, potwierdzając to załączonymi dowodami.

Wykonawca scharakteryzował ponadto koszty zaangażowania specjalistów, co również potwierdził załączonymi do wyjaśnień dowodami.

Wykonawca przedstawił ponadto szczegółową kalkulację ceny ofertowej, zawierającą spójne i rzeczowe dane, uwzględniając powyższe elementy, jak również wykazał zakładany do osiągnięcia zysk.

Złożone przez Odwołującego dowody, w tym raporty płacowe, kursy walut, oferta i korespondencja z Veracomp, nie stanowiły w ocenie Izby materiału, który dyskredytowałby rzetelność i moc dowodową wyjaśnień, jak również dołączonych do nich dowodów. Dowody

73

te nie pozwalały w szczególności na uznanie za nie realne i nierynkowe podstaw kalkulacji, jakie Przystępujący ITSM przyjął w zakresie wyceny Usługi Asysty technicznej. Odwołujący punktem wyjściowym uczynił w tym zakresie założenie o konieczności wcześniejszego pozyskania oferty od producenta oprogramowania. Przystępujący oparł się w swoich kalkulacjach na innym założeniu, w tym na doświadczeniach i zasadach zdobytych oraz wypracowanych w ramach współpracy z producentem oprogramowania. Izba nie znalazła podstaw, by te założenia oceniać krytycznie, bądź uznawać je za niedopuszczalne.

Dodatkowo, Odwołujący w sposób zmienny prezentował w toku postępowania cenę, jaką uznawał za minimalny koszt wykupu wsparcia producenta, co podważało wiarygodność i moc jego argumentacji. W toku postępowania przed Zamawiającym Odwołujący wskazywał, jako minimalny poziom wykupu pakietu serwisowego HP kwotę 2.100.000,00 zł netto. Kwota przyjęta przez wykonawcę ITSM w kalkulacji ceny oferty odpowiada temu poziomowi. W toku postępowania Odwołujący argumentował, że minimalna kwota wykupu wynosi 2.450.000,00 zł netto. Izba nie uznała za przekonujące wyjaśnień Odwołującego, co do motywów podania

przed Zamawiającym kwoty 2.100.000,00 zł, jako kwoty minimalnej. Odwołujący wskazał na rozprawie, iż podał ww. wartość, gdyż „*wiedział jaki poziom cen otrzymał od Veracompu i HP. Nie miał wówczas świadomości jakie oferty otrzymały pozostałe spółki ubiegające się o to zamówienie. Na ten moment kwota ta jest zaniżona. Odwołujący ustalił już jakie kwoty zostały zaoferowane innym wykonawcom, jest to kwota 2.450.000 zł*”, jak również, że: „*kwota 2.100.000 była podawana tylko po to by nie ujawniać swojej ceny, była adekwatna do kwoty z poprzedniego postępowania*” (vide: protokół z rozprawy). Niezrozumiałe jest podawanie – jako minimalnej, a więc przemawiającej za realnością i rynkowością wyceny – kwoty niższej niż przyjęta przez Odwołującego. Natomiast twierdzenia o braku wiedzy, co do ofert otrzymanych przez innych podmiotów pozostają w sprzeczności z argumentami, że producent oprogramowania czy firma działająca w jego imieniu stosuje te same ceny dla swoich partnerów.

Izba nie uznała także dowodu w postaci oferty HP przedstawionej przez Odwołującego za dowód mogący stanowić koronny argument przeciwko wyjaśnieniom i dowodom przedłożonym przez Przystępującego ITSM. Dowód ten nie podważał, ani nie dyskredytował przedmiotowych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów. Okoliczności sprawy, w tym informacje podawane w toku postępowania przed Zamawiającym przez Odwołującego, jak również złożone dowody, pozwalają natomiast na wniosek, że cena możliwa do uzyskania od producenta oprogramowania może zmieniać się w czasie. Dowód z oferty, złożonej w toku rozprawy, ważnej do 31 lipca 2016 r., nie mógł tym samym stanowić przesądzającego argumentu na rzecz twierdzeń Odwołującego, ani przemawiać przeciwko

74

możliwości przyjęcia, na etapie sporządzenia oferty, w ramach prowadzonej kalkulacji ceny, innego poziomu wartości ww. usług. Dowód ten w szczególności nie tworzył sam z siebie podstawy do uznania, że cena Usługi Asysty technicznej podana przez wykonawcę ITSM jest nierealna, nierynkowa, i nie dawał podstaw do uznania, że za cenę tę nie można w sposób należyty wykonać przedmiotu zamówienia.

W tożsamy sposób Izba oceniła dowód z korespondencji z firmą Veracom, z której wynika, że ceny dla Veracompu były takie same „dla wszystkich stających do licytacji”. Jak wskazano wcześniej, dowód ten korespondował z założeniem Odwołującego o konieczności wcześniejszego pozyskania oferty producenta oprogramowania, czego nie wymagała SIWZ. Przystępujący ITSM w wyjaśnieniach przedstawił inne założenia przyjęte w ramach kalkulacji ceny, którym z samego faktu braku wcześniejszej oferty od producenta oprogramowania nie można odmawiać rzeczowości, ani nie można wywodzić, iż cena jego oferty jest ceną nierynkową, rażąco zaniżoną.

Izba uznała przy tym argumentację Przystępującego ITSM, że nawet przy przyjęciu poziomu kosztów przedstawianych przez Odwołującego na rozprawie, oferta Przystępującego nadal pozostaje rentowna. W treści wyjaśnień Przystępujący przedstawił podstawy kalkulacji, koszty, jak i zakładany zysk. Nawet przyjęcie podawanej przez Odwołującego ceny wykupu nie czyni oferty Przystępującego nierynkową (wystarczające jest w tym zakresie porównanie poziomu zakładanego zysku z różnicą pomiędzy kwotą wykupu podawaną przez Odwołującego w toku postępowania przed Zamawiającym a kwotą prezentowaną na rozprawie).

Izba nie uznała również zarzutów skierowanych wobec oferty Betacom.

W wykazie usług załączonym do oferty wykonawca Betacom podał – w części jawnej: 4 usługi, w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa: 1 usługę.

W części jawnej, w poz. 1 wykonawca wskazał na usługę zrealizowaną na rzecz Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy – „Rozwój systemu do zarządzania IT, systemu zarządzania zgłoszeniami Help desk, opartego o dostosowane do potrzeb Zamawiającego i wdrożone na podstawie odrębnych umów produkty HP Software”. Wykonawca wskazał jednocześnie, że zamówienie obejmowało m.in. rozwój systemu realizującego funkcję service desk oraz następujących procesów: - zarządzanie incydentami, zarządzanie poziomem usług, zarządzanie wnioskami, zarządzanie konfiguracją.

75

W części jawnej, w poz. 2, wykonawca wskazał na usługę zrealizowaną na rzecz Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy – „Utrzymanie i rozwój systemu zarządzania usługami IT w Urzędzie m.st. Warszawy”. Wykonawca wskazał jednocześnie, że zamówienie obejmowało między innymi utrzymanie i asystę techniczną dla systemu realizującego funkcję service desk oraz następujących procesów: - zarządzanie incydentami, zarządzanie poziomem usług, zarządzanie wnioskami, zarządzanie konfiguracją.

Pozycja 3 wykazu nie była kwestionowana przez Odwołującego.

W części jawnej, w poz. 4, wykonawca wskazał na usługę zrealizowaną na rzecz Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy – Usługi wsparcia i rozwoju systemu do zarządzania usługami IT oraz zasobami IT, opartego o dostosowane do potrzeb Zamawiającego i wdrożone na podstawie odrębnych umów produkty HP. Wykonawca wskazał jednocześnie, że zamówienie obejmowało między innymi utrzymanie i asystę techniczną dla systemu realizującego funkcję service desk oraz następujących procesów: - zarządzanie incydentami, zarządzanie poziomem usług, zarządzanie katalogiem usług, zarządzanie wnioskami, zarządzanie konfiguracją, funkcja service desk.

Wykonawca Betacom dołączył do oferty poświadczenia dotyczące usług podanych w wykazie usług, także dla usługi zawartej w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Oceniając zarzuty Odwołującego, Izba w całości podzieliła argumentację Zamawiającego i Przystępującego Betacom, przyjmując ją w konsekwencji za własną. Należy w tym miejscu wyeksponować również fakt, że to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodowy, w tym w zakresie wykazania okoliczności mających świadczyć o tym, że podane w wykazie usługi nie potwierdzają spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Odwołujący nie przedłożył Izbie żadnych rzeczowych i przekonujących dowodów, ograniczając się w zasadzie do wątpliwości i ogólnikowych twierdzeń.

W zakresie warunku, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 SIWZ, wymagane było wykazanie co najmniej dwóch zamówienia obejmujących „rozwój lub wdrożenie lub migrację (...)”.

Ze złożonego wykazu wprost wynika, że usługa z poz. 1 dotyczyła właśnie rozwoju. Przy fakcie nie kwestionowania poz. 3 i uznaniu przez Odwołującego, że usługa ta odnosi się zarówno do jednego, jak i drugiego warunku, powyższe pokazuje, że już w poz. 1 i 3

76

wykonawca wskazał na usługi dotyczące warunku z Rozdziału VIII pkt 3 ppkt 1 SIWZ. Dodatkowo, w części wykazu objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca podał usługę dotyczącą wdrożenia.

W zakresie warunku, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 2 SIWZ, wymagane było wykazanie co najmniej dwóch zamówień obejmujących „utrzymanie lub asystę techniczną (...)”. W poz. 2 wykazu wykonawca wprost wskazał, że zamówienie obejmowało między innymi utrzymanie i asystę techniczną dla systemu realizującego funkcję service desk. Przy fakcie nie kwestionowania poz. 3 i uznaniu przez Odwołującego, że usługa ta odnosi się zarówno do jednego, jak i drugiego warunku, powyższe pokazuje, że już w poz. 2 i 3 wykonawca wskazał na usługi dotyczące warunku z Rozdziału VIII pkt 3 ppkt 2 SIWZ. Dodatkowo z opisu poz. 4 również wprost wynika, że odnosi się ona do wymogu z Rozdziału VIII pkt 3 ppkt 2 SIWZ SIWZ – w wykazie wskazano bowiem m.in. na proces z lit. h).

W zakresie usługi z poz. 1 złożone dowody potwierdzały w szczególności, że przedmiotem umowy była rozbudowa i rozwój systemu. Odwołujący złożył przy tym kartę wykonanych prac dotyczących przedmiotowej umowy.

W zakresie usługi z poz. 2 i 4 złożone dowody w postaci umów potwierdzały rodzaj świadczonej usługi, dotyczącej wsparcia technicznego, a więc wymaganego w treści warunku utrzymania lub asysty technicznej.

Krytycznie należało również ocenić twierdzenia Odwołującego dotyczące wykonywania „na warunkach HP Integrator Program”. usługi Software Services Przystępujący Betacom w sposób rzeczowy i przekonujący wyjaśnił, że powyższe określało status wykonawcy, a nie zasady wykonywania usług. Przystępujący złożył również w tym zakresie dowód wskazujący, iż powyższe określenie odnosi się do statusu tego wykonawcy.

W zakresie twierdzeń dotyczących wartości referencyjnej (co najmniej 400 000 zł)

Izba odsyła do motywów przedstawionych wcześniej.

Analiza dokumentów złożonych wraz z ofertą, jak również dowodów przedstawionych na rozprawie jednoznacznie potwierdza trafność oceny Zamawiającego, co do wykazania przez wykonawcę Betacom spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie udowodnił przy tym swoich zarzutów, zgadzając się jednocześnie, że treść referencji nie musi szczegółowo wymieniać wszystkich elementów zamówienia. Odwołujący nie udowodnił w szczególności uwag i wad, które przypisał poszczególnym pozycjom z wykazu usług. Konfrontując same wątpliwości i ogólne twierdzenia z dowodami złożonymi przez Betacom oraz z dokumentacją postępowania, Izba nie miała wątpliwości, co do konieczności krytycznej oceny zarzutów odwołania. Izba uznała przy tym za wiarygodne i istotne dla

77

rozstrzygnięcia sprawy dowody złożone przez Przystępującego Betacom, które w całości obalały twierdzenia i wątpliwości Odwołującego.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołujących, a w związku z oddaleniem odwołań Izba zasądziła od Odwołujących na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

78