

WYROK

z dnia 20 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **19 grudnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 grudnia 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, „PN Standard P. N., M. R.” sp. j. z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Integrated Solutions sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie w ruchu w trybie produkcyjnym systemów informatycznych SIOBZ, SIOEPKZ* (nr postępowania DZPZ/333/32PN/2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **Centralna Komisja Egzaminacyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Enterprise Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, „PN Standard P. N., M. R.” sp. j. z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Integrated Solutions sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

Sygn. akt KIO 2565/17

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Centralna Komisja Egzaminacyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Utrzymanie w ruchu w trybie produkcyjnym systemów informatycznych SIOBZ, SIOEPKZ* (nr postępowania DZPZ/333/32PN/2017).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 lipca 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_135 pod poz. 276964.

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

24 listopada 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu – wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, „PN Standard P. N., M. R.” sp. j. z siedzibą w Warszawie, Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum Comarch”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Enterprise Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „ESP”}.

4 grudnia 2017 r. Odwołujący wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w prowadzonym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wykluczenia ESP z postępowania, pomimo niewykazania przez tego Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu albo art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania ESP do uzupełnienia wykazu osób, potwierdzającego bezpośrednio dysponowanie przez Wykonawcę personelem spełniającym wymagania określone w SIWZ przez Zamawiającego {zarzut alternatywny}.
2. {zarzuty podnoszone z ostrożności}
 - a) Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania ESP do uzupełnienia dokumentu JEDZ, pomimo że w rozdziale X SIWZ (str.18) Zamawiający określił wymaganie przedstawienia w JEDZ zakresu prac powierzonych podwykonawcom, a Wykonawca zakresu tego nie przedstawił.
 - b) Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia certyfikatu

potwierdzającego wdrożone normy w dziedzinie wytwarzania oprogramowania ISO/IEC 20000 (Zarządzanie Usługami Informatycznymi) lub równoważnej, tj. zapewniającej osiągnięcie wszystkich minimalnych parametrów określonych w ww. normie, pomimo że Wykonawca ten posiada certyfikat w zakresie nieodpowiadającym wymaganemu zakresowi oraz jednocześnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia powyższego dokumentu, pomimo że nie został załączony przez ESP (zarzut podnoszony z ostrożności, ponieważ Odwołującemu nie zostały udostępnione certyfikaty ISO Wykonawcy ESP, lecz fakt ich niezłączenia przez ESP wynika z korespondencji Zamawiającego załączonej do protokołu postępowania i udostępnionej Odwołującemu, która jest w języku angielskim).

- c) Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób poprzez wskazanie podstawy dysponowania osobami oddelegowanymi do realizacji zamówienia (zarzut podnoszony z ostrożności ze względu na fakt, iż Odwołującemu nie został udostępniony wykaz osób w sposób umożliwiający stwierdzenie, czy Wykonawca ESP określił w nim podstawę dysponowania osobami oddelegowanymi do realizacji zamówienia).
3. Art. 8 ust. 3 – przez nieuzasadnione utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części dokumentów załączonych przez ESP, w stosunku do których dokonane przez niego zastrzeżenie tajemnicy Zamawiający winien uznać za dokonane nieskutecznie (część zobowiązania podmiotu trzeciego – Invent On sp. z o.o. do udostępnienia zasobów, część wykazu wykonanych usług, a także certyfikatów ISO i nazwy podmiotu, do którego skierowane zostało zapytanie o posiadanie przez ESP certyfikatów ISO/IEC 20000 oraz ISO/IEC 9001 (zapytanie z dnia 24 października 2017 r.) oraz pełnej treści odpowiedzi na to zapytanie (z dnia 24 października 2017 r.), część wyjaśnień wykonawcy w zakresie certyfikatów ISO i zakresu udostępnienia zasobów).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Udostępnienia powyżej wskazanych dokumentów niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica.
3. Dokonania ponownej oceny ofert – a w jej toku alternatywnie, w zależności od treści dokumentów złożonych w toku postępowania przez ESP – wykluczenie Wykonawcy z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bądź wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia powyżej wskazanych dokumentów.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów wskazanie dodatkowo następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z treścią rozdziału IX pkt 2 SIWZ w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawców {poniższy cytat za odwołaniem}:

a) dokumentu potwierdzającego wdrożone normy w dziedzinie wytwarzania oprogramowania - ISO/IEC 20000 (Zarządzanie Usługami Informatycznymi) lub równoważnej, tj. zapewniające osiągnięcie wszystkich minimalnych paramentów określonych w ww. normie;

b) dokumentu potwierdzającego wdrożone normy systemu jakości ISO/IEC 9001 lub równoważny dokument wystawiony przez niezależny podmiot w zakresie wymagań systemu zarządzania projektami oraz projektowania, wdrażania i serwisowania systemu informatycznego;

c) dokumentu potwierdzającego wdrożone normy bezpieczeństwa ISO/IEC 27001 lub równoważny dokument wystawiony przez niezależny podmiot w zakresie zarządzania projektami oraz projektowania, wdrażania i serwisowania systemu informatycznego, co najmniej na następujących obszarach: bezpieczeństwo informacji; jakość w zakresie przetwarzania powierzonych do przetwarzania danych osobowych w tym bezpieczeństwa systemu informatycznego wykorzystywanego do przetwarzania powierzonych danych osobowych;

d) dokumentu potwierdzającego wdrożenie normy dotyczącej zarządzaniem ciągłością działania ISO/IEC 22301 lub równoważnej, tj. zapewniające osiągnięcie wszystkich minimalnych paramentów określonych w ww. normie.

Odwołujący wywiódł, że ze względu na określenie przez Zamawiającego w SIWZ obowiązku posiadania przez wykonawcę ubiegającego się o realizację niniejszego zamówienia szeregu certyfikatów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, istotne jest, aby prace polegające na wykonywaniu czynności objętych odpowiednim certyfikatem wykonywane były przez podmiot, który ten certyfikat posiada (Wykonawcę ESP), a nie przez podwykonawcę nieposiadającego takiego certyfikatu. Odwołujący podkreślił, że wymagania dotyczącego posiadania konkretnych certyfikatów ISO Zamawiający nie określił tylko *pro forma*, a w celu wyłonienia wykonawcy, który daje rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia, zgodnie ze sztuką i przyjętymi standardami informatycznymi.

Zdaniem Odwołującego ponieważ z wyjaśnień Wykonawcy ESP wynika, że w celu

wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polega on na zasobach osobowych podmiotu trzeciego (Invent On sp. z o.o.), konieczne jest jednoznaczne ustalenie, jakie prace będzie wykonywał podwykonawca, ponieważ jeśli Wykonawca ESP zamierza zlecić podwykonawcy nieposiadającemu certyfikatów ISO wykonywanie prac, których dotyczy wymagany certyfikat, działanie takie należałoby uznać za niedozwolone obejście wymagania Zamawiającego – konieczności posiadania przez wykonawcę certyfikatów ISO. W praktyce prace byłyby bowiem wykonywane przez podmiot nieposiadający certyfikatów ISO. Jeśli natomiast osoby udostępnione przez podwykonawcę nie mają brać udziału w realizacji zamówienia, należałoby to uznać za naruszenie przepisów nakazujących realne branie udziału w realizacji przez podmiot udostępniający zasoby.

Odwołujący wyjaśnił, że nie została mu udostępniona treść zobowiązania do udostępnienia zasobów Invent On sp. z o.o. w sposób umożliwiający stwierdzenie, w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie zasobów, jednakże każda dwóch powyżej wskazanych możliwości oznacza, że Wykonawca ESP nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Skoro Wykonawca ESP nie wykazał bezpośredniego dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia (własnym personelem spełniającym wymagania określone przez Zamawiającego), albo faktycznie prace będą wykonywane przez podmiot nieposiadający certyfikatów ISO, albo też ESP nie zamierza zlecić wykonywania prac objętych zamówieniem personelowi udostępnionemu przez podmiot trzeci, czym narusza art. 22a ust. 4 pzp.

Dostępne Odwołującemu informacje wskazują na to, że Wykonawca ESP co prawda ma takie certyfikaty (odziedziczył je po spółce Helwett-Packard), lecz są to tylko puste dokumenty, za którymi nie idzie żaden faktyczny potencjał, w szczególności osobowy, skoro w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego ESP musiał się zwracać do innych podmiotów.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej certyfikat ISO jest tak ściśle związany z danym podmiotem, że nie podlega udostępnieniu.

Według Odwołującego Wykonawca ESP nie może zatem twierdzić, że wystarczające jest, że on sam posiada certyfikaty ISO, a osoby realizujące zamówienie mogą już być udostępnione przez podmiot takich certyfikatów nieposiadający. Jeśli zatem z dokumentów załączonych przez Wykonawcę ESP (w szczególności wykazu osób i zobowiązania do udostępnienia zasobów) wynika, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu korzysta on z potencjału osobowego Invent On sp. z o.o. i osoby udostępnione przez ten podmiot mają uczestniczyć realnie w wykonywaniu zamówienia, Wykonawca ESP winien być wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że dysponuje własnym

potencjałem osobowym spełniającym wymagania określone w SIWZ. Natomiast jeśli z dokumentów załączonych przez Wykonawcę ESP wynika, że korzysta on z potencjału osobowego Invent On Sp. z o.o. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale osoby udostępnione przez ten podmiot nie będą uczestniczyć realnie w wykonywaniu zamówienia, Wykonawca ESP winien być wykluczony z postępowania, ze względu na niespełnianie wymagania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych zdolności technicznych, w związku z treścią art. 22a ust. 4 pzp.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

{ad lit. a)}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania Wykonawcy ESP do uzupełnienia dokumentu JEDZ dla ESP, pomimo niedopełnienia określonego w rozdziale X SIWZ (str.18) wymagania przedstawienia w JEDZ zakresu prac powierzonych podwykonawcom (Odwołujący dodał, że w pierwotnie złożonym JEDZ Wykonawcy ESP zakres ten był określony bardzo szczerkowo).

Według Odwołującego ustalenie tego zakresu może mieć istotne znaczenie dla oceny, czy Wykonawca ESP wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

{ad. lit. b)}

Odwołujący wskazał, że z udostępnionych mu dokumentów wynika, że Wykonawca ESP posiada certyfikat ISO/IEC 20000 w zakresie nieodpowiadającym wymaganemu zakresowi (a nie zostały mu udostępnione żadne certyfikaty załączone przez ESP). Według korespondencji Zamawiającego z niezidentyfikowanym podmiotem) zakres posiadanego przez ESP certyfikatu ISO/IEC 20000 to: Service Desk Services (Usługi services desk), End User Support Services (Usługi wsparcia dla użytkowników końcowych), Workplace and Mobility Services (Usługi w miejscu pracy i mobilności), Infrastructure Management Services (Usługi zarządzania infrastrukturą), Compliance and Security Services (Usługi zgodności i bezpieczeństwa), Data Center Facility and Operations Services (Centrum przetwarzania danych i usługi operacyjne), Office Recovery Services (Usługi odzyskiwania biurowego).

Według Odwołującego nie można zatem uznać, że tego rodzaju zakres certyfikacji pokrywa wymagane przez Zamawiającego w SIWZ posiadanie certyfikatu potwierdzającego wdrożone normy w dziedzinie wytwarzania oprogramowania ISO/IEC 20000. Dlatego też Wykonawca ESP powinien być wezwany do uzupełnienia certyfikatu potwierdzającego

wymagany zakres certyfikacji, a jeśli zakres certyfikacji Wykonawcy ESP potwierdzają dokumenty lub oświadczenia w j. angielskim (a tak wynika z dokumentów udostępnionych Odwołującemu), Wykonawca ESP powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentów przetłumaczonych na j. polski, ze względu na wymaganie Zamawiającego, aby wszelkie dokumenty i oświadczenia przedkładane były w tłumaczeniu na j. polski.

Wreszcie Odwołujący stwierdził, że z udostępnionych mu dokumentów (wiadomości e-mail do niezidentyfikowanego podmiotu, zawierającej pytanie, czy dla Wykonawcy ESP został wystawiony wymagany w SIWZ certyfikat, i odpowiedzi tego podmiotu) wynika, że najprawdopodobniej certyfikat ten w ogóle nie został załączony do oferty.

{ad. lit. c)}

Odwołujący podał, że wykaz osób nie został mu udostępniony w sposób umożliwiający stwierdzenie, czy Wykonawca ESP określił w nim podstawę dysponowania osobami oddelegowanymi do realizacji zamówienia. –

Stąd Odwołujący zarzucił, że jeśli podstawa ta nie została określona w wykazie, konieczne jest wezwanie Wykonawcy ESP do uzupełnienia wykazu osób polegającego na wskazaniu podstawy dysponowania osobami oddelegowanymi do realizacji zamówienia.

Odwołujący nadmienił, że jest istotne ze względu na konieczność ustalenia, czy Wykonawca ESP spełnia warunki udziału w postępowaniu.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący podał, że Zamawiający nie udostępnił mu szeregu dokumentów, zastrzeżonych przez Wykonawcę ESP jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił, że w odniesieniu do niektórych spośród tych dokumentów nie było podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w odniesieniu do innych zastrzeżenie dokonane zostało nieskutecznie.

{pkt 3.1 uzasadnienia odwołania – zobowiązanie do udostępnienia zasobów}

Zarzut wycofany.

{pkt 3.2 uzasadnienia odwołania – wyjaśnienia dotyczące podstaw zastrzeżenia tajemnicy}

Zarzut wycofany.

{pkt 3.3 uzasadnienia odwołania – certyfikaty ISO i korespondencja z nimi związana}

Zarzut wycofany.

{pkt 3.4. uzasadnienia odwołania – zapytanie Zamawiającego o certyfikaty}

Zarzut wycofany.

{pkt 3.5 uzasadnienia odwołania
– wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie}

Odwołujący podał, że według wyjaśnień Wykonawcy ESP z 26 września 2017 r. (str. 8-12, AD 1.) część usług wykazanych w wykazie stanowią usługi wykonane na rzecz podmiotów stosujących ustawę pzp. Wykonawca na str. 9 wyjaśnień uzasadnia utajnienie wykazu i referencji faktem, że zgodnie z ustawą pzp jawne są wyłącznie umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie są natomiast jawne dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie.

Zdaniem Odwołującego z treści art. 139 pzp bynajmniej nie wynika, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia można utajnić, gdyż przepis ten w ogóle nie odnosi się do tych dokumentów.

Stąd należy przeanalizować na zasadach ogólnych co w danym dokumencie może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Według Odwołującego na pewno nie może jej stanowić fakt nawiązania współpracy handlowej z danym zamawiającym (nie jest spełniona przesłanka nieujawnienia do wiadomości publicznej - ogłoszenie o udzieleniu zamówienie jest jawne).

Zdaniem Odwołującego w dalszej części wyjaśnień Wykonawca ESP przytacza nieadekwatne do publicznego wykazu usług argumenty, poglądy doktryny i orzeczenia. Wydaje się, że zamierza uzasadniać utajnienie całego wykazu usług i całości dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie tym, że stanowią one część wykazu zawierającego również informacje chronione.

Odwołujący stwierdził, że taki kierunek myślenia nie nadaje się do obrony, gdyż praktyka działania samych zamawiających, jak i praktyka orzecznicza zakłada ochronę tylko tych informacji, które faktycznie zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, w pozostałym zakresie dokumenty lub oświadczenia podlegają udostępnieniu. Praktyka ta znana jest zresztą i stosowana przez samego Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, gdyż wykaz

usług został udostępniony Odwołującemu z zaczerpniętymi (jak należy się domyślać - w miejscach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa). Odwołujący nie widzi zatem podstaw, aby w części dotyczącej zamówień publicznych wykaz wykonanych usług nie był udostępniony, a nieudostępnione pozostały dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień.

Odwołujący podniósł jednak, że Wykonawca ESP nie próbował nawet wykazywać, co konkretnie miałyby być tajnego w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówień publicznych, tym samym w tym zakresie należy uznać, że nie załączył uzasadnienia zastrzeżenia, a w konsekwencji dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień publicznych należy również udostępnić w całości.

Odwołujący podsumował, że wnosi o udostępnienie wykazu wykonanych usług w części zawierającej informacje o zamówieniach wykonanych na rzecz podmiotów publicznych (pełnej treści wpisów) oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie (w całości).

{W pozostałym zakresie zarzut wycofany.}

{pkt 3.6. uzasadnienia odwołania – wykaz osób}

Zarzut wycofany.

Pismem z 6 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 4 grudnia 2017 r. przekazał kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

6 grudnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Enterprise Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia skuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2

pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

W odpowiedzi na odwołanie z 18 grudnia 2017 r. Zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutów z pkt 3 powyższej listy zarzutów, w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Na posiedzeniu przed Izbę Odwołujący wycofał uznane zarzuty z wyjątkiem zarzutu z pkt 3.5 uzasadnienia odwołania, gdyż stwierdził, że Zamawiający nie uczynił w tym zakresie zadość zgłoszonemu żądaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie z wyjątkiem zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego i wycofane przez Odwołującego.

Podczas rozprawy Zamawiający i Odwołujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego, w którym złożył ważną ofertę. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba uznaje za celowe przypomnienie na wstępie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym w orzecznictwie wskazuje się, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z tego względu przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie nie mogły być sformułowane przez Odwołującego na rozprawie, na skutek zapoznania się z odtajnionymi informacjami, nowe w stosunku do treści odwołania zarzuty. Skoro Odwołujący równoległe z zarzutami niezasadnego zastrzeżenia przez Wykonawcę ESP jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zdecydował się na sformułowanie w ciemno zarzutów odnośnie treści dokumentów, do których nie miał pełnego dostępu, podlegają one rozpatrzeniu w takim kształcie, w jakim zostały przedstawione w odwołaniu.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1 i 2b listy zarzutów oraz z pkt 1 i 2.2 uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutów:

Z rozdziału IX ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pzp, w szczególności

- pkt 1 – posiadają zdolności techniczne i zawodowe, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykażą należyte wykonanie co najmniej {szczegółowe warunki określono w lit. a-d};
- pkt 2 – spełniają następujące wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia, tzn. legitymują się: lit. a – *dokumentem potwierdzającym wdrożone normy w dziedzinie wytwarzania oprogramowania – ISO/IEC 20000 (Zarządzanie Usługami Informatycznymi) lub równoważnej, tj. zapewniające osiągnięcie wszystkich minimalnych paramentów określonych w ww. normie* {pozostałe wymagania określono w lit. b-d};
- pkt 3 – posiadają zdolności techniczne i zawodowe w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (osobami oddelegowanymi do realizacji zamówienia), tj. dysponują lub będą dysponować co najmniej 16 osobami, z których każda posługuje się komunikatywnie językiem polskim w mowie i piśmie (tzw. zespół), w tym: {w lit. a-n sprecyzowano wymagania odnośnie poszczególnych funkcji}.

Przy czym w ust. 4 tego rozdziału Zamawiający określił, że w przypadku gdy wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, warunki, o których mowa powyżej musi spełniać łącznie z tymi podmiotami, z zastrzeżeniem że:

- każdy z warunków w zakresie ust. 1 pkt 1a-1d każdy z warunków musi spełnić samodzielnie co najmniej podmiot albo wykonawca;
- warunki w zakresie ust. 1 pkt 2a-2d musi spełnić wykonawca łącznie z podmiotem;
- warunki w zakresie ust. 1 pkt 3a-3n musi spełnić wykonawca łącznie z podmiotem.

Z rozdziału X ust. 2 s.i.w.z. wynika, że w celu potwierdzenia spełniania przez

wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca, którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą, składa w terminie 10 dni od wezwania przez Zamawiającego m.in. następujące dokumenty:

- pkt 2 – wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 3a-3n), w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wg treści określonej w załączniku nr 4 do s.i.w.z.;
- pkt 3a – zaświadczenie niezależnego podmiotu, że wykonawca ma wdrożony system ISO lub system równoważny w zakresie normy w dziedzinie wytwarzania oprogramowania – ISO/IEC 20000 (Zarządzanie usługami informatycznymi) lub równoważnej, tj. zapewniający osiągnięcie wszystkich minimalnych parametrów określonych w ww. normie.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp zawarte w pkt 3a) pisma z 9 października 2017 r. ESP złożył wystawione przez BSI potwierdzenie, że DXC Technology Enterprise Services LLC z siedzibą w Plano w Teksasie w Stanach Zjednoczonych Ameryki posiada certyfikat nr ITMS 606000 oraz stosuje System Zarządzania Usługami Informatycznymi, który odpowiada wymogom normy ISO/IEC 20000-1:2011 w następującym zakresie: *System Globalnego Zarządzania Usługami wspierający dostarczanie Usług Utrzymania Infrastruktury Informatycznej oraz Usług Zarządzania Oprogramowaniem z różnych lokalizacji na bazie umów z globalnymi klientami, zgodnie z ostatnią wersją katalogu usług*, ważny do 4 sierpnia 2018 r.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił się do BSI Polska z zapytaniem, czy Enterprise Services Polska sp. z o.o. ma wdrożony system ISO w zakresie normy w dziedzinie wytwarzania oprogramowania ISO/IEC 20000 (Zarządzanie Usługami Informatycznymi).

W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację, że Enterprise Services Polska sp. z o.o. (w ramach tzw. wielolokalizacyjnej certyfikacji) uzyskał certyfikat ITMS 606000 na zgodność z normą ISO/IEC 20000-1:2011 w zakresie: Service Desk Services (Usługi service desk), End User Support Services (Usługi wsparcia dla użytkowników końcowych), Workplace and Mobility Services (Usługi w miejscu pracy i mobilności), Infrastructure Management Services (Usługi zarządzania infrastrukturą), Compliance and Security Services (Usługi zgodności i bezpieczeństwa), Data Center Facility and Operations Services (Centrum przetwarzania danych i usługi operacyjne), Office Recovery Services (Usługi odzyskiwania

biurowego).

W złożonym 9 listopada 2017 r. na wezwanie zamawiającego uzupełnionym wykazie osób Wykonawca ESP wskazał w odniesieniu do warunku z rozdziału IX ust. 1 pkt 3, że będzie polegał:

- odnośnie funkcji wyszczególnionych w lit.: a (koordynator projektu), b (specjalista ds. zarządzania bezpieczeństwem informacji, c (analityk procesów biznesowych i zmian prawnych), d (specjalista ds. bezpieczeństwa systemów i infrastruktury IT), e (specjalista od ochrony danych osobowych), f (specjalista od analizy zagrożeń i zarządzania ryzykiem), g (specjalista od zarządzania projektami / zleceniami), h (specjalista od zarządzania infrastrukturą), k (specjalista od tworzenia specyfikacji funkcjonalnych), m (specjalista od nadzoru nad wprowadzaniem danych) – na zasobach własnych (a jako podstawę dysponowania osobami wskazał umowę o pracę);
- odnośnie funkcji wyszczególnionych w lit.: i (specjalista od relacyjnych i obiektowych baz danych), j (specjalista od projektów bazodanowych), l (specjalista od przygotowania szkoleń i dokumentacji), n1-n3 (programiści) – na zasobach udostępnionych przez Invent On sp. z o.o. w trybie art. 22a ust. 1 pzp (a jako podstawę dysponowania wskazał pisemne zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia tych osób).

Z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z 24 listopada 2017 r. wynika, że Zamawiający uzyskał od wystawcy powyższego certyfikatu potwierdzenie, że obejmuje on również Enterprise Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a dodatkowo wykonał wydruk certyfikatu ze strony internetowej BSI, w tym w zakresie dotyczącym lokalizacji w Warszawie.

Reasumując, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający precyzyjnie określił, w jaki sposób będzie oceniał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w przypadku polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich. Wyłącznie w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia wymagane było, aby wszystkie postawione wymagania spełniał albo wykonawca, albo podmiot udostępniający zasoby (ewentualnie każdy z nich). Natomiast zarówno w przypadku potencjału osobowego, jak i certyfikatów w zakresie przedmiotu zamówienia, dopuszczone zostało sumowanie potencjałów wykonawcy i podmiotu udostępniającego, czyli wykazanie spełniania tych wymagań przez wykazanie potencjału, którym wykonawca dysponuje łącznie z potencjałem udostępnionym przez podmiot trzeci.

Wykonawca ESP złożył wystawiony przez niezależny podmiot certyfikat potwierdzający wdrożenie przez DXC Technology Enterprise Services normy ISO/IEC 20000 dotyczącej zarządzania usługami informatycznymi. Zamawiający na tej podstawie był

w stanie ustalić, że jego zakres obejmuje w szczególności działalność Enterprise Services Polska jako spółki z grupy DXC Technology, a co dodatkowo potwierdziły dokumenty przedłożone na rozprawie przez Przystępującego {wydruk certyfikatu z uszczegółowieniem odnośnie lokalizacji w Warszawie}.

Ponieważ zestawienie zakresu usług objętych powyższą certyfikacją dla tej lokalizacji z treścią wymagania wdrożenia normy w dziedzinie wytwarzania oprogramowania, która została dookreślona jako ISO/IEC 20000 dotycząca zarządzania usługami informatycznymi, nie prowadzi do oczywistego wniosku, że ESP nie wykazało spełnienia warunku określonego w s.i.w.z., na Odwołującym, jako kwestionującym ocenę dokonaną przez Zamawiającego, spoczywał z mocy art. 190 ust. 1 pzp ciężar udowodnienia zarzutu zawartego w odwołaniu. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. W szczególności konieczne byłoby przedstawienie przez Odwołującego treści samej normy ISO/IEC 20000, skoro stawiany jest zarzut niespełnienia jej wymagań w określonym zakresie.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

W art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wskazano, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który m.in. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

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. Przy czym oświadczenia lub dokumenty potwierdzające m.in.: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie 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.

Z art. 26 ust. 3 pzp wynika w szczególności, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Żaden z alternatywnie oraz z ostrożności zarzutów zawartych w odwołaniu nie może zostać uznany za zasadny, gdyż, jak to powyżej ustalono, Wykonawca ESP wykazał zarówno spełnienie warunku dotyczącego dysponowania wymaganym potencjałem

osobowym, jak i warunku dotyczącego wdrożenia w zakresie przedmiotu zamówienia normy w dziedzinie wytwarzania oprogramowania ISO/IEC 20000 (Zarządzanie usługami informatycznymi), w sposób określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie ma natomiast dla sprawy znaczenia zaprezentowane w odwołaniu wyobrażenie Odwołującego co do tego, w jaki sposób spełnienie tych warunków powinno przebiegać. W szczególności wobec jednoznacznej treści specyfikacji bezzasadne jest oczekiwanie Odwołującego, aby w sytuacji polegania na potencjale osobowym podmiotu trzeciego (*de facto* jedynie w odniesieniu do kilku osób spośród wymaganego kilkunastoosobowego zespołu osób), wykonawca miał w tym zakresie równolegle dysponować własnym zasobem kadrowym. Podobnie nie znajduje oparcia w s.i.w.z. sformułowane w odwołaniu wymaganie, aby zarówno wykonawca, jak i podmiot udostępniający mu zasoby mieli wdrożoną normę ISO/IEC 20000.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2a listy zarzutów oraz z pkt 2.1 uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutu

Odnosnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Rozdział X ust. 1:

- (akapit 1) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć wraz z ofertą prawidłowo wypełniony JEDZ – wg treści określonej w załączniku nr 2 do SIWZ.
- (akapit 3 ostatnie zdanie) Zamawiający wymaga wskazania w JEDZ nazw podwykonawców oraz zakresu powierzonych im prac.

Rozdział XI ust. 2 – w przypadku, gdy wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy realizację części zamówienia, Zamawiający żąda wskazania części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców – wg treści określonej w JEDZ – załączniku nr 2 do SIWZ.

Treść części II.C i D JEDZ przewiduje dwie możliwości odnośnie wskazania przez wykonawcę innych podmiotów:

- w części C odnośnie polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, gdzie wykonawca zaznacza „TAK” albo „NIE”, a tym pierwszym przypadku dodatkowo załącza do oferty JEDZ podmiotu, na którego zdolnościach polega, bez określenia dodatkowych informacji w zakresie podwykonawstwa (wynikają one z innych dokumentów składanych wraz z ofertą przez wykonawcę m.in. zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia zasobów);

– w części D odnośnie podwykonawców, na których zdolnościach wykonawca nie polega, gdzie wykonawca zaznacza „TAK” albo „NIE”, a w tym pierwszym przypadku dodatkowo podaje wykaz proponowanych podwykonawców.

Odnośnie oferty ESP i przebiegu jej badania przez Zamawiającego

Wykonawca ESP w pierwotnie złożonym JEDZ w części II.D oświadczył m.in., że podwykonawcą, na którego zdolnościach nie polega, będzie Invent On sp. z o.o. w zakresie wsparcia aplikacji, administracji i serwisu, załączając jednocześnie JEDZ ww. podmiotu.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z 18 września 2017 r. wystąpił w trybie art. 26 ust. 4 pzp do Wykonawcy ESP o wyjaśnienie zaistniałego stanu faktycznego, tj. rozbieżności wynikających z załączenia wraz z ofertą JEDZ Invent On sp. z o.o. przy jednoczesnym złożeniu w JEDZ oświadczenia, że nie będzie polegał na zdolnościach tego podmiotu.

Pismem z 20 września 2017 r. Wykonawca ESP poinformował Zamawiającego, że omyłkowo wypełnił część II.D JEDZ w zakresie wskazania jako podwykonawcy Invent On sp. z o.o., na którego zasobach będzie polegał w celu wykazania spełniania kryteriów kwalifikacji.

Pismem z 21 września 2017 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp Wykonawcę ESP do uzupełnienia części II.D JEDZ w celu dostosowania jednolitego formularza do stanu faktycznego.

W wyniku ww. wezwania treść JEDZ odnośnie podwykonawstwa została dostosowana do stanu faktycznego zgodnego z oświadczeniem Wykonawcy ESP z 20 września 2017 r. tzn. Invent On sp. z o.o. nie został wskazany w części II.D, gdyż nie mieści się w zbiorze zdefiniowanym jako podwykonawcy, na których zdolnościach wykonawca nie polega.

Natomiast w części II.D JEDZ Wykonawca ESP konsekwentnie wskazywał innego podwykonawcę, na którego zdolnościach nie polega, oraz podał zakres, którego będzie dotyczyło podwykonawstwo.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Umknęły uwadze Odwołującego powyżej ustalone okoliczności faktyczne, które sprawiają, że zarzut sformułowany w odwołaniu jest bezprzedmiotowy.

Na marginesie należy zauważyć, że na podstawie odwołania nie sposób stwierdzić, czego w istocie dotyczy postawiony ogólnikowo zarzut.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 3 listy zarzutów oraz z pkt 3.5 uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutu:

Wykaz usług złożony przez Wykonawcę ESP nie obejmuje zamówień publicznych.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Ponieważ zarzut odwołania opierał się na błędnym założeniu faktycznym, a żądanie było bezprzedmiotowe, nie mogły zostać uwzględnione przez Izbę, skoro okazało się, że w istocie Zamawiający, tak jak oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, uczynił zadość żądaniom odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: