

Sygn. akt: KIO 377/20

WYROK
z dnia 10 marca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Irmina Pawlik**

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: **Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 roku przez wykonawcę Portal PZP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie

przy udziale wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 377/18 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu odwołania numer 3 i 4.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Portal PZP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie i:
zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Portal PZP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Budowa Platformy e-Zamówienia oraz usługi Inżyniera Kontraktu*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 września 2019 roku pod numerem 2019/S 179-436540.

24 stycznia 2019 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „p.z.p.” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- a) zaniechania wykluczenia wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Pentacomp”), pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego dla Części I Zamówienia w Rozdziale IV pkt. 3.1 SIWZ, dotyczącego wykonania w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 usług o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto każda, polegającego na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowanych użytkowników w sieci Internet, podczas gdy wskazane w pkt 1 i pkt 2 wykazu usług (złożonego przez Pentacomp na wzorze Załącznika nr 1f SIWZ, dalej: „Wykaz Usług”) projekty pn. „*Pierwszy przyrost Systemu P1 w ramach drugiej fazy Projektu P1*” i „*Rozbudowa Systemu P1*” nie spełniają ww. wymagań (Zarzut 1.1),
- b) zaniechania wykluczenia wykonawcy Pentacomp, pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego dla Części I Zamówienia w Rozdziale IV pkt. 3.2 SIWZ, dotyczącego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 1 usługi polegającej na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł w chmurze obliczeniowej przez okres minimum 12 miesięcy, podczas gdy wskazany w pkt 3 Wykazu Usług projekt pn. „*System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS Pi*” nie spełnia ww. wymagań SIWZ (Zarzut 1.2),
- c) zaniechania wykluczenia wykonawcy Pentacomp, pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego dla Części I Zamówienia w Rozdziale IV pkt. 3.3 ppkt 6) SIWZ dotyczącego wymogu dysponowania osobami (Kluczowym Personelem) skierowanymi do realizacji zamówienia - w zakresie

Administradora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps. Wskazany przez Pentacomp Administrator DevOps nie spełnia ww. warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ co najmniej jeden z systemów którym administrował nie oferował usług publicznych, ponieważ był to system do zarządzania i monitorowania urzędzeń produkcyjnych, a użytkownikami byli pracownicy podmiotów komercyjnych (Zarzut 1.3),

- d) zaniechania wykluczenia Pentacomp z Postępowania pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (alternatywnie lekkomyślności lub niedbalstwa) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu (tj. decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej) (Zarzut 2),
- e) oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pentacomp pomimo tego, że powinna ona uzyskać niższą punktację (Zarzut 3),
- f) zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego części oferty Pentacomp zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym w szczególności w zakresie wykazu osób składanego na potwierdzenie kryteriów pozacenowych i spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Załączniki nr 1d i 1e) podczas gdy informacje te nie spełniają przesłanek niezbędnych dla zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa (zarzut 4),
- g) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pentacomp pomimo tego, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (Zarzut 5),

ewentualnie

- h) zaniechania wezwania Pentacomp do wyjaśnień w zakresie:
 - wskazanych w pkt 1 i 2 Wykazu Usług projektów pn, „*Pierwszy przyrost Systemu P1 w ramach drugiej fazy Projektu Pr* i „*Rozbudowa Systemu P1*” podczas gdy z treści referencji udzielonych przez GSIOZ przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wynika, że projekty te realizowane były w zakresie zgodnym z wymogami SIWZ,
 - wskazanego w pkt 3 Wykazu Usług projektu pn. „*System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych CMOS PI*”, podczas gdy przedłożone przez Pentacomp Protokoły Odbioru Okresu Rozliczeniowego wskazują na przedmiotowo Inny projekt realizowany w terminie i zakresie nieodpowiadającym wymogom SIWZ (Zarzut 6).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Pentacomp z Postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo tego, że Pentacomp nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wskazanym w: Rozdziale IV pkt 3.1 SIWZ (Zarzut 1.1), Rozdziale IV pkt 3.2 SIWZ (Zarzut 1.2), Rozdziale IV pkt 3.3 ppkt. 8) SIWZ (Zarzut 1.3),
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16, alternatywnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez przyjęcie dokumentów i informacji składanych przez Pentacomp w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i zaniechanie wykluczenia Pentacomp z Postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Pentacomp (ewentualnie lekkomyślności lub niedbalstwa) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez niewłaściwą ocenę oraz wybór oferty Pentacomp jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w Postępowaniu wykonawca ten winien był otrzymać niższą punktację,
- 4) art. 8 ust. 1-3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.) (dalej jako: „u.z.n.k.”) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odtajnienia części oferty Pentacomp w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, pomimo tego, że nie spełniają one przesłanek niezbędnych dla zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa,

ewentualnie

- 5) art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy Pentacomp w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale IV pkt 3.1 i 3.2 SIWZ, podczas gdy przedłożone na potwierdzenie należytego wykonania dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez Pentacomp warunków udziału w postępowaniu,
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Pentacomp,

- wykluczenie z Postępowania wykonawcy Pentacomp,
- odtajnienie części oferty Pentacomp w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

ewentualnie

- wezwanie Pentacomp do wyjaśnień w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu, która została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert. Unieważnienie niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego i wykluczenie wykonawcy Pentacomp spowoduje, że oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co spowoduje uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego Zamówienia. Ewentualne nieuwzględnienie niniejszego odwołania pozbawi Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego Zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując Zamówienie. Okoliczności te wyczerpują przesłanki z art 179 ust. 1 ustawy warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zarzut 1 - zaniechanie wykluczenia z Postępowania Pentacomp pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że pomimo tego, że Pentacomp nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, nie został przez Zamawiającego wykluczony z Postępowania. Zaniechanie to skutkuje naruszeniem art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Wykonawca Pentacomp nie spełnił warunków udziału w następującym zakresie wskazanym dla Części I Zamówienia w: Rozdziale IV pkt 3.1 SIWZ (zarzut 1.1), Rozdziale IV pkt 3.2 SIWZ (zarzut 1.2), Rozdziale IV pkt 3.3 ppkt 6 SIWZ (zarzut 1.3).

W zakresie **zarzutu 1.1** –

zgodnie z pkt 3.1 Rozdziału IV SIWZ dla Części i Zamówienia - dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymagał min. wykazania, „że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto (trzy miliony każda, polegające na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowanych użytkowników w sieci internet i system charakteryzował się co najmniej 3 z następujących cech:

- a) *Została w nim wdrożona usługa generowania i ochrony kluczy kryptograficznych używanych przez aplikacje i usługi w chmurze z wykorzystaniem sprzętowego modułu zabezpieczeń (HSM, hardware security module),*
- b) *zbudowany został w oparciu o niezależne skalowalne mikroserwisy* na poziomie architektury,*
- c) *wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji {komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna) zgodny z wytycznymi REST jako jedyne miejsce styku pomiędzy serwisami,*
- d) *posiadał komponent bezpieczeństwa zgodny z normą PN-ISO/IEC 27001:2014 lub normą PN-EN ISO 22301:2014 lub równoważną,*
- e) *komponenty systemu były wdrażane jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym**”.*

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w Postępowaniu Pentacomp wskazał projekty pn. (i) „Pierwszy przyrost Systemu P1 w ramach drugiej fazy Projektu P1” i (ii) „Rozbudowa Systemu P1” realizowane na rzecz Zamawiającego - Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia („CSIOZ”).

Produktami zamówienia usługi wykazanej w poz. 1 Wykazu Usług (o której mowa poniżej) była budowa Podsystemów Systemu P1, co wynika z dokumentacji przetargu na dokończenie Systemu P1 (załącznik nr 1 do Umowy na cz.1 i na cz. 2 postępowania na „Dokończenie budowy Projektu pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1), jego utrzymanie i rozwój WZP.270.101.20ir), tj.:

„Pkt 4 Stan Projektu P1 na dzień zawarcia Umowy

Projekt P1 podlegał podziałowi na dwie fazy realizacyjne:

- 1) *Faza 1 - wytworzenia Podsystemów oraz zakup infrastruktury CSIOZ na potrzeby Systemu P1;*
- 2) *Faza 2 - dokończenie budowy i wdrożenie Systemu P1.*

Celem Fazy 1 było wytworzenie Podsystemów składających się na System P1, Wytworzone w tej fazie oprogramowanie zostało zaplanowane i przygotowane niezależnie dla każdego z przyrostów jako Podsystemy, które w kolejnej fazie podlegać będą integracji. Dodatkowo w ramach Fazy 1 zakupiono Infrastrukturę CSiOZ na potrzeby Systemu P1.

Faza 1 zakończyła się przed przystąpieniem Wykonawcy do realizacji Umowy, ale w związku z jej wynikami do realizacji Zadania muszą zostać wykorzystane Podsystemy wytworzone w 1 Fazie Projektu P1 oraz dostarczona infrastruktura CSiOZ.

Wykaz Podsystemów wytworzonych w 1 Fazie zawarto w Załączniku nr 1a do Umowy, a wykaz infrastruktury CSiOZ zawiera Załącznik nr 12 do Umowy.

Rozpoczęto realizację Fazy 2, która obejmuje dokończenie budowy Systemu P1 o Podsystemy, które nie były dotychczas wytworzone, przeprowadzenie procesu integracji Podsystemów oraz ich wdrożenie”.

Z powyższego wynika, że w ramach pierwszej umowy powstały Podsystemy Systemu P1. Z kolei ich wdrożenie nastąpiło dopiero w ramach umowy na Dokończenie budowy Projektu pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1), jego utrzymanie i rozwój WZP.270.101.2017 w części 1 pomiędzy CSiOZ a konsorcjum EC2 SA, S&T Poland Sp. z o.o, i S&T Services Polska Sp, z o.o.

Odwołujący podał, że te usługi wskazane w poz. 1 i 2 Wykazu Usług (o których mowa powyżej) nie spełniają omawianego warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ systemy te były uruchamiane w ramach wykazywanych przez Pentacomp usług na środowisku testowym, a nie wdrażane produkcyjnie. Powyższe potwierdza sam wystawca referencji - CSiOZ - w treści udzielonych referencji, gdzie w ostatnich akapicie wskazuje:

- a) dla projektu „Pierwszy przyrost Systemu P1 w ramach drugiej fazy Projektu P1”:
Dodatkowo Wykonawca zrealizował wdrożenie Systemu PI na Środowisko testowe oraz wdrożenie Systemu P1 w zakresie interfejsów sieciowych e-Recepty na środowisko integracji.
- b) dla projektu „Rozbudowa Systemu P1”:
e-recepty, Ponadto Wykonawca zrealizował wdrożenie Systemu P1 na środowisko testowe oraz wdrożenie Systemu P1 w zakresie interfejsów sieciowych e-skierowania na środowisko integracji.

Odwołujący podał wskazując na wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2469/19 wydanym w toku niniejszego Postępowania i w odniesieniu do omawianych warunków udziału w Postępowaniu - kluczową kwestią było wdrożenie systemu. W przypadku uruchomienia go na środowisku testowym, wbrew literalnemu brzmieniu referencji, o wdrożeniu z przyczyn oczywistych nie może być mowy gdyż takie dokonywane jest dopiero

w środowisku produkcyjnym, nie zaś testowym. W wyroku tym w odniesieniu do usługi wskazanej przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Izba stwierdziła, że usługi te „nie spełniały już wymogu dotyczącego ich wykonania w systemie teleinformatycznym, gdyż ten system nie powstał i nie były wykonywane dla podmiotu zamawiającego”.

Stosując więc analogię do projektów wskazanych w pkt 1 i 2 Wykazu Usług Pentacomp należy z całą stanowczością stwierdzić, że projekty te nie odpowiadają wymogom SIWZ interpretowanej zgodnie z wytycznymi sformułowanymi przez Izbę - co w konsekwencji winno skutkować wykluczeniem Pentacomp z uwagi na niespełnienie ww. warunków udziału w Postępowaniu.

W zakresie **zarzutu 1.2** –

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie wykluczył Pentacomp z Postępowania pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu wynikającego z pkt 3.2 Rozdziału IV SIWZ dla Części I Zamówienia. W tym warunku udziału w Postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał wykazania, aby:

„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) co najmniej 1 usługę polegającą na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł w chmurze obliczeniowej przez okres minimum 12 miesięcy.

Zamawiający dopuszcza wykazanie się spełnieniem warunku, o którym mowa w pkt 3.2. również w przypadku wskazania przez Wykonawcę realizacji zamówienia obejmującego usługę zaprojektowania architektury rozwiązania, budowy i wdrożenia systemu teleinformatycznego wraz z usługą utrzymania w ramach jednej umowy.

W odniesieniu do świadczeń okresowych lub ciągłych część zamówienia faktycznie wykonana musi spełniać wymogi określona przez Zamawiającego”.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Pentacomp wskazał projekt pn. „System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL” wraz z potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia w postaci Protokołów Odbioru Okresu Rozliczeniowego.

Mając na uwadze daty dokonywanych odbiorów wynikających z przedłożonych przez Pentacomp protokołów oraz bazując na terminach wskazanych w OPZ (zamówienia realizowanego dla Min. Finansów) dla danych etapów tego projektu – Odwołujący zauważył, że prace wykonywane na rzecz systemu EMCS PL były wykonywane w okresie nieodpowiadającym wymogom wskazanym SIWZ.

W tabeli wskazał Odwołujący:

Etap 1 – zakres: Wdrożenie wymagań unijnych dla fazy 3.1 oraz połączenie z systemem AIS dla istniejący środowisk EMCS PL; termin zakończenia: 13 luty 2014 rok,

Etap 2 - zakres:

- Integracja EMCS 2 PI z innymi systemami realizowanymi w ramach programu e-Cło na infrastrukturze CPD MF dla wszystkich środowisk EMCS PL 2,
- Zmiany zgodnie z wymaganiami użytkowników oraz zmiany funkcjonalne związane z przebudową architektoniczną systemu EMCS PL 2 opisane w rozdziale 4,
- Migracja danych systemu EMCS PL do EMCS PL 2 na infrastrukturę CPD MF,
- Utrzymanie systemu,

termin zakończenia: 9 miesięcy od daty odbioru etapu t nie później niż do 15 listopada 2014r

Etap 3 – zakres: Utrzymanie i rozwój systemu EMCS PL 2; termin zakończenia: 48 miesięcy od daty odbioru etapu 2.

Zgodnie z powyższym podziałem etapów zamówienia, wszelkie prace przy systemie EMCS PL (a więc także administrowanie tym systemem) zostały wykonane do 15 listopada 2014 r., wobec czego termin realizacji zamówienia nie odpowiada okresowi wskazanym ww. warunku udziału w Postępowaniu.

Na marginesie Odwołujący wskazał , że system EMCS PL nie był rozwiązaniem chmurowym, wobec czego również w warstwie merytorycznej nie odpowiadał wymogom SIWZ.

Nie bez znaczenia w kontekście stawianego zarzutu pozostają definicje systemów wynikające ze wzoru umowy, a które to wyraźnie rozróżniają EMCS PL I EMCS PL 2 jako dwa odrębne systemy. Nadto, jak wprost zostało wskazane w treści omawianego warunku udziału w Postępowaniu, wymóg dotyczył administrowania (jednym) systemem, a nie wieloma systemami. Wszelkie więc próby łączenia prac dla obu tych systemów należy uznać za nie odpowiadające wymogom SIWZ.

Wzór umowy postępowania prowadzonego przez Ministerstwo Finansów:

EMCS PL - Krajowy System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych - działający od 1 stycznia 2011 r. system informatyczny, do obsługi przemieszczeń wyrobów akcyzowych realizowanych w procedurze zawieszenia poboru akcyzy zarówno krajowych jak i wewnątrzspółnotowych a także przemieszczeń po imporcie oraz z przeznaczeniem na eksport, EMCS PL zintegrowany jest z Systemami ECS, OSOZ SEED oraz modułem RAM. Pod pojęciem systemu EMCS PL rozumie się również generator komunikatów używany przez podmioty do tworzenia komunikatów.

EMCS PL 2 - Krajowy System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych powstały na skutek realizacji niniejszego Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że Pentacomp omyłkowo podał system EMCS PL zamiast EMCS PL 2 (co w ocenie Odwołującego nie miało miejsca i o czym będzie mowa w uzasadnieniu do Zarzuty 2) to Zamawiający powinien był zweryfikować poprawność podanych informacji, np. w drodze wezwania Pentacomp do złożenia stosownych wyjaśnień. Przyjmując hipotetycznie, na podstawie protokołów odbioru, że intencją Pentacomp było jednak posłużenie się referencją z realizacji prac przy realizacji systemu EMCS PL 2 - to prace te również nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, i to co najmniej z kilku powodów:

a)Wartość systemu - omawiany warunek udziału w Postępowaniu wskazywał na wartość systemu, którego dotyczyć miało administrowanie systemem teleinformatycznym, a która to wartość powinna wynosić co najmniej 3.000.000,00 zł, Tymczasem wartość umowy całego projektu, na który powołuje się Pentacomp wyniosła brutto 4.609.619,34 zł.

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:24851-2014:TEXT:PL:HTML&src=0>

Odejmując jednak składowe, które wpływają na wartość umowy, ale nie wpływają na wartość całego systemu okazuje się, że jego wartość nie przekracza wymaganych 3 mln zł. Jak wskazał bowiem Pentacomp w Wykazie Usług (ponad) 900.000 zł z tytułu tej umowy zostało przeznaczone na samo administrowanie systemem. Odejmując ponadto zarezerwowaną w tej kwocie, a niewykorzystaną na rozwój kwotę co najmniej 1.105.000,00 zł (na którą składa się 850(dni) co najmniej 1300 zł brutto) i koszt prac zrealizowanych w ramach Etapu 1 na rzecz EMCS PL („1”), to z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można stwierdzić, że wartość wytworzenia systemu EMCS PL 2 nie przekroczyła wymaganych w warunku 3 mln zł

Okres administrowania systemem o wartości min. 3 mln zł - wątpliwości ponadto pozostawia, a co w żaden sposób nie wynika z dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez Pentacomp, jaką wartość posiadał system EMCS PL 2 w okresie administrowania zgodnym z SIWZ. Mając na uwadze treść ww. warunku mówimy o przedziale czasowym pomiędzy 17.10.2016 (3 lata przed terminem składania ofert) a 13.11.2018 (Wedy Pentacomp zakończył realizację umowy z Ministerstwem Finansów). Tym samym, Zamawiający na podstawie przedłożonych dokumentów nie miał podstaw do stwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu.

W zakresie zarzutu 1.3 –

Pentacomp nie spełnił warunku udziału w postępowaniu również w odniesieniu do warunku wskazanego dla Części I Zamówienia w Rozdziale IV pkt 3.3 ppkt. 6) SIWZ, w myśl którego wykonawca powinien wykazać, że:

„dysponuje osobami (Kluczowym Personelem) skierowanymi do realizacji zamówienia, zgodnie z poniższymi wymaganiami: (...)

6. Administratorem systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps (co najmniej 1 osoba), który spełnia łącznie następujące warunki:

- a. posiada wyższe wykształcenie techniczne, informatyczne, lub wyższe bez wymaganego profilu uzupełnione studiami podyplomowymi w zakresie TIK (technologie informacyjno-komunikacyjne),
- b. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił w sumie przez okres minimum 24 miesięcy funkcję administratora albo Inżyniera DevOps dla co najmniej 2 systemów teleinformatycznych, z których każdy oferował usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 Identyfikowanych użytkowników w sieci Internet, utrzymywanych w środowisku chmury obliczeniowej wdrożonych jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym**,
- c. posiada certyfikat potwierdzający umiejętności projektowania i zarządzania lub administrowania oferowanym środowiskiem chmurowym np. Microsoft MCSD w zakresie AZURE.

W toku oceny spełnienia ww. warunku udziału Zamawiający pismem z dnia 7 lutego 2020 r. zwrócił się w trybie z art. 26 ust. 4 ustawy do Pentacomp o wyjaśnienie czy referencyjny projekt/system, którym posłużył się Pentacomp odpowiada wymogom SIWZ tj. czy posiadał wymaganą dostępność dla 20 000 identyfikowalnych użytkowników oraz kto jest identyfikowanym użytkownikiem:

Dodatkowo, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień do Wykazu osób, składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dotyczącym:

1.informacji potwierdzających posiadanie przez osobę wskazaną do pełnienia roli Eksperta ds. bezpieczeństwa ważnego certyfikatu potwierdzającego uprawnienia audytora IT. Proszę o przekazanie informacji pozwalającej na stwierdzenie ważności wskazanego w Wykazie certyfikatu CISA.

2. osoby wskazanej do pełnienia roli Administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps:

2.1w Wykazie osób dla tej osoby w pozycji 2. wskazano Projekt/System, którego nazwa nie precyzuje charakteru świadczenia usług, w tym dostępności dla 20 000 identyfikowalnych użytkowników poprzez sieć internet. Proszę o doprecyzowanie dla wskazanego systemu kto jest identyfikowalnym użytkownikiem a tym samym czy system umożliwia zarządzanie minimum 20 000 użytkowników?

Pentacomp w dniu 11 lutego 2020 r, udzielił następującej odpowiedzi:

2.W zakresie osoby wskazanej do pełnienia roli Administratora systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DevOps:

2.1 Doprecyzowując dla wskazanego, w wykazie osób dla tej osoby w pozycji 2. systemu identyfikowalnym użytkownikiem systemu są pracownicy przedsiębiorstw korzystających z systemu do zarządzania i monitorowania urzędzeń przemysłowych. System pozwala na obsługę co najmniej 20 000 identyfikowalnych użytkowników, jest w pełni skalowalny i jest dostępny z sieci Internet poprzez stronę WWW Jak również dedykowaną aplikację mobilną.

2.2 Potwierdzamy, że czas realizacji - daty początek i koniec podane w Wykazie osób są równoznaczne z okresem pełnienia przez wskazaną osobę wymaganej funkcji.

W ocenie Odwołującego w powyższej odpowiedzi (pkt 2.1.) Pentacomp wprost wskazał, że przedstawiony przez niego referencyjny projekt jest niezgodny z wymogiem SiWZ, ponieważ co najmniej jeden z systemów, którym administrował nie oferował usług dostępnych publicznie - był to system do zarządzania i monitorowania urzędzeń produkcyjnych i wprost potwierdził, że użytkownikami byli pracownicy przedsiębiorstw korzystających z systemu. Oznacza to, że system ten nie jest dostępny publicznie, a dostęp do niego jest uzależniony chociażby od podpisania umowy, dokonania opłat i wykonania działań administracyjnych zezwalających na dostęp do konkretnych urzędzeń.

Kwestię braku oferowania usług publicznie dostępnych przez wskazany system potwierdza niejako sam Zamawiający, który nie odtajnił informacji o tym systemie/tej usłudze. W przeciwnym bowiem przypadku, tj. gdyby system oferował usługi publicznie dostępne to brak byłoby podstaw do utajnienia tych informacji przez Pentacomp, jak również utrzymania tej tajemnicy przez Zamawiającego.

W kontekście powyższego wymogu przytoczyć należy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z wyroku z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2589/19, w którym Izba podjęła się rozstrzygnięcia i zdefiniowania sformułowania „usług publicznie dostępnych”, których realizacja podobnie jak w niniejszym Postępowaniu stanowiła element warunku udziału w postępowaniu. W wyroku tym Izba wskazała w kontekście definicji „usług publicznie dostępnych”, te „wymienione funkcjonalności będą dostępne zwyktemu użytkownikowi, a samo wykonanie systemu, który taką możliwość ma jedynie potencjalnie, nie faktycznie jest niewystarczające. (...) Skoro, co niespornie ujawniła rozprawa, system wykonany przez odwołującego nie zapewnia przeciętnemu użytkownikowi dostępu do wymienionych funkcjonalności w pełnym zakresie, gdyż konieczne są ku temu zabiegi ze strony administratora, odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i został wykluczony przez zamawiającego zasadnie, bez obrazy art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp. Odwołujący został bowiem wezwany do uzupełnienia wykazu i wskazanie innej - niż powołana - usługi, a usługi takiej nie wskazał.”

W ocenie Odwołującego nie pozostawia wątpliwości, że system do zarządzania i monitorowania urzędzeń przemysłowych nie jest systemem oferującym usługi publicznie

dostępne, i choćby tylko z tego względu świadczy o niespełnieniu przez Pentacomp warunków udziału w Postępowaniu,

Mając na uwadze powyższe Zarzut 1 w całości należy uznać za zasadny.

Zarzut 2 - *zaniechanie wykluczenia Pentacomp z Postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.*

Opisane powyżej działania Pentacomp prowadzą również do wniosku, że wykonawca ten działając w warunkach co najmniej winy nieumyślnej tj. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a w ocenie Odwołującego w pełni świadomie wprowadził w błąd Zamawiającego przedstawiając informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie omawianym powyżej, a które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu (tj. wybór oferty najkorzystniejszej). Tym samym Pentacomp dopuścił się czynu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy czego skutkiem powinno być wykluczenie Pentacomp z Postępowania. Choć nie jest to istotne z punktu widzenia wypełnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy to wskazać należy, że Zamawiający dał się wprowadzić w błąd, przez co doprowadzony został do podjęcia określonych decyzji - uznania, że wykonawca Pentacomp nie podlega wykluczenia z Postępowania, a które to decyzje miały wpływ na wynik całego prowadzonego postępowania (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r KIO1425/15).

W kontekście tego zarzutu odwołania, szczególną uwagę zwrócił Odwołujący na okoliczność manipulowania przez Pentacomp nazwami projektów EMCS PL (Wykaz Usług) i EMCS PL 2 (Protokoły Odbioru), co w ocenie Odwołującego miało na celu wywarcie na Zamawiającym błędnego przekonania o faktycznym rozmiarze prac i wartości systemu EMCS PL 2 w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu - co jednoznacznie świadczy o intencjonalnym wprowadzeniu w błąd Zamawiającego. Wskazał Odwołujący na orzeczenia Wyrok z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2345/18; wyrok z dnia 22 maja 2018 r., sygn. akt KIO 899/18, Wyrok z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt KIO 1978/17, których fragmenty cytował w uzasadnieniu odwołania.

Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zostać kumulatywnie spełnione wymienione w nim przesłanki, tj. przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, która wprowadziła zamawiającego w błąd i w jej wyniku zamawiający uznał, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, przy czym przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wszystkie ww. elementy skutkujące wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy wystąpiły w tym Postępowaniu. Wykonawca

Pentacomp świadomie przedstawił referencyjne postępowania, w tym min. manipulując nazwą projektu realizowanego dla Ministerstwa Finansów, budując przekonanie, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Stąd, zaniechanie wykluczenia Pentacomp przez Zamawiającego wynika wyłącznie z jego działań, materializując wszystkie przesłanki wynikającego z art 26 ust. 1 pkt 16.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł, że gdyby wykonawca Pentacomp nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy to winien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazał i zacytował fragment wyroku z dnia 18 września 2018 r., sygn. akt KIO 1747/18: *„Do stwierdzenia faktu wprowadzenia w błąd zamawiającego, na podstawie ww. przepisu, wystarczy, że podana została nieprawdziwa, tj. niezgodna z rzeczywistością informacja, bez względu na to, czy zamawiający opierając się na własnej wiedzy był ją w stanie zweryfikować, czy też nie.* Wskazał i zacytował również fragment orzeczenia z dnia 31 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1401/18. Wątpliwości nie pozostawia w ocenie Odwołującego, że przedstawienie informacji jak choćby dotyczących tego, że projekty realizowane dla CSIOZ odpowiadały wymogom SIWZ – niezależnie od intencji Pentacomp skutkowały wprowadzeniem w błąd Zamawiającego, a które w konsekwencji miały wpływ na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że gdyby wykonawca Pentacomp nie podlegał wykluczeniu na podstawie art 24 ust 1 pkt 16 ustawy to winien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Zarzut 2 należy uznać za zasadny.

Zarzut 3 - błędna ocena i wybór oferty Pentacomp

Odwołujący podniósł zarzut w zakresie błędnej oceny oferty Pentacomp i nieuprawnionego przyznania przez Zamawiającego temu wykonawcy dodatkowych 15 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Powyższe skutkuje naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zamawiający 14 lutego 2020 r., w wyniku przeprowadzonego ponownie badania i oceny ofert przyznał wykonawcy Pentacomp łącznie 90,05 pkt, w tym 15 pkt w kryterium *„Doświadczenie i wiedza Dewelopera/Programisty zaangażowanego w realizacji zamówienia.* ”

W ramach tego pozacenowego kryterium oceny ofert Pentacomp wskazał doświadczenie

Developera zdobyte w projekcie/projektach realizowanych przez niego w firmie Malkom D. M. i Wspólnicy Sp. j. (dalej „Malkom”).

Jak wynika natomiast z oświadczenia Malkom projekt pn. *„Wykonanie oprogramowania Zarządcy Kluczy wraz z usługami dodatkowymi”* wykonywany na zlecenie DXC Technologies Sp. z o.o. był jedynym projektem realizowanym przez Malkom w latach 2014-2019, który obejmował swoim zakresem wdrożenie usługi chmurowej typu Key Management Service (MKS) - i jedynym który był zgodny z ww. kryterium oceny ofert (Rozdział XI pkt 5.2 SIWZ).

Odwołujący w swojej ofercie również wskazał ww. projekt realizowany przez Malkom i doświadczenie p. R. J. (współpracownika Malkom), który przez ponad 3 miesiące pełnił rolę dewelopera/programisty przy wdrożeniu usługi chmurowej typu Key Management System (KMS) w tym projekcie.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie przyznał punktów w przedmiotowym kryterium Odwołującemu, oraz mając na uwadze wyrok Izby (sygn. akt KIO 2469/19), w myśl którego realizacja projektu przez Malkom nie spełnia omawianego kryterium oceny ofert - Zamawiający przy ponownej ocenie oferty Pentacomp zgodnie z wytycznymi Izby nie powinien był przyznać 15 pkt w ramach tego kryterium Pentacomp, analogicznie jak uczynił to w przypadku oferty Odwołującego. Jeżeli natomiast Pentacomp w ofercie na potwierdzenie spełnienia wymogów w ramach powyższego kryterium przedstawił inny projekt realizowany przez Developera w ramach współpracy z Malkom, to zgodnie z przywołanym oświadczeniem Malkom, projekt ten nie spełnia wymogów Zamawiającego. Odwołujący wniósł o rozpatrzenie przedmiotowego zarzutu jako samoistnego, ponieważ ma on wpływ na pozycję w rankingu w przypadku uwzględnienia części zarzutów skargi na orzeczenie Izby (KIO 2469/19) wniesionej przez Odwołującego w dniu 21 lutego 2020 r.

Zarzut 4 - zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia części oferty Pentacomp

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art 8 ust. 1-3 ustawy w związku z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odtajnienia złożonych wraz z ofertą: załącznika nr 1 do JEDZ, Załącznika nr 1 do Formularza ofertowego, dokumentów podmiotu udostępniającego Pentacomp swoje zasoby, Załączników nr 1d i 1e zawierających wykazy osób składanych na potwierdzenie kryteriów pozacenowych i potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - pomimo tego, że nie spełniają one przesłanek niezbędnych dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, że po unieważnieniu przez Zamawiającego czynności wyboru i oceny ofert i do dnia ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej nie uzyskał informacji od Zamawiającego odnośnie zakończenia procesu badania skuteczności zastrzeżenia jako

tajemnicę przedsiębiorstwa oświadczeń i dokumentów złożonych przez Pentacomp. Wskazując orzecznictwo Izby z dnia 5 grudnia 2018 r., KIO 2395/18 zacytował, że: *„termin na wniesienie odwołania co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy liczyć od dnia poinformowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej (...) albowiem data wyboru najkorzystniejszej oferty jest niewątpliwie datą, w której Zamawiający kończy badanie i ocenę ofert. (...) terminem, od którego należy liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa jest data podjęcia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.*

Nadto, na kanwie wyroku 2 dnia 27 grudnia 2019 r. (sygn. akt KIO 2440/19) Izba nakazała odtajnić informacje zawarte w ofercie Odwołującego dotyczące obu Wykazów osób zdolnych do wykonania zamówienia, zobowiązań do użyczenia zasobów, JEDZ podmiotów, które użyczyły zasoby Odwołującemu.

Izba wskazała więc miernik staranności jaki należy stosować w odniesieniu do informacji będących przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tymczasem Zamawiający dokonał odtajnienia części oferty Odwołującego, pozostawiając analogiczne części oferty Pentacomp zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa - naruszając tym samym zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy. W ocenie Odwołującego, Pentacomp wraz z ofertą nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu u.z.n.k. W uzasadnieniu dotyczącym utajnionych informacji wykonawca ten uzasadnia zastrzeżenie wyłącznie w sposób ogólnikowy, nie zawierając przy tym żadnych dowodów potwierdzających zasadność tego zastrzeżenia. Tymczasem jak wskazuje w swojej opinii i podobnie Izba w wyrokach dotyczących przedmiotowego postępowania z dn. 27 grudnia 2019 r. (sygn. akt KIO 2440/19) i z dn. 20 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2469/19, KIO 2473/19) ustawodawca choć pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak, zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Również orzecznictwo Izby nie pozostawia w tym zakresie wątpliwości i wskazuje, iż wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce w szczególności, w odniesieniu do przesłanek określających charakter zastrzeganych informacji (techniczny, technologiczny, organizacyjny etc.), które powinny być uprawdopodobnione przez ustalenie obiektywnych (nawet jeżeli tylko swoistych i odnoszących się tylko do danego wykonawcy) faktów przesądzających o tego typu

charakterze zastrzeżonych danych (por. wyrok KIO z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt KIO 1921/12). Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać przy tym na złożeniu dowodów mających postać np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. W zakresie wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej informacji Odwołujący wskazał i zacytował wyrok Izby z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10, *„wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania, które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np, wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi, iż powyższa (zastrzeżona - przyp. wŁ) informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona.”* Odwołujący argumentował, że zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny zasadności powyższego zastrzeżenia w oparciu o przepisy u.z.n.k. Ocena zamawiającego w powyższym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do upływu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle przepisów u.z.n.k., zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art 8 ust. 3 ustawy. Odwołujący kolejny raz powołał i zacytował wyrok z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 291/15 *„brak takich wyjaśnień (wykazujących zasadność zastrzeżenia - przyp. wŁ) lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 p.z.p. ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji”* (analogiczne stanowisko Izba zajęła w wyrokach; z dnia 26 lutego 2015, sygn. akt KIO 306/15 oraz z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt. KIO 279/15).

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze lakoniczność oraz ogólnikowość uzasadnienia przedstawionego Pentacomp oraz brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających zasadność dokonanego zastrzeżenia, Zamawiający powinien podjąć decyzję o odtajnieniu Wyjaśnień.

Ponownie Odwołujący powołując się na orzecznictwo Izby wskazał, że wynika z niego jednoznacznie, że utajnieniu mogą podlegać jedynie poszczególne informacje, a nie całe dokumenty. Wadliwe jest zatem, tak jak to zrobił Pentacomp, zastrzeganie całości dokumentów i załączników, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce (zob. wyrok KIO z dnia 20 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 228/18). Wszędzie tam gdzie wykonawca Pentacomp powołuje się na doświadczenie w systemach dostępnych publicznie, czy też oferujących usługi publiczne, informacje te powinny zostać odtajnione (np. w zakresie doświadczenia osób

zdolnych do realizacji zamówienia dla ról Eksperta do spraw bezpieczeństwa, Administratora systemu utrzymywanego w chmurze obliczeniowej (DevOps) czy Analityka w zakresie udziału przy wdrożeniu systemu służącego do udzielania zamówień w trybach ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zastrzeżenie tych informacji przez Pentacomp oraz zaniechanie ich odtajnienia przez Zamawiającego stanowi tym samym naruszenie zasad jawności Postępowania oraz uczciwej konkurencji. Pentacomp zastrzegając informacje w praktyce uniemożliwił bowiem dokładną weryfikację przez Odwołującego spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu. Stąd też informacje zawarte w Wyjaśnieniach powinny być w pełni jawne.

Zarzut 5 - wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pentacomp, podczas gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

Czynności i zaniechania Zamawiającego opisane w ramach Zarzutów 1-3 prowadzą do wniosku, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Pentacomp z Postępowania, jak również wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. W konsekwencji, Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 ustawy przez co Zarzut 5 należy uznać za zasadny.

Zarzut 6 - zaniechanie wezwania Pentacom do wyjaśnień

Odwołujący podał, że przy założeniu, że Izba nie podzieli stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutu 1 i 2 wskazującego na okoliczności, które winny skutkować wykluczeniem Pentacomp z Postępowania, Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wezwania Pentacomp do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Zaniechanie to skutkuje naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy.

W opinii Odwołującego Zamawiający, nawet jeśli nie był w stanie jednoznacznie stwierdzić niezgodności wskazanych w Wykazie Usług, referencjach i protokołach (co ze względów, o których mowa powyżej wydaje się mało prawdopodobne) to powinien przynajmniej nabrać poważnych wątpliwości co do tego, czy projekty wskazane przez Pentacomp na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu są zgodne z wymogami określonymi w SIWZ. Informacje, na które powołuje się Odwołujący dot. elementów i zakresu merytorycznego projektów referencyjnych są bowiem powszechnie dostępne.

Zaniechanie wezwania Pentacomp do wyjaśnień treści Wykazu Usług stanowi zatem naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy. W tym kontekście należy bowiem wskazać, iż z treści art. 26 ust. 4 ustawy wypływa nie tylko uprawnienie Zamawiającego do wyjaśnienia treści dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,

lecz także zobowiązanie do takiego działania w celu rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli zatem Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do Wykazu Usług Pentacomp i przedłożonych referencji i protokołów (a takich wątpliwości, biorąc pod uwagę przytoczone powyżej okoliczności zdecydowanie powinien był nabrać) to był on zobligowany do wezwania Pentacomp do wyjaśnień. Kwestia podlegająca wyjaśnieniu bezpośrednio wpływała bowiem na ocenę oferty złożonej przez Pentacomp. W szczególności Zamawiający powinien wyjaśnić:

- który z systemów (tj. EMCS PL czy EWCS PL 2) został wskazany przez Pentacomp w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2 Rozdziału IV SIWZ dla Części I Zamówienia, oraz

- jaki system wskazał Pentacomp w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Części I Zamówienia w Rozdziale IV pkt. 3.3 ppkt, 6) SIWZ, Pentacomp nie dookreślił bowiem o jaki system chodzi, a ponadto jego wyjaśnienia wskazują, że system ten nie zapewnia usług dostępnych publicznie.

Mając na uwadze powyższe Zarzut 6 należy uznać za zasadny

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 lutego 2020 roku, wobec czynności Zamawiającego z dnia 14 lutego 2020 roku, oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Strony na posiedzeniu.

W zakresie podniesionych w odwołaniu **zarzutów nr 3 i 4** dotyczących:

- oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pentacomp pomimo tego, że powinna ona uzyskać niższą punktację (Zarzut 3),
- zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego części oferty Pentacomp zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym w szczególności w zakresie wykazu osób składanego na potwierdzenie kryteriów pozacenowych i spełnienia warunków udziału

w postępowaniu (Załączniki nr 1d i 1e) podczas gdy informacje te nie spełniają przesłanek niezbędnych dla zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa (zarzut 4).

Izba uznała, że zarzuty te zostały wniesione po upływie terminu określonego w ustawie na ich skuteczne wniesienie, w wyniku tego Izba odwołanie w zakresie tych zarzutów odrzuciła zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W zakresie **zarzutu nr 3** Izba stwierdziła, że ocena oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Pentacomp) dokonana została na wcześniejszym etapie prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz upubliczniona w wyniku czynności z dnia 25 listopada 2019 roku, kiedy to Zamawiający dokonał pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty i przyznanie Pentacomp 15 punktów w ramach kryterium DevOps nie zostało zaskarżone, nie było kwestionowane, we wniesionym przez Portal PZP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Rzeszowie odwołaniu w grudniu 2019 roku.

W zakresie dokonanej oceny punktowej oferty Pentacomp nie zostały dokonane żadne nowe czynności w wyniku wykonania wyroku Izby z 20 stycznia 2020 roku sygn. akt KIO 2469/10 i KIO 2473/20. Zamawiający wykonał ww. wyrok Izby, a konsekwencją wykonania wyroku było uwzględnienie przy wyborze ofert, tym samym przy dokonaniu stosowych obliczeń w ramach kryteriów a tym samym przyznania globalnie punktacji, faktu, że w ocenie uwzględnił Zamawiający 2 oferty, a nie jak wcześniej 3 oferty. Zamawiający nie dokonał zmiany punktowej w ocenie ofert, tzn. nie dokonał żadnej innej kwalifikacji punktowej w stosunku do dokonanej i upublicznionej w listopadzie ubiegłego roku, nie przyznał Pentacomp żadnych dodatkowych punktów, ani ich nie ujął.

Izba wskazuje również, że Odwołujący także nie podał żadnych nowych okoliczności, jakie nie istniałyby w chwili dokonania przez Zamawiającego oceny i jej upublicznienia wszystkim uczestnikom postępowania o udzielnie zamówienia publicznego tj. 25 listopada 2019 roku. W ocenie Izby nie stanowią nowych okoliczności i za takie nie mogą zostać uznane informacje, jakie powziął w wyniku sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 2469/10 i KIO 2473/20 oraz zapadłego wyroku, Odwołujący. Fakt wydania wyroku w sprawie nie przywraca terminów na wniesienie odwołania oraz nie stanowi o zaistnieniu nowych okoliczności. To rzeczą Odwołującego na etapie składania odwołania w grudniu 2019 roku na czynności i zaniechania Zamawiającego upublicznione w dniu 25 listopada 2019 roku było

zakwestionowanie jego działań, w tym dokonanej oceny punktowej oferty Pentacomp. Przedstawione Oświadczenie (dowód nr 13) z dnia 23 grudnia 2019 roku, którego adresatem jest Odwołujący nie stanowi także żadnej nowej okoliczności. W zasadzie oświadczenie to, jak również argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania odnosząca się do oceny w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert dokonywanego już na wcześniejszym etapie, jednoznacznie potwierdzają, że Odwołujący mógł kwestionować tę czynność oceny w kryterium pozacenowym. Odwołujący nie uczynił tego z jedynie sobie znanych powodów, które niewątpliwie mogły również wynikać z czynności Odwołującego podejmowanych przez Odwołującego względem jego oferty i przedstawionych tam informacji.

W zakresie **zarzutu nr 4** Izba stwierdziła, że ocena oferty wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Pentacomp), podobnie jak w poprzednim zarzucie, dokonana została na wcześniejszym etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zakresie tego zarzutu Izba wskazuje, że Odwołujący zakwestionował zaniechanie odtajnienia dokumentów, które zostały złożone w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wraz z ofertą. To oznacza, że na dzień publikacji wyników oceny i badania oferty Pentacomp zawierających się w opublikowaniu wyników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. 25 listopada 2019 roku, Zamawiający zakończyć musiał czynności związane również z oceną prawidłowości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych złożonych przez Pentacomp dokumentów.

Z pisma z dnia 28 listopada 2019 roku skierowanego do Odwołującego przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, że Zamawiający udostępnił dokumenty stanowiące załączniki do protokołu postępowania, które uznawał za jawne.

Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego Zamawiający miałby badać kolejny raz to co już raz zbadał, a mianowicie prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego w zakresie dokumentów objętych tą tajemnicą złożonych przez Pentacomp wraz z ofertą. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, z jakich to powodów, po unieważnieniu czynności badania i oceny ofert w wyniku wyroku Izby z 20 stycznia 2020 roku sygn. akt KIO 2469/10 i KIO 2473/20, Zamawiający miałby podejmować kolejne działania w zakresie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, których to objęcie tajemnicą nie było kwestionowane ww. sprawach odwoławczych w odniesieniu do oferty Pentacom.

W ocenie Izby sama argumentacja Odwołującego potwierdza prawidłowość działania Izby i odrzucenia w zakresie tego zarzutu odwołania jako wniesionego z uchybieniem terminu – art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy – bowiem, wskazuje Odwołujący jako argument, że w wyniku

wyroku z dnia 27 grudnia 2019 roku sygn. akt KIO 2440/19, Izba nakazała odtajnić objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacje zawarte w ofercie Odwołującego. Potwierdza to tym samym, że właściwym i prawidłowym z uwagi na terminy wnoszenia odwołania przez Odwołującego było podnoszenie zarzutów dotyczących nieodtajnienia przez Zamawiającego oferty Pentacomp najpóźniej w odwołaniu wniesionym w dniu 5 grudnia 2019 roku. Złożone odwołania na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie kwestionowały dokonanych czynności Zamawiającego w tym zakresie.

W odniesieniu do tego zarzutu i jego przedmiotowego zakresu nie znajduje żadnego uzasadnienia argumentacja Odwołującego referująca do przedstawionego przez Pentacomp wykazu usług wraz z załączonymi dokumentami, bowiem to nastąpiło w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 22 stycznia 2020 roku. Odniesienie się przez Odwołującego do tych właśnie dokumentów również po raz kolejny potwierdza, że sam Odwołujący zdawał sobie prawdopodobnie sprawę z tego, że odwołanie wnoszone wobec dokumentów załączonych do oferty jest spóźnione.

Izba stoi na stanowisku, że w zakresie czynności Zamawiającego podjętych na wcześniejszym etapie postępowania, które nie zostały kwestionowane w podnoszonych środkach ochrony prawnej (odwołanie), oraz wyniki czynności nie zostały zmienione przez Zamawiającego w efekcie podejmowanych czynności zgodnie z ww. wyrokiem, termin na wniesienie skuteczne odwołania upłynął. Izba podnosi również, że rozpoznanie zarzutów spóźnionych prowadziło do nieuprawnionego przywrócenia wykonawcy terminu na wniesienie odwołania, co na tle przepisów Prawa zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Tym samym zasadnym i koniecznym było odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu odwołania numer 3 i 4.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciężar dowodu kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie*

z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 4 marca 2020 roku, które zawiera odpowiedź na odwołanie i zostało złożone przez Zamawiającego wraz z załącznikami. Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumenty załączone do ww. pisma procesowego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 – Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 20 grudnia 2017 roku na rozbudowę systemu P1 (usługa z pozycji 2 Wykazu usług Pentacomp),
- dowód nr 2 – Opis Przedmiotu Zamówienia usługi wskazanej w pozycji 1 Wykazu usług Pentacomp,
- dowód nr 3 - załącznik nr 1 *opis aktualny i docelowy Projektu P1* do projektu Umowy dla usługi z pozycji 1 Wykazu usług Pentacomp,
- dowód nr 4 – pismo z dnia 2 marca 2020 roku od Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia,

- dowód nr 5 – projekt umowy – załącznik nr 2a do SWIZ w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia,
- dowód nr 6 – projekt umowy – załącznik nr 2b do SWIZ w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia,
- dowód nr 7 – Ogólny Opis Przedmiotu Zamówienia usługi wskazanej w pozycji 3 Wykazu usług Pentacomp,
- dowód nr 8 – umowa z dnia 17 stycznia 2014 roku pomiędzy Ministerstwem Finansów a Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna,
- dowód nr 9 – Wniosek zmiany (2 wniosków) z dnia 11 i 22 stycznia 2016 roku
- dowód nr 10 – Umowa z dnia 28 grudnia 2016 roku pomiędzy SP – ministerstwem Finansów a Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna,
- dowód nr 11 – Aneks nr 1 do Umowy z dnia 28 grudnia 2016 roku pomiędzy SP – ministerstwem Finansów a Pentacomp Systemy Informatyczne spółka akcyjna,
- dowód nr 12 – wydruk ze strony Amway,
- dowód nr 13 – Oświadczenie z dnia 23 grudnia 2019 roku MALKOM D. M. i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Warszawie,
- dowód nr 20 – wydruk emaila z dnia 27 lutego 2019 roku – pytania do odpowiedzi zawartych w dowodzie nr 4.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez uczestnika [postępowania odwoławczego - Pentacomp w trakcie rozprawy:

- dowód nr 14 – wyciąg z listy projektów realizowanych z programu Polska Cyfrowa (3 karty) oraz zrzut ze strony internetowej Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia,
- dowód nr 15 – wydruk zrzutów z systemu P1 (3 karty) oraz informacje o systemie (2 karty),
- dowód nr 16 – zlecenia w ramach umowy CIOSZ/6/2017 – zlecenie nr 15 oraz zlecenie nr 22,
- dowód nr 17 – opracowanie własne (1 karta) zestawienie wszystkich umów, jakie zostały zawarte w ramach EMCS PL podniesionego do EMCS PL 2,
- dowód nr 18 – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA,
- dowód nr 19 – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.

V.

W zakresie zarzutów odwołania merytorycznie rozpoznanych:

Na wstępie Izba wskazuje, co ma odniesienie do każdego zarzutu poddanego rozpoznaniu w trakcie rozprawy, że w ramach środków ochrony prawnej rozpoznaniu podlega odwołanie w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania. W tym właśnie zakresie, z odniesieniem do przedstawionego przez Odwołującego stanowiska następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy.

Ustawodawca wskazał, że zakres rozstrzygnięcia z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania oraz kwestionowana w nim czynność i przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Rozpoznanie zarzutu możliwe będzie, jeżeli zostanie w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna. Rozpoznanie zarzutów odwołania możliwe jest jedynie w zakresie, jaki został podniesiony w odwołaniu również co do uzasadnienia faktycznego danego zarzutu. Podnoszenie nieznannej, nowej argumentacji faktycznej w zasadzie stanowi nieuprawnione rozszerzanie zarzutu lub stawianie nowych zarzutów opartych o te same podstawy prawne, lecz zakorzenionych w innych okolicznościach faktycznych.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych, jak również Krajowej Izby Odwoławczej, wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład*

orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.”

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: *Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.*

W efekcie, jedynie w zakresie okoliczności, jakie wyartykułowane zostały przez Odwołującego w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania, możliwa jest ocena podniesionych naruszeń.

W zakresie **zarzutu 1:**

W zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Pentacomp z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo tego, że Pentacomp nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wskazanym w: Rozdziale IV pkt 3.1 SIWZ (Zarzut 1.1), Rozdziale IV pkt 3.2 SIWZ (Zarzut 1.2), Rozdziale IV pkt 3.3 ppkt. 8) SIWZ (Zarzut 1.3) – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie **zarzutu 1.1 –**

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3.1 Rozdziału IV SIWZ dla Części I Zamówienia - dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymagał:

„że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto (trzy miliony każda), polegające na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 identyfikowanych użytkowników w sieci internet i system charakteryzował się co najmniej 3 z następujących cech: (...)

Pentacomp w Wykazie usług, na okoliczność potwierdzenia spełnienia warunku wskazał :

- pozycja 1 – usługę realizowaną na rzecz Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia („CSIOZ”) „Pierwszy przyrost Systemu P1 w ramach drugiej fazy Projektu P1” realizowaną w okresie od 02 lutego 2017 roku do 31 stycznia 2018 roku,
- pozycja 2 – „Rozbudowa Systemu P1” realizowana na rzecz CSIOZ w okresie 1 czerwca 2018 roku 15 października 2018 roku.

Izba mając na uwadze treść odwołania, zarzutów oraz podniesionego faktycznego uzasadnienia uznała, że rozpoznanie odwołania nie może obejmować stanowiska Odwołującego wskazanego na rozprawie a odnoszącego się do tego, że podmiot realizujący

usługi w pozycji 1 i 2 Wykazu usług „nie zaprojektował architektury” rozwiązania systemu teleinformatycznego. Tak argumentacja nie była podnoszona, zgodnie więc z wyrażonym powyżej stanowiskiem Izby, Izba uznała, że odwołanie nie obejmuje tego zakresu tym samym nie może poddać ocenie takiej argumentacji Odwołującego. Takie samo stanowisko prezentuje Izba w odniesieniu do podnoszonej argumentacji przez Odwołującego wskazującej na „usługi publicznie dostępne” – ta część wykazania spełnienia warunku również nie była kwestionowana w odwołaniu.

W odniesieniu do argumentacji podnoszonej w odwołaniu Izba wskazuje, że w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, przedstawiony przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że w zakresie usługi z pozycji 1 wykazu usług „*Pierwszy przyrost Systemu P1 w ramach drugiej fazy Projektu P1*” wykonywane były prace w zakresie pierwszego przyrostu systemu P1 realizowanego w ramach II Fazy realizacji projektu P1. Faza II projektu realizowana była od roku 2016 i dotyczyła dokończenia budowy i wdrożenia systemu P1, realizowana do 31 stycznia 2018 roku. Z wyciągu z listy projektów realizowanych z programu Polska Cyfrowa (dowód nr 14) wynika, że Faza I projektu P1 zakończyła się z końcem 2015, a faza II rozpoczęła się w lutym 2016, przy czym wskazał Pentacomp, że tabela ta – dowód nr 14 - nie obejmuje okresu kwalifikowalności wydatków w tym projekcie, który rozpoczyna się 1 stycznia 2016 roku. Izba wskazuje, że fakt ten nie był kwestionowany przez Odwołującego. Wymaga przede wszystkim podkreślenia, że Faza I projektu zakończyła się 31 grudnia 2015 roku.

Odwołujący wskazywał w odwołaniu, że wdrożenie systemu P1 nastąpiło w ramach umowy z roku 2017 (WZP.270.101.2017) w części I pomiędzy CSIOZ a konsorcjum EC2 s.a., S&T Poland sp. z o.o. i S&T Services Polska sp. z o.o..

Z dowodu nr 15 wynika, że system P1 został produkcyjnie uruchomiony 15 lutego 2018 roku, co dotyczy w szczególności usługi z pozycji 1 wykazu usług. Izba zaznacza, że ta sama informacja wynika z pisma CSIOZ z dnia 2 marca 2020 roku (dowód nr 4), gdzie wskazano, że „usługa e-recepta została w systemie P1 uruchomiona w połowie lutego 2018 r. – i była dostępna dla farmaceutów i techników farmaceutycznych, lekarzy i pielęgniarek oraz pacjentów (...)”. Pentacomp podkreślił również, że umowa z konsorcjum S&T zawarta była w marcu 2018 - umowa CIOZ/26/2018. Odwołujący natomiast nie przedstawił umowy z 2017 roku, czy też wcześniejszej, która potwierdzałaby, że to nie Pentacomp realizował zamówienie na podstawie umowy CIOZ/6/2017 roku w zakresie określonym tą umową jak również wynikającym z referencji. W ocenie Izby również dowód nr 16 – zlecenia do umowy CIOZ/6/2017 potwierdzają realizację w ramach tej umowy zarówno projektowania jak i wdrażania systemu P1. Izba zaznacza również w tym miejscu, że dokumenty te potwierdzają także, że Penatacomp realizował zleczone w ramach umowy, w oparciu

o poszczególne zlecenia czynności i jak wynika to ze zlecenia (dowód nr 16) mógł to czynić zarówno w siedzibie Zamawiającego jak również poza nią w wyniku indywidualnych uzgodnień.

W ocenie Izby argumentacja wskazana w trakcie rozprawy a odnosząca się do charakteru umowy dla zadania *„Pierwszy przyrost Systemu P1 w ramach drugiej fazy Projektu P1”*, a wskazująca na charakter „body leasingowy” nie została zawarta w uzasadnieniu zarzutów odwołania, nie została przytoczona przez wykonawcę w podstawie faktycznej. Izba zauważa, że sam Odwołujący w swojej argumentacji podniósł, że *w ramach braku wątku wdrożenia określonego w odwołaniu wskazuje, że umowa w ramach usługi z pozycji 1 miała charakter „body leasingowy”*. Oznacza to w ocenie Izby, że ta argumentacja stanowi nowe twierdzenia stanowiące uzasadnienie faktyczne dla podniesionej podstawy prawnej. Tym samym stanowi ona nieuprawnione, przedstawione po terminie rozszerzenie zarzutów odwołania.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby bezzasadne było twierdzenie Odwołującego o braku wykonywana wdrożenia przez Pentacomp w ramach umowy z 2017 roku, co jednoznacznie potwierdzają dowody przedstawione przez Pentacomp, jak również fakt, że System P1 został produkcyjnie uruchomiony 15 lutego 2018, a umowa z konsorcjum S&T podpisana została dopiero w marcu 2017 roku.

W odniesieniu do argumentacji Odwołąco, w zakresie usług wskazanych przez Pentacomp w pozycji 1 i 2 Wykazu usług tj. *„Pierwszy przyrost Systemu P1 w ramach drugiej fazy Projektu P1”* oraz *„Rozbudowa Systemu P1”*, odnoszącej się do niespełnienia warunku z uwagi na to, że *systemy te były uruchamiane w ramach wykazywanych przez Pentacomp usług na środowisku testowym, a nie wdrażane produkcyjnie* - Izba zarzut uznała w tym zakresie również za bezzasadny.

Izba wskazuje, że Zamawiający wykonując ciężące na nim ustawowe obowiązki podaje warunki udziału w postępowaniu. Choć w tym zakresie ustawa uległa zasadniczej zmianie – obecnie Zamawiający wskazuje warunek udziału w postępowaniu, a nie dokonuje opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w wyniku nowelizacji z lipca 2016 roku, nadal aktualne pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców, niezmiennie wskazuje się w orzecznictwie, że wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08).

W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalona przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych

dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować przede wszystkim z zastosowaniem wykładni gramatycznej. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretacje i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również nie jest dopuszczalna wykładania uznaniowa. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny. Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi, zgodnie z treścią jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że w ukształtowanym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowaniu jest mowa o *zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego*.

Jednocześnie należy zaznaczyć, na co wskazywał w swoim stanowisku również Zamawiający, że w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało zdefiniowane, w jaki sposób Zamawiający będzie rozumiał „wdrożenie” potwierdzające spełnienie określonego warunku udziału w postępowaniu. Co istotne, Zamawiający nie poczynił również w dokumentacji postępowania, w odniesieniu do rozumienia pojęcia „wdrożenie” odwołania do jakiegokolwiek dokumentu technicznego, wytycznych czy zasad lub standardów ISO. Dokonywanie wykładni pojęć ujętych w warunku udziału w postępowaniu, na etapie oceny ofert, przez odniesienie np.: do standardów ISO w ocenie Izby prowadziłyby do działania niezgodnie z obowiązującymi przepisami i w efekcie stanowiłyby naruszenie zasad prawa zamówień publicznych (art 7 ust. 1 ustawy).

Izba w zakresie oceny tego zarzutu stwierdziła, że nie można w obliczu tak ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie zdefiniować co to jest wdrożenie w znaczeniu oczywiście tego warunku, w tej rozpoznawanej sprawie. Odwołujący nie wykazał, że rozumienie pojęcia „wdrożenia”, jakie prezentował w trakcie rozprawy, jest jedynym

przyjętym w obrocie oraz, że tak należy je rozumieć przy ocenie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący w odwołaniu odniósł się ogólnie, jednym zadaniem, do elementu warunku dotyczącego „wdrożenia”. Kolejno założył w uzasadnieniu swojego stanowiska, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu może zostać wykazane jedynie przez wykazanie w realizacji wdrożenia produkcyjnego. Izba podkreśla, że w odwołaniu jak i stanowisku prezentowanym w trakcie rozprawy Odwołujący pominął, nie odnosił się i zarazem nie kwestionował dokonania wdrożenia integracyjnego. Odwołujący nie wykazał także czym różni się ewentualnie wdrożenie na środowisko integracyjne od wdrożenia na środowisko produkcyjne. Odwołujący w ogóle pomija w swoim stanowisku ten fakt, tym samym nie odnosi się w zupełności do wskazanych w dokumentach referencyjnych z dnia 31 stycznia 2020 roku, dla każdej z usług informacji z pozycji 1 i 2 Wykazu usług, wdrożenia systemu na środowisko integracyjne.

W ocenie Izby Odwołujący koncentrując się – w zasadzie w jednym zdaniu uzasadnienia – na braku wykonania wdrożenia produkcyjnego nie wykazał, aby wdrożenia, jakimi posługuje się wykonawca Pentacomp, które wskazane zostały w Referencji z 31 grudnia 2020 roku oraz Liście Referencyjnym z 31 grudnia 2020 roku, były niewystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał także podnoszonego w trakcie rozprawy argumentu, że system teleinformatyczny – w obliczu treści warunku udziału w postępowaniu – nie mógł być wdrażany również przez inny podmiot, co należy stwierdzić niezależnie od tego, że sama argumentacja w tym zakresie stanowi nowe, niezwane w uzasadnieniu odwołania uzasadnienie faktyczne zarzutu, które nie było znane przed rozprawą.

W kontekście zarzutu odwołania dotyczącego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie znajduje również uzasadnienia argumentacja dotycząca przenoszenia stanowiska Izby wyrażonego w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 roku sygn. akt KIO 2469/10 i KIO 2473/20 na ocenę przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu i wykazania jego spełnienia przez Pentacomp. Wymaga podkreślenia, że argumentacja zawarta w ww. wyroku dotyczyła innych niż warunki udziału w postępowaniu elementów postępowania o udzielenie zamówienia, a po drugie, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem kontradyktoryjnym i to po stronie wykonawcy ciąży obowiązek wykazania i dowiedzenia twierdzeń jakie podnosi. Jak Izba wskazała wyżej, Odwołujący pominął w swojej argumentacji wdrożenie na środowisko integracyjne.

W ocenie Izby w zakresie zarówno usługi w pozycji 1 jak i 2 Wykazu usług, mając na uwadze całą powyższą argumentację, Pentacomp w świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu wykazał jego spełnienie.

W zakresie **zarzutu 1.2** –

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ dla Części I Zamówienia pkt 3.2 Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określił warunek udziału w postępowaniu zgodnie z którym, wykonawca:

„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) co najmniej 1 usługę polegającą na administrowaniu systemem teleinformatycznym o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł w chmurze obliczeniowej przez okres minimum 12 miesięcy.

Pentacomp na tą okoliczność wskazał usługę w pozycji 3 Wykazu usług tj.: *System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL*, termin realizacji od 14 lutego 2014 roku do 13 listopada 2018 roku, o wartości usługi ponad 900 000 zł.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że EMCS PL i EMCS PL2 to dwa odrębne systemy. Natomiast ten element stanowił uzasadnienie stanowiska Odwołującego właśnie opartego na stwierdzeniu, że EMCS PL i EMCS PL2 to odrębne systemy i stanowił argumentację zawartą w odwołaniu.

Odwołujący powołując definicje zawarte w umowie z dnia 17 stycznia 2014 roku (dowód nr 8) podniósł, że wskazują one na to, że EMCS PL i EMCS PL2 to odrębne systemy, przy czym co należy zauważyć poza powołaniem treści nie wyjaśnił, które elementy tych definicji potwierdzają odrębność systemów. Samo cytowanie treści definicji czy też ich podanie (przeklejenie) do treści odwołania nie powoduje, że stanowisko Odwołującego jest w jakimś stopniu wykazane. Również w trakcie rozprawy Odwołujący ograniczył swoje wystąpienie w odniesieniu do tego elementu do ponownego cytowania treści definicji.

Izba mając na uwadze treść ww. umowy (dowód nr 8) uznała, że opisany przedmiot umowy w paragrafie 1 tej umowy potwierdza, że EMCS PL został podniesiony do wersji EMCS PL2 właśnie na podstawie tej umowy, a w ramach umowy wykonywany był rozwój funkcjonalności EMCS PL oraz implementacja nowych funkcjonalności. Spójne jest to ze stanowiskiem prezentowanym przez Pentacomp, wskazującym, że podniesienie do wersji EMCS PL2

i określenie „2” związane było z finansowaniem ze środków europejskich – a którego to stanowiska nie kwestionował Odwołujący. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, nie wykazał, że EMCS PL i EMCS PL2 to dwa odrębne systemy a nie jeden system, który został podniesiony do wersji „2”

Izba zwraca w tym miejscu uwagę, że w odwołaniu brak jest argumentacji odnoszącej się do niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez system EMCS PL podniesiony do wersji EMCS PL2 (jeden system). Odwołujący zbudował swoją argumentację na tym, że są to dwa odrębne systemy, tym samym, w okolicznościach sprawy, Izba uznała zarzut za niezasadny. Argumentacja, jaka została podjęta przez Odwołującego w zakresie systemu EMCS PL oraz systemu EMCS PL2, z uwagi na uznanie przez Izbę, że jest to jeden system pozostaje bez znaczenia dla rozpoznania zarzutu. Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko Izby, Izba uznała, że bezprzedmiotowe dla rozpoznania tego zarzutu były dowody tj. dowód nr 9 i dowód nr 17.

W zakresie **zarzutu 1.3** –

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ dla Części I Zamówienia pkt 3.3 ppkt 6 SIWZ Zamawiający żądał wykazania się dysponowaniem osobami (Kluczowym Personelem) skierowanymi do realizacji zamówienia, wskazując między innymi:

6. Administratorem systemu utrzymywanego w chmurze Obliczeniowej/DeyOps (co najmniej 1 osoba), który spełnia łącznie następujące warunki: (...)

*w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił w sumie przez okres minimum 24 miesięcy funkcję administratora albo Inżyniera DevOps dla co najmniej 2 systemów teleinformatycznych, z których każdy oferował usługi publicznie dostępne dla co najmniej 20 000 Identyfikowanych użytkowników w sieci Internet, utrzymywanych w środowisku chmury obliczeniowej wdrożonych jako kontenery uruchamiane w środowisku chmurowym** (...).*

Odwołujący stawiając zarzuty odwołania uzasadnił swoje stanowisko wskazując, że system wskazany w referencyjnym projekcie „nie jest dostępny publicznie”.

W ocenie Izby argumentacja prezentowana przez Odwołującego w odwołaniu jak i na rozprawie nie znajduje uzasadnienia, bowiem naturą usługi publicznie dostępnej – zaznaczenia wymaga w tym miejscu, że warunek odnosił się do realizowanej usługi – jest w ramach warunku – jej dostępność w ramach oferowanego systemu. W ocenie Izby

nieuprawnione jest utożsamianie zwrotu „usługi publicznie dostępnej” z „usługą publiczną” jak również z niczym nieograniczoną dostępnością systemu referencyjnego.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zdefiniował pojęcia „usługi publicznie dostępnej” w ramach wskazanego systemu teleinformatycznego, Zamawiający podał jedynie, że usługi te mają być dostępne dla co najmniej 20 000 Identyfikowanych użytkowników w sieci Internet. Niepodanie przez Zamawiającego definicji nie pozwala, na tym etapie postępowania na dokonywanie jakichkolwiek wykładni tego pojęcia, które w jakikolwiek sposób zakreślają sposób rozumienia warunku. Brak wskazania definicji powoduje, że na etapie oceny nie można w sposób inny, zawężający, wynikający z intencjonalnej wykładni warunku rozumieć jego znaczenia. Nie istnieją również żadna definicja legalna pojęcia „usługi publicznie dostępnej” i takiej też nie wskazywał Odwołujący.

Izba podkreśla, że w konstrukcji warunku zawartej w SIWZ Zamawiający nie wyłączył żadnej potencjalnej kategorii użytkowników, jak również nie określił, że usługi te mają być dostępne dla każdego (kogokolwiek) oraz że mają być bezpłatne. Publiczna dostępność usługi w ramach referencyjnego systemu została zdefiniowana przez Zamawiającego przez wskazanie ilości potencjalnych identyfikowanych użytkowników usługi dostępnej przez sieć Internet.

W ocenie Izby, również Odwołujący - na co zwracał uwagę także Zamawiający - odczytywał na etapie składania oferty ten warunek w taki sam sposób, jak prezentowany przez Izbę i jaki był przyjęty przez Zamawiającego. Potwierdza to fakt przedstawienia przez Odwołującego w tym zakresie doświadczenia w realizacji referencyjnej usługi systemu Amway (dowód nr 12), który wymaga również w celu zalogowania się podania informacji o własnym profilu, który będzie identyfikować przedsiębiorcę, tym samym potrzebne jest wcześniejsze utworzenie takiego profilu.

W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia i nie może być uznana za prawidłową wykładania dokonana przez Odwołującego w trakcie rozprawy, zgodnie z którą przez usługę publicznie dostępną należałoby rozumieć usługę, z której może skorzystać każdy użytkownik, a użytkownikiem jest ten, kto może skorzystać z tego systemu, nie musi podpisywać umowy ponieważ system jest dostępny dla wszystkich. Wymaga zaznaczenia, że Zamawiający również nie zdefiniował pojęcia „użytkownik” na potrzeby rozumienia tego warunku. Zamawiający nie zdefiniował również ujętych w warunku pojęć w odpowiedzi na pytanie z 1 października 2019 roku, tym samym nie wprowadził jakiegoś szczególnego rozumienia warunku, który prezentuje na etapie odwołania Odwołujący. Zamawiający wskazał w ww.

odpowiedzi, że wymaganie dotyczy systemu zbudowanego do obsługi co najmniej 20 000 użytkowników, co potwierdza, że Zamawiający oczekiwał dostępności w ramach systemu, a nie systemu dostępnego publicznie.

Jakakolwiek próba dookreślenia warunku na tym etapie postępowania przez wybiórcze definiowanie „usługi publicznie dostępnej” lub „użytkownika” musi być uznana za spóźnioną i niemogącą stanowić podstawy oceny warunku. Fakt, że nie istnieje żadna definicja „usługi publicznie dostępnej” potwierdził w odwołaniu sam Odwołujący wskazując na jedno z orzeczeń. To każdorazowe regulacje zawarte w dokumentacji postępowania pozwalają na dokonanie oceny w zakresie ukształtowanego warunku, natomiast w przypadku jakichkolwiek niejasności czy wątpliwości zawsze – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem – muszą być oceniane na korzyść wykonawcy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że w ramach realizowanych usług wskazanych na potwierdzenie wypełnienia warunku udziału w postępowaniu, jedna z nich nie dotyczyła systemu oferującego usługi publicznie dostępne w rozumieniu ukształtowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym zarzut Izba uznała za niezasadny.

W zakresie **zarzutu 2:**

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16, alternatywnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z art. 24 ust 4 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez przyjęcie dokumentów i informacji składanych przez Pentacomp w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i zaniechanie wykluczenia Pentacomp z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Pentacomp (ewentualnie lekkomyślności lub niedbalstwa) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z uzasadnieniem faktycznym wymienionych w zarzucie nr 2 naruszeń prezentowanym przez Odwołującego w uzasadnieniu dowołania, stanowisko swoje Odwołujący oparł o „opisane powyżej działania”, co oznacza, że zarzuty te oparł na naruszeniach zawartych w zarzucie nr 1.

Mając na uwadze, że żaden z zarzutów zawartych w zarzucie 1.1, zarzucie 1.2 jak i zarzucie 1.3 nie został uwzględniony przez Izbę, to zdaniem Izby wskazane przez Odwołującego czynności Pentacomp nie prowadzą do naruszenia wskazanych w zarzucie nr 2 przepisów. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16, alternatywnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z art. 24 ust 4 ustawy. W ocenie Izby nie został naruszony również przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – przedmiotowe postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, natomiast zgodnie z ww. przepisem z postępowania zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który został wykluczony z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego lub nie został zaproszony do składania ofert.

Izba wskazuje, za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17).

Mając na uwadze powyższe Odwołujący obowiązany jest do odniesienia się w swojej argumentacji do każdej z przesłanek wskazując okoliczności potwierdzające jej zaistnienie. Brak odniesienia się do nich, uzasadnienia stanowiska w zakresie każdego z elementów których spełnienie musi być kumulatywnie wykazane powoduje, że wskazane naruszenia Izba uznać musi za niezasadne. Odnoszenie się w odwołaniu do treści orzeczeń oraz ich cytowanie może jedynie wzmocnić argumentację Odwołującego, ale nie zastępuje konieczności wykazania spełnienia każdej z przesłanek w zakresie wskazywanych naruszeń przepisów w ramach przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

W zakresie **zarzutu 5:**

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez niewłaściwą ocenę oraz wybór oferty Pentacomp jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w Postępowaniu wykonawca ten winien był otrzymać niższą punktację – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba zaznacza w tym miejscu, że podobnie jak w zarzucie nr 2, Odwołujący uzasadnienie zarzutu nr 3 sprowadził do czynności i zaniechań Zamawiającego opisanych w ramach zarzutów nr 1 – nr 3, co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego i wykluczenia Pentacomp z postępowania. W konsekwencji naruszyło art. 91 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający obowiązany jest do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert. Odwołanie się do zarzutów nr 1 do nr 3 również nie stanowi uzasadnienia wyboru oferty w oparciu inne niż określone w SIWZ kryteria oceny ofert.

W zakresie **zarzutu 6 (zarzut ewentualny):**

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy Pentacomp w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale IV pkt 3.1 i 3.2 SIWZ, podczas gdy przedłożone na potwierdzenie należytego wykonania dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez Pentacomp warunków udziału w postępowaniu – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Odwołujący zarzut ten przedstawił jako zarzut ewentualny, w przypadku gdyby Izba nie podzieliła argumentacji przedstawionej w zarzucie nr 1 i nr 2 odwołania. Izba uznała za niezasadne zarzuty nr 1 (zarzut 1.1, 1.2 oraz 1.3) jak również zarzut nr 2, tym samym poddała pod rozpoznanie przedmiotowy zarzut nr 6.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, w podniesionym zarzucie, jak i uzasadnieniu faktycznym do przedstawionego zarzutu, co powinno było wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie oceny dokumentów przedstawionych na potwierdzenie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które skutkowałyby wezwaniem Pentacomp do złożenia w trybie art. 26 ust.4 ustawy wyjaśnień w zakresie tychże dokumentów. Izba zaznacza, że Zamawiający wzywa wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów, jednakże wezwanie to musi być oparte o jakieś wątpliwości, niezrozumienie, nieczytelność – czyli jakąś podstawę.

Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego Zamawiający powinien był „przynajmniej nabrać poważnych wątpliwości” w odniesieniu do wskazanych projektów w wykazie usług i wykazania dzięki nim spełnienia warunków. W celu wykazania istnienia wątpliwości odwołujący winien był wskazać, co w jego ocenie powinno podlegać wyjaśnieniu. Odwołujący nie podał, dlaczego Zamawiający miałby mieć wątpliwości, jak również nie wyjaśnił, dlaczego uważa, że Zamawiający takie wątpliwości miał.

Izba dostrzegła również, że w zakresie zarzutu ewentualnego istnieje rozdzwięk w twierdzeniach odwołującego, ponieważ w samym zarzucie odnosi się do usług wskazanych na potwierdzenie warunków określonych Rozdziałem IV dla Części I Zamówienia pkt 3.1 oraz 3.2 SIWZ, natomiast w uzasadnieniu stanowiska referuje do konieczności wyjaśnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków z Rozdziału IV SIWZ dla Części I Zamówienia pkt 3.2 oraz Rozdziału IV SIWZ dla Części I Zamówienia pkt 3.3 ppkt 6.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SIWZ. W ocenie Izby w ramach czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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. 2018, poz. 972 ze zm.).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....