

WYROK
z dnia 26 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polcom ITS Sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Skawinie oraz Politechnika Wroclawska we Wroclawiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Prezesa Rady Ministrów w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Kancelarii Prezesa Rady Ministrów w Warszawie** – unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polcom ITS Sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Skawinie oraz Politechnika Wroclawska we Wroclawiu** i przeprowadzenie ponownego badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Kancelarię Prezesa Rady Ministrów w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Kancelaria Prezesa rady Ministrów w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie kompleksowej usługi hostingowej, bazując na infrastrukturze chmury publicznej, dla systemu KRONIK@”, znak sprawy PN-49/2020.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843) (dalej ustawa Pzp).

W dniu 7 maja 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Polcom ITS Sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Skawinie oraz Politechnika Wrocławska we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu ich oferty oraz zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienie i poprawienia dokumentu z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez:
 - a) bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, mimo że jej treść nie jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności punktem 18 załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia),
 - b) bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego bez umożliwienia odwołującemu wypowiedzenia się w przedmiocie wątpliwości, jakich mógł nabrać Zamawiający w odniesieniu do spełnienia przez ofertę Odwołującego wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia dokumentu, w przypadku przyjęcia, że certyfikat ANSI/TIA-942 stanowił tzw. dokument przedmiotowy, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Postępowanie toczy się w związku z Projektem Kronik@ (Krajowe Repozytorium Obiektów Nauki i Kultury), którego celem zgodnie z SIWZ jest *„zwiększenie dostępności zasobów cyfrowych Instytucji Sektora Publicznego oraz poprawa ich jakości, a także zwiększenie możliwości ich ponownego wykorzystania”*. Na przedmiot zamówienia składają się dwa zasadnicze świadczenia związane z usługami informatycznymi.

Pierwsze, określane zbiorczo jako „Hosting”, obejmuje świadczenie usługi kompleksowej hostingowej bazującej na infrastrukturze chmury publicznej i zapewnienie kompleksowego środowiska, z jednoczesną ochroną danych Zamawiającego oraz wytypowanych przez Zamawiającego jednostek kultury i nauki. Drugie obejmuje migrację danych z wytypowanych przez Zamawiającego instytucji kultury: Narodowego Archiwum Cyfrowego, Biblioteki Narodowej i Muzeum Narodowego w Krakowie. Migracja danych ma być wykonana w początkowym okresie obowiązywania umowy. Pozostały czas z 36-miesięcznego okresu jej obowiązywania obejmuje świadczenie Hostingu.

Odwołujący wskazał, iż cechą usług opartych o tzw. chmurę obliczeniową, takich jak usługi objęte przedmiotem zamówienia, jest wykorzystanie infrastruktury znajdującej się w wyspecjalizowanych centrach przetwarzania danych. W związku z tym, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) postawił także pewne wymagania dotyczące tego, jakim centrum przetwarzania danych mają dysponować podmioty zapewniające usługi chmury obliczeniowej. Zgodnie z punktem 20 w rozdziale „Dostępność systemów i ich zabezpieczenia” OPZ wymagane jest: *„Posiadanie przez dostawcę centrów przetwarzania działających w trybie 24/7/365 (dwadzieścia cztery godziny na dobę przez wszystkie dni w roku) zespołów monitorujących i zwalczających cyberataki oraz przedstawiających cykliczne raporty na temat aktualnych zagrożeń i sposobie ich zwalczania”*.

Punkt 18 rozdziału „Dostępność systemów i ich zabezpieczenia” w OPZ poświęcony jest certyfikacji. Pierwotnie miał on następujące brzmienie: *„Oba centra danych powinny posiadać przynajmniej trzy z wymienionych certyfikacji: TIER-III, UK G-Cloud, ENISA IAF, SOC 1, SOC 2”*.

Dalej odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał modyfikacji tego wymagania, udzielając odpowiedzi na pytania. Przykładowo, w pytaniu nr 10 do SIWZ zarzucono, że przytoczone wyżej wymaganie nie określa kryteriów równoważności, a także utrudnia uczciwą konkurencję z powodu wykluczenia niektórych typów certyfikacji i postawienia wymogów co

do certyfikacji niemającej związku z przedmiotem zamówienia. Podobne wątpliwości podnoszono w pytaniu nr 17 (za pismem znak DG-WZP.263.43.2020).

Po modyfikacji z dnia 27 stycznia 2021 r. punkt 18 otrzymał brzmienie: „Dostawca musi posiadać certyfikację zgodną z normą EN - 50600 klasa 3 lub równoważnie jeden z dwóch certyfikatów TIER III lub ANSI/TIA 942”.

Odwołujący stwierdził, iż w tym kontekście należy ustalić treść przedmiotowego wymagania. Po pierwsze, odwołujący wskazał, że wymaganie odnoszone jest do „dostawcy”. Zamawiający co prawda nie podaje dokładnej definicji tego pojęcia, ale można dostrzec, że konsekwentnie odróżnia Wykonawcę (w OPZ np. rozdział „Migracja danych”, rozdział „Bezpieczeństwo”, rozdział „Zakończenie świadczenia usługi”) od dostawcy. To ostatnie pojęcie pojawia się w słowniczku w kontekście pojęcia chmury publicznej i modelu PaaS: w obu jest mowa o „dostawcy chmury”. W pozostałych miejscach, w których Zamawiający używa słowa „dostawca”, pojęcie to jest użyte w tym samym kontekście (pkt 18 i 20 rozdziału „Dostępność systemów i ich zabezpieczenia” OPZ). To rozróżnienie nie jest przypadkowe i jest zgodne z terminologią stosowaną w branży. Wykonawca, rozumiany jako podmiot, który zawiera umowę z klientem końcowym, odróżniany jest powszechnie od dostawcy, czyli podmiotu, który zapewnia niezbędną infrastrukturę i usługi chmury obliczeniowej.

Po drugie, odwołujący wskazał, że zamawiający sformułował wymaganie w ogólny sposób. Jako wiodącą wskazał normę EN- 50600, natomiast dopuścił certyfikaty równoważne. Jeden z nich („ANSI/TIA-942”) odwołuje się do standardu opracowanego przez Telecommunications Industry Association - amerykański niepubliczny podmiot zarejestrowany na podstawie prawa stanu Illinois. Drugi („TIER III”) nie precyzuje, o jaką normę chodzi. W ocenie odwołującego, choć nie jest to przesądzone, być może Zamawiający miał na myśli kolejną ze stosowanych w branży komercyjnych certyfikacji, oferowanych pod marką Uptime Institute przez spółkę 451 Group Research, LLC z siedzibą w Nowym Jorku. Jeżeli tak, to oznaczałoby, że Zamawiający jako równoważne wskazał certyfikacje dotyczące przynajmniej jednego, a być może dwóch standardów opracowanych przez amerykańskie podmioty niepubliczne. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie dookreślił żadnych innych kryteriów równoważności, w szczególności nie sprecyzował, przez kogo mają zostać wystawione certyfikaty.

Odwołujący stwierdził, iż zaskarżona czynność odrzucenia oferty odwołującego jest wadliwa z przyczyn merytorycznych (ponieważ przedstawiony przez odwołującego certyfikat jest ważny i spełnia wymagania SIWZ) i formalnych (m.in. dlatego, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uzupełniając treść wymagań SIWZ po upływie terminu składania ofert). Choć, zdaniem odwołującego, wystarczające dla podważenia czynności zamawiającego są argumenty formalne, odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do zagadnień merytorycznych.

Odwołujący podkreślił, iż odrzucając ofertę odwołującego, za punkt wyjścia zamawiający

przyjął założenie, iż „ważność certyfikatu zależy od tego czy podmiot certyfikujący widnieje w przedmiotowej bazie” [na stronie internetowej TIA - przyp. Odwołującego], ale nie wyjaśnił, z czego to jego zdaniem wynika w przypadku standardu ANSI/TIA-942. Według Zamawiającego „certyfikat wydany przez podmiot, niefigurujący w przedmiotowej bazie, jest tylko dokumentem wydanym przez firmę nieakredytowaną, który może się opierać o wytyczne stowarzyszenia, w zakresie normy ANSI/TIA-942, jednak w związku z faktem, iż nie jest to certyfikat wydany przez stowarzyszenie, sposób certyfikacji może nie odpowiadać restrykcyjnym wytycznym TIA i nie spełniać wymagań normy, tylko subiektywne założenia organizacji i konsultantów certyfikujących”. Zdaniem odwołującego lektura uzasadnienia odrzucenia oferty dowodzi, że Zamawiający opierał tę decyzję na przypuszczeniach.

Odwołujący nie zaprzeczył, że Telecommunications Industry Association prowadzi stronę internetową, na której umieszczane są informacje o przedsiębiorcach, którzy uzyskali certyfikat od podmiotów współpracujących z TIA. Obecnie są to m.in. trzy spółki z Polski (Park Naukowo-Technologiczny w Opolu Sp. z o.o., Beyond.pl sp. z o.o. oraz NASK S.A.), natomiast certyfikat jednego z podmiotów umieszczonych na stronie (T-Mobile Polska S.A.) wygasł w marcu 2021 r. Odwołujący wskazał, że cytowane przez zamawiającego strony stanowią co najwyżej element działalności gospodarczej prowadzonej przez Telecommunications Industry Association, które „aprobuje” kilka przedsiębiorstw, które z kolei w oparciu taką „aprobatę” reklamują swoje usługi w zakresie audytu, a dostawcy uzyskujący certyfikację tą drogą są następnie eksponowani na stronie internetowej TIA. Nie ma to jednak wpływu na ważność i wiarygodność certyfikatów wystawionych przez inne podmioty. Decydujące znaczenie ma tu zresztą nie treść marketingowych deklaracji na stronie internetowej, ale charakter i treść standardu ANSI/TIA-942.

Odwołujący odnosząc się do treści standardu ANSI/TIA – 942 wskazał, że został on opracowany przez amerykański prywatny podmiot, czyli Telecommunications Industry Association, pod egidą innego podmiotu niepublicznego, czyli American National Standards Institute z siedzibą w Waszyngtonie. Nie jest to zatem norma, która funkcjonuje w ramach reżimu prawnego opisanego w ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, w tym reżimu norm zharmonizowanych. Odwołujący podniósł, iż wszelkie wywody zamawiającego dotyczące pojęcia certyfikatu jako „dokumentu urzędowego” są nie tylko oderwane od treści SIWZ (Zamawiający powołał się tu na internetową „Encyklopedię zarządzania” pod adresem mfiles.pl), ale przede wszystkim nie do pogodzenia z charakterem certyfikacji wskazanej w SIWZ jako równoważna.

Zdaniem Odwołującego ze standardu ANSI/TIA-942 w aktualnym wydaniu (2017 r.) nie wynika, że ważne są jedynie certyfikaty wydane przez podmiot posiadający aprobatę Telecommunications Industry Association, czy też certyfikaty wspomniane na stronie internetowej tego podmiotu. Certyfikaty na zgodność z tym standardem wydawane przez innych audytorów są powszechnie szanowane na rynku. Odwołujący wskazał, że skoro

wymagania co do podmiotu, od którego może pochodzić certyfikat, nie wynikają ani z przepisów prawa, ani z treści standardu, ich źródłem mogłyby być jedynie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niesporne jest jednak, że Zamawiający takich wymagań nie postawił.

Odwołujący podkreślił również, że certyfikat, który został przedłożony w toku korespondencji dotyczącej wyjaśnienia ceny odwołującego, został wydany przez profesjonalny i niezależny podmiot, na podstawie audytu przeprowadzonego w siedzibie dostawcy, obejmującego zarówno weryfikację dokumentacji, jak i stosowną wizję lokalną. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający w żaden sposób nie podważył tych okoliczności z merytorycznego punktu widzenia. W tej sytuacji, w ocenie odwołującego nie było podstaw do zarzucania, że dostawca, z którym współpracuje odwołujący, nie posiada odpowiedniego certyfikatu.

Odwołujący stwierdził, iż niezależnie od merytorycznej wadliwości decyzji zamawiającego, jest ona wadliwa także dlatego, że zamawiający w niedopuszczalny sposób uzupełnił wymagania SIWZ.

Na wstępie odwołujący przypomniał, że zamawiający opierał swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego wyłącznie na dokumencie, który uzyskał w trybie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W trybie art. 90 ustawy Pzp zamawiający skierował do odwołującego dwa wezwania. Odwołujący podał, iż w pierwszym z nich (wezwanie z 19.03.2021 r.) prosił o *„wskazanie czy zaoferowana cena uwzględni koszt posiadania certyfikatów zgodnych z normą EN - 50600 klasa 3 lub równoważnie jeden z dwóch certyfikatów TIER III lub ANSI/TIA 942”*. Odwołujący odniósł się do tego zagadnienia pismem z 30 marca 2021 r. (s. 7-8). Dalej odwołujący podał, iż w drugim wezwaniu z 7.04.2021 r. Zamawiający, nie formułując żadnych konkretnych wątpliwości odnoszących się do złożonych już wyjaśnień, ujął następującą prośbę: *„prosimy o wyjaśnienie czy w zakresie wartości finansowej oferty uwzględnione zostały certyfikaty, o których mowa w zał. 4 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia w dziale „dostępność systemów i ich zabezpieczenia”, punkt 18. Prosimy również o przesłanie tych certyfikatów (strona 7 przesłanych wyjaśnień)”*. Ponieważ odpowiedź na pierwsze pytanie została już udzielona, odwołujący w większości odesłał w tym zakresie do wcześniejszych wyjaśnień. Chcąc zadośćuczynić prośbie Zamawiającego, przedłożył także kopię certyfikatu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający uzyskał kopię certyfikatu ANSI/TIA-942, ponieważ odwołujący zachował się transparentnie i zadośćuczynił zadość prośbie zamawiającego wyrażonej w wezwaniu dotyczącym elementów oferty mających wpływ na cenę. Odwołujący zwrócił uwagę, iż przedłożenie certyfikatu nie było jego obowiązkiem ani wówczas, ani wcześniej. Przeciwnie: w żadnym miejscu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie wskazał, że składając ofertę należy przedstawić jakikolwiek certyfikat. Z tej przyczyny oderwane od stanu faktycznego są wywody zamawiającego, przedstawione w informacji o odrzuceniu oferty, dotyczące art. 30b ust. 1 i 4 ustawy Pzp, które dotyczyły

przecież dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w treści oferty Wykonawcy nie mieli także składać oświadczeń co do tego, na jaki certyfikat zamierzają się powołać. Zamawiający nie wymagał także wskazania chociażby podmiotu, który ma pełnić rolę dostawcy, czy też nazwy lub adresu centrum przetwarzania danych.

Z powyższego odwołujący wyciągnął wnioski dyskwalifikujące decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący wskazał po pierwsze, że skoro zamawiający nie postawił w treści SIWZ wymagania, aby wykonawcy w trakcie postępowania przedłożyli jakikolwiek certyfikat, to zrezygnował z weryfikacji tej okoliczności na etapie oceny ofert. To samo w sobie stanowi przeszkodę dla odrzucenia oferty odwołującego (przywołano wyrok KIO z 26 kwietnia 2019 r., KIO 661/19). Odwołujący stwierdził, że dokonanie takiej weryfikacji mimo braku podstawy w SIWZ jest nie do pogodzenia z zasadami równego traktowania i przejrzystości postępowania. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości UE, obie te zasady stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej (postanowienie TSUE z 13 lipca 2017 r., C-35/17, ECLI:EU:C:2017:557).

Po drugie odwołujący wskazał, że zamawiający jako podstawy faktycznej odrzucenia oferty użył dokumentu, który uzyskał tylko od jednego wykonawcy, w ramach prowadzonej w odniesieniu do tego konkretnego wykonawcy procedury kontroli elementów ceny. Innymi słowy, tylko w odniesieniu do odwołującego zamawiający zdecydował się na weryfikację, w istocie w „hybrydowym” trybie nieznanym ustawie, czy i jaką certyfikacją dysponuje dostawca chmury obliczeniowej. Takie działanie, w ocenie odwołującego, było nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Po trzecie odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mimo że ani informacja na temat dostawcy współpracującego z odwołującym, ani informacja na temat certyfikatu, jakim dysponuje ten dostawca, nie stanowiły treści oferty. Tymczasem odrzucenie oferty na podanej przez zamawiającego podstawie wymaga wskazania konkretnego wymagania SIWZ, z którym sprzeczna jest treść oferty (przywołano wyrok KIO z 8 sierpnia 2019 r., KIO 1423/19).

Na marginesie, odwołujący podkreślił, że uchybieniem było także uniemożliwienie Odwołującemu wypowiedzenia się w tej sprawie przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, co dodatkowo stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Powinnością Zamawiającego jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości przed podjęciem najdalej idących kroków względem wykonawcy. W niniejszym postępowaniu zamawiający wyjątkowo szczegółowo badał ofertę odwołującego w trybie art. 90 ustawy Pzp, ale nie podjął nawet próby uzyskania wyjaśnień dotyczących certyfikatu. Odwołujący stwierdził, że zmuszony był

przedstawić w odwołaniu stanowisko, które w normalnych warunkach przedstawiłby w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Dalej odwołujący wskazał, że zakładając, wbrew stanowisku odwołującego, że certyfikaty wymienione w punkcie 18 rozdziału „Dostępność systemów i ich zabezpieczenia” w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiły tzw. dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a merytoryczne zarzuty zamawiającego dotyczące ważności certyfikatu były trafne, odrzucenie oferty odwołującego i tak byłoby wadliwe.

W ocenie odwołującego, wynikało to wprost z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wezwania do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, które są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości zamawiającego, odnosi się także do dokumentów składanych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (przywołano wyrok KIO z 30 kwietnia 2019 r., KIO 713/19).

Zamawiający w dniu 21 maja 2021 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowania odwoławczego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 nPzp, wykonawca Computex Sp. z o.o.

Sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SE16N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz SE16 Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej Computex).

Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie zgłoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SE16N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz SE16 Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ze względu na brak potwierdzenia prawidłowego umocowania osoby która podpisała zgłoszenie przystąpienia w dacie złożenia oświadczenia w tym przedmiocie do reprezentacji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Apex.IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie działa na podstawie pełnomocnictwa konsorcyjnego udzielonego przez firmę SE16N Sp. z o.o. oraz SE16 Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 5 marca 2021 r.. W imieniu spółki SE16N sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pełnomocnictwo podpisał pan T. B., natomiast osoba ta w załączonym do przystąpienia odpisie KRS nie została uwidoczniona. W toku posiedzenia odwołujący przedstawił odpis pełny z KRS dla spółki SE16N Sp. z o.o., z którego wynika, iż pan T. B. udzielający pełnomocnictwa Apex.IT Sp. z o.o. w imieniu SE16N Sp. z o.o. został ujawniony w KRS w dniu 11 marca 2021 r. jako członek zarządu, a 21 kwietnia 2021 r. jako prezes zarządu uprawniony do samodzielnej reprezentacji. W związku z powyższym z przedłożonych przez Apex.IT Sp. z o.o. dokumentów nie wynika, iż w dacie udzielenia pełnomocnictwa, tj. w dniu 5 marca 2021 r. osoba ta pełniła funkcję umożliwiającą jej samodzielną reprezentację spółki oraz że upoważnienie dla Apex.IT Sp. z o.o. zostało udzielone przez osobę uprawnioną. Powyższe bezpośrednio rzutuje na umocowanie udzielone przez Apex.IT Sp. z o.o. w imieniu własnym oraz pozostałych członków konsorcjum p. K. Ch. Jednocześnie pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia i rozprawy zgłaszający przystąpienie wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SE16N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz SE16 Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie stawili się. W związku z tym Izba uznała, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SE16N Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz SE16 Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie wykazali, iż pełnomocnictwo do reprezentowania konsorcjum jest udzielone właściwie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie kompleksowej usługi hostingowej, bazując na infrastrukturze chmury publicznej, dla systemu KRONIK@”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 251-631272.

Stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu odpowiada rzeczywistości i jako taki nie będzie ponownie powtarzany.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp tj. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tj. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
5. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp tj. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż przedstawiony przez odwołującego certyfikat spełnia wymagania określone przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ).

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmienił wstępne założenia co do wymaganych certyfikatów i nadał pkt. 18 w sekcji pn. „Dostępność systemów i ich zabezpieczenia”, w części IV. Skalowanie środowiska OPZ następujące brzmienie: „Dostawca musi posiadać certyfikację zgodną z normą EN – 50600 klasa 3 lub równoważnie jeden z dwóch certyfikatów TIER III lub ANSI/TIA 942”. Przedmiotowe wymaganie na etapie przed upływem terminu składania ofert nie budziło wątpliwości wykonawców (brak dalszych wniosków o wyjaśnienie SIWZ w tym zakresie). Stąd też rozważania odwołującego, co do niedoprecyzowania SIWZ (prowadzone w kontekście stwierdzenia kim jest „dostawca” czy też certyfikatu TIER III) na tym etapie postępowania należy uznać za bezprzedmiotowe. Izba zauważa również, iż o przedmiotowe zamówienie ubiegają się podmioty prowadzące profesjonalną działalność w branży do której przynależy udzielane zamówienie, więc nie powinny mieć one problemów z zdekodowaniem wymogów zamawiającego. Takich problemów na etapie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak wynika z treści składanych wyjaśnień, nie miał również odwołujący. Nie budzi wątpliwości, że zamawiający formułując ww. postanowienie SIWZ nie dookreślił szczegółów wymaganych certyfikatów lub ich wystawców. Odwołujący w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił zamawiającemu certyfikat potwierdzający spełnianie wymagań określonych w standardzie ANSI/TIA – 942 dla ośrodków będących dostawcą zapewniającym mu niezbędną infrastrukturę i usługi chmury obliczeniowej.

Bezsporne między stronami i uczestnikiem była okoliczność, iż standard ANSI/TIA – 942 jest standardem otwartym i prywatnym stworzonym oraz utrzymywanym przez podmioty amerykańskie (American National Standards Institute (ANSI) oraz Telecommunications Industry Association (TIA)). Wobec powyższego nie ma wątpliwości, iż standard ANSI/TIA-942 jest utrzymywany poza krajowym systemem normalizacji. Niemniej jednak strony i uczestnik postępowania odwoławczego zgodnie podkreślali, iż cieszy się on dużym szacunkiem i jest jedną z najpopularniejszych i najbardziej miarodajnych norm dla centrów przetwarzania danych w branży informatycznej w Polsce i na świecie. W związku z tym, Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż to organizacja utrzymująca dany standard odpowiada za ustalenie zasad w oparciu o które następuje akredytacja jednostek oceniających zgodność przedmiotu objętego danym standardem z wymaganiami tego standardu oraz zasad certyfikacji. Zarówno zamawiający jak i przystępujący zgodnie twierdzili, iż ANSIA/TIA samodzielnie nie prowadzi audytów potwierdzających spełnianie wymagań standardu ANSIA/TIA- 942 oraz nie certyfikuje podmiotów. Okoliczność tę potwierdza również wyciąg ze standardu TIA-942-B, przedstawiony przez odwołującego, w którym zawarto następujące stwierdzenia „TIA nie egzekwuje ani nie monitoruje zgodności z

treścią Dokumentu. TIA nie certyfikuje, nie kontroluje, nie testuje ani w żaden inny sposób nie bada produktów, projektów lub usług, ani żadnych twierdzeń dotyczących zgodności z treścią dokumentu.” Nie ma więc możliwości uzyskania certyfikatu wystawionego bezpośrednio przez ANSI/TIA. Jednocześnie zamawiający i przystępujący argumentowali, iż jednostkami uprawnionymi do przeprowadzania audytów są tylko i wyłącznie podmioty wskazane na stronie internetowej TIA (tiaonline.org) tzw. CAB. Podobnie wskazywano, że za jednostki certyfikowane można również uznać tylko i wyłącznie podmioty umieszczone na ww. stronie internetowej, przedstawiając wydruki z ww. strony internetowej. Ponadto Zamawiający przedstawił wraz z tłumaczeniem wydruk wybranych pytań i odpowiedzi dot. procesu certyfikacji, z których wynika, iż w pewnym okresie audyty były przeprowadzane przez wiele podmiotów z branży i różniły się pod względem dokładności i zgodności z normą TIA-942. Ponadto z ww. dokumentu wynika również, iż „stworzono Program certyfikacji zgodności z normą TIA-942 w celu zapewnienia jednolitości poziomu zgodności z normą TIA-942 (...). Odtąd tylko audyty prowadzone przez autoryzowaną jednostkę oceny zgodności (CAB) w ramach Standardu Certyfikacji na zgodność z normą TIA – 942 będą uznawane przez TIA jako odpowiadające tej normie.” Okoliczności stworzenia jednolitego Programu i Schematu Certyfikacji starał się zaprzeczyć odwołujący, powołując się m.in. na przywołane wyżej brzmienie standardu oraz wskazując, iż komunikat prasowy w którym przekazano powyższe informacje nie może zmieniać treści standardu, a ponadto podważając uprawnienie TIA do samodzielnego wprowadzania ww. zasad. Skład orzekający Izby, w zakresie obowiązywania aktualnie systemu certyfikacji dla standardu ANSI/TIA – 942, podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego, wskazując, iż kwestionowane komunikaty nie stoją w sprzeczności z treścią standardu oraz pochodzą bezpośrednio od podmiotu odpowiedzialnego za wdrożenie standardu (fakt wdrażania standardu przez TIA wynika z informacji zawartych w treści Standardu w części „Ogłoszenie”). Niemniej jednak, Izba stwierdza, że normy i zasady certyfikacji są obowiązujące dla certyfikatów uzyskanych po ich wprowadzeniu w życie, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający wskazał, iż TIA uruchomiło Schemat Akredytacji na potrzeby certyfikacji centrów przetwarzania danych z normą ANSI/TIA – 942 w sierpniu 2019 r., natomiast certyfikat przedstawiony przez odwołującego wystawiony przez podmiot inny niż wskazany przez TIA CAB nosi datę 4 września 2019 r., przy czym audyt certyfikacyjny odbył się w lipcu 2019 r. co potwierdza faktura przedstawiona zamawiającemu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wobec tego, uznać należy, iż certyfikat pozyskany przez dostawcę odwołującego na zasadach obowiązujących przed uruchomieniem Schematu Akredytacji na potrzeby certyfikacji centrów przetwarzania danych z normą ANSI/TIA – 942. Izba, mając na uwadze, iż przed wrześniem 2019 r. obowiązywały odmienne zasady certyfikacji dla standardu ANSI/TIA – 942, zgodnie z którymi od podmiotów certyfikujących nie wymagano akredytacji, stwierdza, iż certyfikat przedłożony przez odwołującego spełnia wymagania

określone w SIWZ. Zamawiający oceniając ofertę odwołującego nie brał tych okoliczności pod uwagę, nie określił również zasad postępowania z takimi certyfikatami w SIWZ. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w toku rozprawy przyznał, że znany mu jest artykuł przedstawiony przez odwołującego (pt. Certyfikat niezawodności – standardy centrów danych, aut. W. P., opublikowany w dn. 15.02.2021 r. na stronie www.computerworld.pl), z którego wynika, że w dacie jego publikacji brak było standardu akredytacji wprowadzonego przez TIA i uznawano za ważne certyfikaty wydawane przez różne podmioty. Tym samym, jeśli wolą zamawiającego było dopuszczenie do postępowania tylko wykonawców posiadających certyfikat wydany przez jednostkę akredytowaną, to woli tej nie ujawnił w treści SIWZ. Nie może tym samym na obecnym etapie postępowania wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który dostosował się do ujawnionej treści SIWZ.

Dostrzeżenia wymagało również, iż ani zamawiający ani przystępujący nie przedłożyli dowodu, iż certyfikat przedstawiony przez odwołującego, a wydany zgodnie z wcześniej obowiązującymi zasadami certyfikacji jest nieważny.

W ocenie składu orzekającego, zamawiającemu przysługuje prawo do wyjaśnienia treści oferty, ewentualnie jej odrzucenia, w sytuacji gdy w wyniku wyjaśniania rażąco niskiej ceny poweźmie on informację o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zgodzić się z zamawiającym należy, iż w sytuacji gdy poweźmie on określone wątpliwości co do treści złożonej oferty ma prawo je wyjaśniać. W niniejszej sprawie zamawiający niejako wyjaśniał treść oferty przy okazji wyjaśnienia ceny oferty odwołującego. W ocenie Izby decydującym o prawidłowości dokonywanych czynności jest ich treść a nie formalna podstawa.

Niewątpliwie, certyfikatu będącego przedmiotem badania w niniejszej sprawie nie można uznać za dokument „przedmiotowy” podlegający uzupełnieniu. Zamawiający ustalając treść SIWZ nie żądał przedłożenia przez wykonawców certyfikatów określonych w pkt. 18 w sekcji pn. „Dostępność systemów i ich zabezpieczenia”, w części IV. Skalowanie środowiska OPZ, tak więc w chwili obecnej nie ma podstaw formalnych do żądania od wykonawcy złożenia takiego dokumentu ewentualnie jego uzupełnienia. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, iż brak jest również do tego podstaw merytorycznych.

Izba za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy uznała przedstawione przez odwołującego dowody w postaci informacji ze stron internetowych innych centrów przetwarzania danych – dokumenty te nie dowodzą okoliczności istotnych dla sprawy.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a odrzucając ją zamawiający naruszył dyspozycję tego przepisu oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

.....