Sygn. akt: KIO 3097/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Joanna Stankiewicz-Baraniak Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Centrum Udostępniania Dokumentów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Farbiarskiej 7A (02-862 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie przy ul. Szamockiej 3, 5 (01-748 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy IBM Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Krakowiaków 32 (02-255 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Centrum Udostępniania Dokumentów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy Centrum Udostępniania Dokumentów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3097/24

U z a s a d n i e n i e

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie z wolnej ręki, pn.: Dostawa nowej technologii serwerów Mainframe o numerze referencyjnym: 993200.271.49.2024, zwane dalej jako: „postępowanie”.

Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex-ante zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2024 r. pod numerem 488746-2024 (numer wydania Dz.U. S: 158/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. wykonawca Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1-3 Pzp przez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na odrzucenie oferty odwołującego;

2) art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz lit. b) Pzp przez niezasadny wybór niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia pomimo braku przesłanek dla zastosowania trybu z wolnej ręki.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru trybu z wolnej ręki;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania z wolnej ręki;
- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców (w tym odwołującego), którzy będą mogli

złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Zdaniem odwołującego objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez niego – polegającej na uniemożliwieniu mu ubiegania się o zamówienie, złożenia oferty i uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 10 września 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie zarzutów odwołania w całości.

Tego samego dnia tj. 10 września 2024 r, również wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wniósł pismo procesowe z załącznikami, w którym zawarł stanowisko wskazujące na oddalenie odwołania.

W dniu 12 września 2024 r. odwołujący złożył pismo wraz załącznikiem, w którym przedstawił argumentację popierającą wniosek o uwzględnienie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący po stronie zamawiającego" lub „wykonawca"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Tym samym Izba nie uwzględniła opozycji zgłoszonej przez odwołującego przed otwarciem rozprawy przeciw przystąpieniu ww. wykonawcy. Odwołujący wskazał, że istotą jego wniosku było zaprzeczenie twierdzeniu, że tylko zgłaszający przystąpienie jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Ponadto podkreślił, że zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia.

Skład orzekający ustalił, że wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, bowiem jest jedynym uczestnikiem negocjacji z wolnej ręki w Postępowaniu, którego dotyczy odwołanie i liczy na uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 526 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że odwołujący zgłaszając opozycje wobec przystąpienia wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie uprawdopodobnił, że ww. wykonawca nie miał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa w tej kwestii interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza się przystąpienie, jest inną, szerszą kategorią prawną, niż wymagany przez art. 505 ust. 1 Pzp interes w uzyskaniu zamówienia. W ocenie składu orzekającego w przypadku interesu w zgłoszeniu przystąpienia chodzi o jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje, wygra postępowanie odwoławcze. Jeśli więc przystępujący wykonawca zgłasza przystąpienie po stronie zamawiającego oczekuje, że odwołanie zostanie oddalone, a on sam pozyska z tego tytułu jakiś pożytek. Wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wprost wskazał, że jest jedynym uczestnikiem negocjacji z wolnej ręki w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie i liczy na uzyskanie zamówienia. Tym samym chybiona okazała się argumentacja odwołującego wskazująca, że zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia, skoro wyraźnie została w tym piśmie podana informacja odnosząca się do oczekiwania korzyści ze strony wykonawcy w postaci uzyskania zamówienia.

Argumentacja odwołującego w związku ze zgłoszoną opozycją odnosiła się również do wskazania, że istotą tego wniosku było zaprzeczenie twierdzeniu, że tylko zgłaszający przystąpienie jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Izba na moment rozstrzygnięcia w przedmiocie opozycji pozostawiła powyżej podniesioną kwestię bez odpowiedzi, ponieważ zajęcie stanowiska w tym zakresie stanowiłoby de facto merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania

przed przeprowadzeniem rozprawy. Tym samym opozycja zgłoszona przez odwołującego w związku z powyżej przedstawioną argumentacją była już z samej istoty sprawy niewłaściwa, ponieważ koncentrowała się na zagadnieniu stricte merytorycznym, które było silnie powiązane z rozstrzygnięciem odwołania.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że należało oddalić opozycję zgłoszoną przez odwołującego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 2 września 2024 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2024 r. pod numerem 488746-2024 (numer wydania Dz.U. S: 158/2024);

- uzasadnienie faktyczne i prawne udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz lit. b) Pzp znajdujące się w dokumencie opublikowanym wraz z ogłoszeniem ex-ante na stronie prowadzonego postepowania;

2) dokumenty załączone do odwołania:

- umowę nr 1068997 z dnia 18 grudnia 2018 r. zawartą pomiędzy zamawiającym a przystępującym;

- załącznik nr 7 do ww. umowy – Warunki gwarancji z umowy;

- warunki gwarancji ze strony IBM;

- umowę nr 1076218 z dnia 9 czerwca 2020 zawartą pomiędzy zamawiającym a konsorcjum wykonawców, w którym liderem był odwołujący;

- potwierdzenie należytego wykonania ww. umowy;

3) dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- pismo przystępującego z dnia 26 czerwca 2024 r. do zamawiającego, wraz z umową Regulującą Relacje z Klientem oraz oświadczeniem IBM World Trade Corporation z dnia 24 czerwca 2024r. wraz z tłumaczeniem;

- Warunki Ograniczonej Gwarancji IBM;

- pismo przystępującego do zamawiającego z dnia 25 lipca 2024 r.;

- pismo IBM World Trade Corporation z 24 lipca 2024 r.;

- mail dyrektora Departamentu Infrastruktury Informatycznej ZUS do przystępującego z 8 maja 2024 r.;

- pismo Dyrektora Generalnego przystępującego z dnia 13 maja 2024 r.;

- mail dyrektora Departamentu Infrastruktury Informatycznej ZUS z 14 maja 2024 r. do uczestników RFI;

- pismo z dnia 11 czerwca 2024 r. znak: 990800.271.13.2024, UNP 2024-00324953 do przystępującego;

- IBM International Warranty Service wraz z tłumaczeniem rozdziału Instrukcje dotyczące międzynarodowego ruchu transgranicznego;

- International Warranty Service (IWS) – IBM z Systems;

- zapytanie RFI;

- mail odwołującego z 18 maja 2024 r. do zamawiającego – dokument oznaczony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa;

- ofertę podstawową i formularz odpowiedzi na zapytanie o informację złożone przez odwołującego – dokument oznaczony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa;

4) dokumenty załączone do pisma procesowego przystępującego:

- tłumaczenie przysięgłe oświadczenia IBM World Trade Corporation z dnia 24 czerwca 2024 r.;

- załącznik nr 21 (Exhibit 21) do Sprawozdania IBM Corporation z listą spółek zależnych;

5) dokument załączony do pisma procesowego odwołującego z dnia 12 września 2024 r. oznaczony jako załącznik nr 8 do umowy ZUS z IBM Polska;

6) dokument złożony na posiedzeniu przez odwołującego tj. wydruk instrukcji technicznej dotyczącej sposobu rozbudowy serwera IBM z14 (3906).

Izba ustaliła co następuje

14 sierpnia 2024 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante w zamówieniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki, którego przedmiotem jest zakup i dostawa nowych serwerów IBM klasy mainframe w technologii z16 typu 3931 wraz z udzieleniem gwarancji producenta. W pkt 2.1 ww. ogłoszenia zamawiający wskazał: Tytuł: Dostawa nowej technologii serwerów Mainframe";

Opis: I. Przedmiotem zamówienia jest dostawa i instalacja 2 (dwóch) nowych Serwerów IBM z16 3931 wraz ze świadczeniem Usług Serwisu Gwarancyjnego. - Dostawa nowych serwerów IBM z16 3931 nastąpi w terminie do 6 tygodni od dnia zawarcia Umowy; -Instalacja dostarczonych serwerów nastąpi w terminie do 10 tygodni od dnia zawarcia Umowy; - Udzielona zostanie gwarancja na Serwery i świadczona z tego tytułu Usługa Serwisu Gwarancyjnego; - Przewidziane zostało prawo opcji: 1. Opcja 1: polegająca na jednorazowej realizacji usługi relokacji Serwera B do nowej lokalizacji Zamawiającego odległej o nie więcej niż 40 km od siedziby Zamawiającego; 2. Opcja 2: Polegająca na rozbudowie serwerów

w wariantach: 2.1 Wariant I – Serwer A rozbudowa mocy obliczeniowej procesorów głównych o jeden procesor główny. 2.2 Wariant II – Serwer A rozbudowa mocy obliczeniowej procesorów głównych o kolejny procesor główny. 2.3 Wariant III – Serwer A lub Serwer B rozbudowa

o procesory specjalizowane zIIP (mikrokod), maksymalnie o cztery procesory zIIP. 2.4

Wariant IV – Serwer B rozbudowa mocy obliczeniowej procesorów głównych o jeden procesor główny. 2.5 Wariant V – Serwer B rozbudowa mocy obliczeniowej procesorów głównych o kolejny procesor główny. 2.6 Wariant VI – Serwer B dodatkowy rekord CBU. II. Terminy: 1. Data dostawy: do 6 tygodni od dnia zawarcia Umowy; 2. Data instalacji serwerów: 10 tygodni od dnia zawarcia Umowy; 3. Okres Gwarancji: od 12 do 36 miesięcy od daty odbioru instalacji serwerów; 4. Skorzystania z prawa opcji: 4 tygodnie przed czwartą rocznicą zawarcia Umowy albo w dniu, w którym producent serwera wycofa z publicznej oferty możliwość rozbudowy serwerów mainframe z16 za pomocą zmian w oprogramowaniu mikrokodowym, w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi wcześniej.

Ponadto w pkt 2.1.4. ogłoszenia ex-ante zamawiający wskazał:

2.1.4. Informacje ogólne

Podstawa prawna: Dyrektywa 2014/24/UE

Zamówienie z wolnej ręki, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz lit. b) ustawy Pzp -Z uwagi na ograniczoną liczbę znaków jaką można zawrzeć w niniejszym ogłoszeniu, uzasadnienie faktyczne i prawne udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz lit. b) ustawy Pzp znajduje się w dokumencie opublikowanym wraz z ogłoszeniem ex-ante na stronie prowadzonego postepowania:

Zamawiający sporządził uzasadnienie faktyczne i prawne udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz lit. b) Pzp, w którym szczegółowo opisał powody zastosowania ww. przepisu. Ostatni akapit uzasadnienia posiadał następującą treść:

Odnosząc się do wynikającej z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) przesłanki braku celowego zawężenia parametrów zamówienia, ocenić należy, że w sytuacji, w której opis wymagań Zamawiającego, w tym w zakresie warunków dostawy, parametrów technicznych serwerów oraz gwarancji producenta pozostaje bez wpływu na możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców, brak jest przesłanek do twierdzenia, że doszło do celowego zawężenia parametrów zamówienia. Tym samym, dla uzasadnienia stosowania art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp Zamawiający nie tylko wskazał, iż określone prawa przysługujące Wykonawcy są chronione. Z powyższego należy również wnioskować, że inny wykonawca nie byłby w stanie w ogóle tego zamówienia wykonać, w związku z istnieniem praw wyłącznych usankcjonowanych w innych przepisach. Dodatkowo wykazano, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, które mogłoby zostać zastosowane bez naruszania takich praw, a zmiana parametrów zamówienia w celu poszerzenia konkurencji nie jest możliwa.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp – Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn: a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jak wynika z dyspozycji określonej w art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający – chcąc skorzystać z przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki określonej w tym przepisie – musi wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie wykonać określone zamówienie. Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający wykazał, że tylko i wyłącznie przystępujący może wykonać zamówienie objęte postępowaniem. Tryb z wolnej ręki jest szczególnym trybem udzielenia zamówienia i jego zastosowanie wymaga spełnienia rygorystycznych wymagań. Ponadto w związku z tym, że nie ma on charakteru podstawowego, co wynika z treści art. 129 ust. 2 Pzp, należy restrykcyjnie podchodzić do oceny spełnienia przesłanek dla tego trybu, skutkiem czego jest również zawężająca wykładnia możliwości jego zastosowania. Stąd też zamawiający decydując się na zastosowanie trybu z wolnej ręki powinien jednoznacznie wykazać, że spełnił wszystkie przesłanki, które warunkują jego wszczęcie. Izba przeanalizowała działania podjęte przez zamawiającego związane z postępowaniem tj. nie tylko uzasadnienie faktyczne i prawne udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz lit. b) Pzp, ale także działania poprzedzające wszczęcie postępowania obejmujące środki jakie podjął zamawiający w celu ustalenia możliwości i sposobu zrealizowania zamówienia. Działania zamawiającego przedsięwzięte przed wszczęciem postępowania cechowały się, w ocenie składu orzekającego, odpowiednią miarą staranności oraz były wynikowe. Przez wynikowość Izba miała tu myśli szereg powiązanych ze sobą działań, które potwierdzały, że zamawiający poszukiwał możliwości realizacji zadania w sposób, który był z

jednej strony zgodny z przepisami, a z drugiej optymalny mając na uwadze jego potrzeby. Działania i czynności zamawiającego należało również skonfrontować z argumentacją podniesioną przez odwołującego, ponieważ fakt zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki oraz restrykcyjna ocena spełnienia przesłanek jego zastosowania nie zwalniały odwołującego z obowiązków związanych z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, które w stanie faktycznym tej sprawy, spoczywały na odwołującym. Izba doszła do przekonania, że argumentacja odwołującego była niewystarczająca i nie mogła prowadzić do uwzględnienia odwołania. W tym miejscu zasadne było wskazanie, że stanowisko odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania było ogólnikowe oraz bardzo pobieżne. Odwołujący właściwie nie odniósł się merytorycznie do przesłanki związanej z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, na którą szczególnie zwracał uwagę zamawiający w uzasadnieniu zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. Pośrednim potwierdzeniem powyższego było to, że odwołujący dopiero na posiedzeniu złożył pismo, w którym bardziej szczegółowo przedstawił swoje stanowisko przede wszystkim w związku z ww. przesłanką. Stanowisko odwołującego koncentrowało się na kwestionowaniu ustalenia dokonanego przez zamawiającego, że zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca. Odwołujący twierdził, że są podmioty inne niż przystępujący, które byłyby w stanie wykonać zamówienie, a wśród tych potencjalnych wykonawców był odwołujący. Jak zasygnalizowano powyżej zamawiający przeprowadził szczegółowe rozeznanie mające na celu ustalenie, czy możliwa jest realizacja zamówienia przez wykonawcę innego niż przystępujący, które doprowadziło do jednoznacznego wniosku, że próba realizacji zamówienia przez wykonawcę innego niż przystępujący doprowadziłaby do naruszenia praw wyłącznych IBM.

Jak słusznie argumentował zamawiający „prawami wyłącznymi" w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp będą przede wszystkim: prawo autorskie podlegające ochronie na mocy przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych lub prawa własności przemysłowej chronione na mocy przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. prawo własności przemysłowej. Ponadto prawem wyłącznym o najszerszym zakresie skuteczności i ochrony pozostaje prawo własności. Przedmiotowa przesłanka dotyczy więc przede wszystkim zamówień obejmujących utwory lub inne przedmioty zawierające oryginalne rozwiązania intelektualne, chronione prawem autorskim lub prawem własności przemysłowej. Utworem w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalonym w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia, mający jednak taki charakter, że nie można go uzyskać od innej osoby. Natomiast rozwiązania chronione ustawą Prawo własności przemysłowej obejmują m.in. wynalazki, czyli nowe rozwiązania o charakterze technicznym nadające się do przemysłowego wykorzystania, wzory użytkowe,

dotyczące kształtu, budowy lub konfiguracji przedmiotu, projekty racjonalizatorskie o charakterze techniczno-organizacyjnym i inne.

W tym miejscu należało przypomnieć, że przedmiotem postępowania jest zakup serwerów IBM mainframe z rodziny z16 typu 3931 wraz z gwarancją producenta. Warto przy tym zaznaczyć, że serwer to nie tylko urządzenie, ale także wbudowany program komputerowy zwany kodem maszynowym (firmware), służący do sterowania procesorem. Nie mógł więc budzić wątpliwości fakt, że serwer z16 jest przedmiotem praw własności przemysłowej i praw autorskich. Co istotne, w tym aspekcie zamawiający uzyskał potwierdzenie od IBM World Trade Corporation, że serwery IBM z16, typ

3931 posiadają funkcje podlegające ochronie patentowej oraz ochronie wynikającej z praw autorskich, zgodnie z warunkami umowy IBM dotyczącej takich serwerów i korzystania z ich kodu maszynowego (pismo IBM World Trade Corporation z 24 lipca 2024 r. złożone w języku angielskim oraz w tłumaczeniu na język polski jako załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie).

Izba stwierdziła, że zamawiający podejmując działania mające na celu ustalenie istnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki pozyskał oświadczenia zarówno IBM World Trade Corporation jak i przystępującego, a także standardowe dokumenty sprzedażowe IBM, które określały zasady sprzedaży, licencjonowania i gwarancji produktów IBM.

W nawiązaniu do powyższego w pierwszej kolejności Izba za niezrozumiałe uznała twierdzenie odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania, które wskazywało na odrębną podmiotowość prawną IBM World Trade Corporation i przystępującego. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego, które wskazywało, że IBM World Trade Corporation ustalając sposób dystrybucji swoich produktów przypisał swoim spółkom zależnym określone role w sprzedaży produktów i realizacji uprawnień z niej wynikających. Zamawiający na poparcie swojego stanowiska przedłożył dowody, których odwołujący

w żaden sposób nie podważył. Tym samym Izba zwróciła uwagę na to, że w Warunkach Ograniczonej Gwarancji stosowanych w umowach z IBM wskazano, że IBM oznacza podmiot IBM, który dostarczył Maszynę Klientowi albo resellerowi obsługującemu Klienta; może to być np. International Business Machines Corporation w Stanach Zjednoczonych, IBM World Trade Corporation lub lokalny podmiot IBM w kraju Klienta (Warunki Ograniczonej Gwarancji IBM stanowiące załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie). Podobnie w Umowie regulującej Relacje z Klientem w pkt 11 lit. k stwierdzono, że Licencje na Programy i Kod Maszynowy są udzielane przez International Business Machines Corporation, spółkę zarejestrowaną

w Nowym Jorku (zwaną dalej „IBM Corporation"). Firma IBM, od której Klient nabywa uprawnienia: i) działa jako dystrybutor i dostarcza Programy i Kod Maszynowy zgodnie

z Umową; oraz II) odpowiada za egzekwowanie warunków licencji oraz wypełnianie wszelkich zobowiązań dotyczących takich Programów i Kodu Maszynowego. Jeśli uprawnienia są nabywane od Partnera Handlowego IBM, za egzekwowanie warunków niniejszej Umowy odpowiada przedsiębiorstwo IBM w kraju nabycia (Umowa Regulującą Relacje z Klientem stanowiąca załącznik oznaczony jako 3a do odpowiedzi na odwołanie).

Po drugie Izba uznała za niepotwierdzone stanowisko odwołującego wskazujące, że co do zasady każdy podmiot posiadający konkretne kompetencje może sprzedawać produkty IBM i oferować towarzyszące usługi. Polityka sprzedażowa IBM zakłada bowiem sprzedaż niektórych produktów przez autoryzowanych partnerów IBM, natomiast w odniesieniu do pewnej kategorii produktów wprowadzono zasadę bezpośredniej sprzedaży. Z pisma z dnia 26 czerwca 2024 r. pozyskanego przez zamawiającego od przystępującego wynikało, że Zarówno na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak i krajów członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) firma IBM nie autoryzowała partnerów biznesowych do oferowania serwerów z16 typu 3931 odpowiadających kategorii autoryzacji z3 (odpowiedź na pytanie nr 4 zawarta w ww. piśmie przedstawionym jako załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie). Tym samym powyżej wskazany dowód potwierdzał, że polityka sprzedażowa IBM zakłada sprzedaż produktów przez autoryzowanych partnerów IBM, natomiast w odniesieniu do pewnej kategorii produktów wprowadzono zasadę bezpośredniej sprzedaży. Jak wynikało z zebranego w sprawie materiału dowodowego kwestia autoryzacji do sprzedaży określonej kategorii serwerów była przedmiotem dalszej korespondencji prowadzonej przez zamawiającego. Efektem tej korespondencji było stanowisko uzyskane od przystępującego, które zostało zawarte w piśmie z dnia 25 lipca 2024 r. Przystępujący w przedmiotowym piśmie wskazał, że Ad. a) Ze względu na stopień złożoności technologicznej oraz wymogi kompetencyjne personelu technicznego, IBM wprowadził 3 kategorie dla serwerów IBM: z1, z2 i z3. Serwery z16 typu 3931 zostały przypisane do kategorii z3. Ad. b) Jak wspomniano w odpowiedzi do Pytania 1 lit. a zostały wyróżnione trzy kategorie autoryzacji do oferowania serwerów IBM Z. Poziom z1 uprawnia do oferowania serwerów LinuxONE, poziom z2 umożliwia oferowanie serwerów z16 typu 3932, natomiast autoryzacja poziomu z3 nie jest stosowana na terenie Unii Europejskiej i Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Ad. c) Kategoria autoryzacji z3 uprawnia do obrotu serwerami z16 typu 3931, jak jednak napisano w odpowiedzi do Pytania 1 lit. b: nie jest stosowana na terenie Unii Europejskiej i Europejskiego Obszaru Gospodarczego (odpowiedź na pytanie nr 1 zawarta w ww. piśmie przedstawionym jako załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie). Do ww. pisma przystępujący załączył listę podmiotów mających autoryzację IBM w zakresie sprzedaży serwerów kategorii z1 i z2. Z cytowanej odpowiedzi wynikało jednoznacznie, że na terytorium

Unii Europejskiej nie jest stosowana autoryzacja względem sprzedaży serwerów będących przedmiotem zamówienia (kategoria z3), a zatem jedyną konstatacją jaką można było wywieść z powyższego było stwierdzenie, że są one sprzedawane jedynie bezpośrednio przez spółki należące do grupy kapitałowej IBM.

W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę na twierdzenia odwołującego wskazujące, że skoro przystępujący miał możliwość wykazania, że jest jedynym wykonawcą mogącym zrealizować zamówienie, to zgodnie z art. 16 Pzp, zamawiający powinien umożliwić przedstawienie swojego stanowiska innym wykonawcom, którzy odpowiedzieli na zapytanie RFI. W tym kontekście skład orzekający ustalił, że uczestnicy RFI zostali poproszeni o ustosunkowanie się do stanowiska IBM. W związku z otrzymaniem odpowiedzi na RFI od trzech wykonawców, zamawiający dnia 8 maja 2024 r. wystąpił do przystępującego z pytaniami dotyczącymi polityki sprzedażowej IBM World Trade Corporation (korespondencja mailowa dyrektora Departamentu Infrastruktury Informatycznej ZUS do przystępującego z dnia 8 maja 2024 r., stanowiąca załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie). Dnia 13 maja 2024 r. zamawiający otrzymał odpowiedź na zadane pytania od dyrektora generalnego przystępującego o następującej treści:

1. „Czy zaszły jakieś zmiany w polityce producenta serwerów, które umożliwiają sprzedaż serwerów przez partnerów firmy IBM?”

Odpowiedź: Strategia sprzedaży serwerów IBM Mainframe nie uległa zmianie od czasu poprzedniego zakupu serwerów przez Zakład. Firma IBM nie autoryzowała partnerów biznesowych do oferowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej serwerów z grupy „Multi-frame” odpowiadającej kategorii z3, do których zaliczają się obydwa wymienione w Państwa zapytaniu modele 3931-A01 (z16) 709 oraz 3931- A01 (z16) 702.

2. „Jakie podmioty są w stanie dostarczyć na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, nowe serwery IBM Mainframe z rodziny z16 (o mocy obliczeniowej procesorów głównych Serwer A: 2061 MSU oraz Serwer B: 529 MSU) oraz udzielić, na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, standardowej gwarancji oferowanej przez producenta?”

Odpowiedź: IBM Polska Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może dostarczyć przedmiotowe serwery objęte warunkami ograniczonej gwarancji producenta.

3. „W przypadku wskazania w odpowiedzi na pytanie zawarte w pkt 1. nazw konkretnych podmiotów, czy te podmioty są jedynymi podmiotami, które na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej mogą zaoferować wykonanie zamówienia, o którym mowa w pkt 1?”

Odpowiedź: Odpowiedź na to pytanie została zawarta w odpowiedzi na pytanie nr 2.

Powyższe odpowiedzi i stanowisko IBM Polska Sp z o.o. są równoznaczne z odpowiedziami i stanowiskiem IBM Corporation.

(pismo Dyrektora Generalnego przystępującego z 13 maja 2024 r, stanowiące załącznik nr 8 do odpowiedzi na odwołanie).

Jak wynikało ze stanu faktycznego sprawy zamawiający postanowił skonfrontować odpowiedź otrzymaną od przystępującego z uczestnikami RFI i 14 maja 2024 r. zadał im pytania następującej treści:

Zamawiający kierując się załączoną informacją pozyskaną od producenta sprzętu, firmy IBM, zwraca się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania związane z Państwa deklaracją złożoną poprzez udział w rozeznaniu rynku o możliwości dostarczenia Zamawiającemu serwerów IBM z16 model 3931-A01:

1. W jaki legalny sposób, nie nienaruszający praw i polityki producenta sprzętu, zamierzają Państwo dostarczyć wycenione przez Państwa serwery IBM z16 Zamawiającemu na terenie Rzeczpospolitej Polskiej?

2. Czy Zamawiający będzie widniał w rejestrach producenta urządzeń jako ich właściciel?

3. Prosimy o ustosunkowanie się do stanowiska producenta serwerów firmy IBM mówiące, że: „IBM Polska Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może dostarczyć przedmiotowe serwery objęte warunkami ograniczonej gwarancji producenta.

(korespondencja mailowa dyrektora Departamentu Infrastruktury Informatycznej ZUS z dnia 14 maja 2024 r. do uczestników RFI, stanowiąca załącznik nr 9 do odpowiedzi na odwołanie).

Odwołujący 18 maja 2024 r. udzielił odpowiedzi na zadane pytania, zastrzegając jej treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający podjął dalsze działania w tej kwestii i 11 czerwca 2024 r. ponownie wystąpił do przystępującego z dalszymi pytaniami (pismo z dnia 11 czerwca 2024 r. sygn. 990800.271.13.2024, UNP 2024-00324953 – załącznik nr 10 do odpowiedzi na odwołanie). W odpowiedzi z dnia 26 czerwca 2024 r. przystępujący po raz kolejny potwierdził, że jest jedynym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dostarcza i instaluje nowe serwery IBM mainframe z16 typu 3931. Wynika to bezpośrednio z decyzji IBM World Trade Corporation (IBM WTC), której przysługują wyłączne prawa w zakresie wprowadzania ww. serwerów do obrotu (odpowiedź na pytanie nr 1 z ww. pisma). Okoliczność ta została potwierdzona przez IBM World Trade Corporation w oświadczeniu z 24 czerwca 2024 r. dołączonym do ww. pisma (oświadczenie IBM World Trade Corporation z dnia 24 czerwca 2024 r. wraz z tłumaczeniem stanowiące załącznik nr 3b do odpowiedzi na odwołanie oraz załącznik nr 1 do pisma procesowego przystępującego).

Odwołujący w swojej argumentacji zwracał również uwagę na zagadnienia związane z gwarancją producenta wskazując, że będzie ona przysługiwać niezależnie od tego kto będzie fizycznym wykonawcą zamówienia. Odwołujący powołał się w tym zakresie na

Warunki Ograniczonej Gwarancji IBM (załączniki nr 5 i 6 do odwołania). Przedmiotowe dowody nie potwierdziły zasadności podniesionych zarzutów. Można było stwierdzić, że dowody te podważały stanowisko odwołującego, ponieważ w postanowieniu zawartym w części I zatytułowanej „Gwarancja na Maszyny”, znalazł się następujący fragment – Niniejsze gwarancje IBM mają zastosowanie wyłącznie do Maszyn zakupionych przez Klienta w celu ich używania, a nie dalszej odsprzedaży. Ponadto argumentację odwołującego w tym zakresie zakwestionował zamawiający przedstawiając dowód w postaci dokumentu IBM International Warranty Service. W rozdziale tego dokumentu dotyczącym międzynarodowego ruchu transgranicznego (International Cross Border Movement Instructions) wskazano, że Standardową praktyką biznesową IBM jest, aby Klienci kupowali Maszyny i Usługi w kraju, w którym mają być zainstalowane i używane. Z dalszej części tego dokumentu wynikało, że IBM dopuszcza pewne wyjątki od tej zasady

twierdząc, że dołoży starań, aby honorować przeniesienie gwarancji, pod warunkiem spełnienia następujących warunków. Wśród tych warunków zostały wymienione dwa: Klient jest pierwszym użytkownikiem, Sprzęt jest przenoszony w obrębie przedsiębiorstwa klienta (lub zatwierdzonych w ramach programu ESA) – IBM International Warranty Service wraz z tłumaczeniem rozdziału pt. Instrukcje dotyczące międzynarodowego ruchu transgranicznego, stanowiące załącznik nr 11 do odpowiedzi na odwołanie. Fakt, że umowa IBM International Warranty Service dotyczyła serwerów z16 3931 potwierdzała tabela w dokumencie International Warranty Service (IWS) – IBM z Systems (przedmiotowy dokument wraz z tłumaczeniem na język polski stanowił załącznik nr 12 do odpowiedzi na odwołanie).

Powyżej opisane dowody, które zostały złożone przez zamawiającego nie zostały zakwestionowane lub podważone przez odwołującego, przez co Izba nie znalazła powodów do ich pominięcia przy rozstrzygnięciu. Co więcej cytowane powyżej postanowienia wykluczały sytuację, w której wykonawca nieuprawniony do tego przez IBM World Trade Corporation, zakupuje serwer kategorii z3 w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego, a następnie oferuje go w przetargu organizowanym przez zamawiającego tj. na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W tym miejscu należało wskazać, że odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że realizował już dostawy serwerów IBM kategorii z3 w ten sposób, że kupował je za granicą na terytorium UE oraz sprzedawał na terytorium Polski. Izba uznała powyżej zaprezentowane stanowisko odwołującego za gołosłowne oraz niewiarygodne. Odwołujący nie przestawił żadnego dowodu, który mógłby potwierdzić tą okoliczność. Dodatkowo wobec konkretnego i jednoznacznego materiału dowodowego złożonego przez zamawiającego, podważającego przedstawione powyżej gołosłowne stanowisko odwołującego, Izba nie mogła przyznać racji argumentacji odwołującego.

Argumentacji odwołującego nie potwierdziły również złożone przez niego dowody. Dowód oznaczony jako załącznik nr 4 do odwołania obejmował umowę nr 1068997 z dnia 18 grudnia 2018 r. zawartą pomiędzy zamawiającym a przystępującym. Przedmiotowa umowa została zawarta w wyniku postępowania przetargowego prowadzonego w trybie z wolnej ręki. Odwołujący nie przedstawił dowodu czy też stanowiska, które wskazywało, że zawarcie tej umowy w wyniku zastosowania trybu z wolnej ręki było kwestionowane przez organy kontrolne lub sądowe. Stąd też dowód ten mógł co najwyżej potwierdzać, że zamawiający prawidłowo stosuje tryb z wolnej ręki w postępowaniach na zakup serwerów IBM z kategorii z3. Kolejne dwa dowody, oznaczone jako załączniki nr 5 i 6 do odwołania zostały omówione powyżej na str. 14 uzasadnienia orzeczenia. Wskazywały one, że gwarancje IBM mają zastosowanie wyłącznie do Maszyn zakupionych przez Klienta w celu ich używania, a nie dalszej odsprzedaży, co de facto nie popierało, ale uderzało w argumentację odwołującego. Ostatnie dwa dowody załączone do odwołania (załączniki nr 7 i 8) dotyczyły umowy nr 1076218 z dnia 9 czerwca 2020 zawartej pomiędzy zamawiającym a konsorcjum wykonawców, w którym liderem był odwołujący. Przedmiotowa umowa dotyczyła usług serwisu serwerów, przy czym należało wskazać, że był to serwis pogwarancyjny tj. świadczony po upływie okresu gwarancyjnego określonego przez producenta. Tym samym umowa ta nie obejmowała zakresu wskazanego w postępowaniu tj. dostawy i instalacji dwóch nowych serwerów IBM z16 3931 wraz ze świadczeniem Usług Serwisu Gwarancyjnego, przez co dowody te okazały się nieistotne dla potrzeb rozstrzygnięcia. Ponadto odwołujący wraz z pismem procesowym z dnia 12 września 2024 r. złożył dowód w postaci Umowy Licencyjnej na Kod Maszynowy stanowiącej załącznik nr 8 do umowy nr 1068997 z dnia 18 grudnia 2018 r. zawartej pomiędzy zamawiającym a przystępującym. W kontekście tego dowodu odwołujący zwracał uwagę na zwrot odnoszący się do posiadacza maszyny, który miał wskazywać, że kod ten czyli oprogramowanie jest przynależne do maszyny czyli serwera i w ten sposób może być przedmiotem obrotu na terenie Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Dowód ten nie przekonał składu orzekającego o słuszności argumentacji odwołującego. Przedmiotowy dowód podobnie jak dowód stanowiący załącznik nr 5 do odwołania (Warunki Ograniczonej Gwarancji) stanowił załącznik do umowy nr 1068997 z dnia 18 grudnia 2018 r. Jak wynikało z dowodu nr 5 do odwołania gwarancje IBM mają zastosowanie wyłącznie do Maszyn zakupionych przez Klienta w celu ich używania, a nie dalszej odsprzedaży. W pkt 4 dowodu załączonego do pisma procesowego odwołującego wynikało, że Wszelkie gwarancje udzielane przez IBM na Maszynę zawierającą Kod Maszynowy dotyczą również Kodu Maszynowego, tym samym jeżeli gwarancje IBM miały zastosowanie wyłącznie do maszyn zakupionych przez klienta w celu ich używania, a nie dalszej odsprzedaży, to w takim samym zakresie należało potraktować gwarancje dotyczące kodu maszynowego. Tym samym należało uznać, że

gwarancje IBM miały zastosowanie do kodu maszynowego zakupionego wraz z maszyną przez klienta w celu ich używania, a nie dalszej odsprzedaży. Powyżej wskazane stwierdzenie de facto godziło w prawidłowość argumentacji odwołującego. Ostatni dowód przestawiony przez odwołującego obejmował wydruk instrukcji technicznej dotyczącej sposobu rozbudowy serwera IBM z14 (3906). Dowód ten nie potwierdził stanowiska odwołującego, ponieważ po pierwsze dotyczył serwerów z14, a nie z16. Po drugie dokument ten należało potraktować jako materiał czysto techniczny, który nie odnosił się do kwestii sprzedaży, licencjonowania i gwarancji produktów IBM.

Mając na uwadze powyżej przedstawioną argumentację Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu należało oddalić.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, koszty poniesione przez odwołującego i zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie rachunku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący: …….