

WYROK
z dnia 11 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez wykonawcę "Mainframe" sp. z o.o., 05-090 Raszyn, ul. Zielona 18, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11,

przy udziale wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o., 02-231 Warszawa, Jutrzenki 183, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz wykonawcy Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – "Mainframe" sp. z o.o., 05-090 Raszyn, ul. Zielona 18, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – "Mainframe" sp z o.o., 05-090 Raszyn, ul. Zielona 18, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy – "Mainframe" sp. z o.o., 05-090 Raszyn, ul. Zielona 18, na rzecz zamawiającego Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:

2

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Mainframe sp. z o.o. z Raszyna [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego – Ministerstwo Sprawiedliwości. Przedmiotem tego postępowania jest „Świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego elementów i podzespołów środowiska Mainframe.” Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na żądanie złożenia wraz z ofertą dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, a także naruszenie art. 7

ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powołał się także na naruszenie innych przepisów, które jego zdaniem zostały wskazane lub wynikają z uzasadnienia tego odwołania. Wskazując na powyższe wykonawca żąda nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i SIWZ w zakresie i w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania. Stwierdził także, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, podając, że (...) W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazał również, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, który będzie mógł złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazał ponadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskaniu zamówienia.

3

W uzasadnieniu odwołania powołał następujące okoliczności faktyczne i prawne:

W zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia stwierdził, że (...) Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego". Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że (...) „wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej - zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu". Dalej wskazał na Opis przedmiotu zamówienia zawarty w rozdziale III pkt 5 SIWZ, podając, że (...) „Na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą autoryzacji producenta sprzętu komputerowego firmy IBM lub polskiego przedstawiciela producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usługi serwisu dla sprzętu komputerowego firmy IBM - oryginał lub kopia dokumentu poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę." Jego zdaniem (...) Przywołany wymóg narusza konkurencję, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie (są w stanie w prawidłowy sposób świadczyć usługę serwisu pogwarancyjnego elementów i podzespołów środowiska Mainframe), jednak nie posiadają autoryzacji producenta sprzętu komputerowego IBM lub polskiego przedstawiciela producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usługi serwisu dla sprzętu komputerowego IBM. Śądanie, aby wykonawca świadczący usługę serwisu pogwarancyjnego posiadał autoryzację producenta tego sprzętu nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego". Podał także, że (...) O ile w przypadku serwisu gwarancyjnego wymóg świadczenia usług serwisowych przez podmiot posiadający autoryzację producenta można by uznać za uzasadnione (choćby ze względu na warunki gwarancji), to w przypadku świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego wymóg ten jest bezzasadny. Usługę serwisu pogwarancyjnego może, bowiem świadczyć każdy podmiot, który posiada

4

odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Usługa ta może być należycie świadczona nawet bez udziału producenta sprzętu. Powszechną praktyką na rynku polskim jest, iż usługi serwisu pogwarancyjnego, a nawet gwarancyjnego sprzętu komputerowego IBM są świadczone przez podmioty, które nie posiadają autoryzacji IBM na świadczenie usług serwisu ani żadnych umów z firmą IBM w powyższym zakresie. Stwierdził również, że (...) wymóg, aby wykonawca świadczący usługę serwisu pogwarancyjnego posiadał autoryzację producenta jest nieuzasadniony również ze względów finansowych. Podmiot, który nie posiada autoryzacji producenta jednakże jest w stanie w sposób należyty zrealizować zamówienie może zaoferować znacznie niższą cenę (przy zachowaniu wysokiej jakości świadczonych usług) niż autoryzowany serwis. Przykładowo, wskazał, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, którego przedmiotem był „Serwis pogwarancyjny elementów i podzespołów środowiska Mainframe” (znak sprawy: TZ/370/61/12) za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez Bazy i Systemy Bankowe sp. z o. o., która to firma nie posiadała autoryzacji producenta sprzętu komputerowego. Cena oferty Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. wynosiła 3 997 495,08 zł podczas gdy cena oferty, która uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert - Qumak-Sekom S.A. autoryzowanego serwisu producenta sprzętu wyniosła 15 435 270,00 zł, zaś cena oferty, która uplasowała się na trzeciej pozycji - Engave sp. z o.o. 18 300 924,00 zł. Różnica pomiędzy zaoferowanymi cenami wynosiła zatem ponad 12 milionów złotych. Podkreślił, że w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie wprowadzono wymogu aby podmiot świadczący usługi serwisu posiadał autoryzację producenta sprzętu, co korzystnie wpłynęło zarówno na konkurencję jak i przyniosło niewątpliwe korzyści finansowe dla budżetu państwa. Odwołujący, wskazał również, na umowę nr 17 z dnia 1 lipca 2006 r. zawartą pomiędzy Zamawiającym - Ministerstwem Sprawiedliwości a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego (Odwołujący, CPU- Service, Centrum Informatyki Handlu Zagranicznego) w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „ Usługa serwisu pogwarancyjnego komputera klasy Mainframe typ 2086 A zSeries 890 (w tym urządzeń i elementów składowych komputera znajdującego się w Centralnym Ośrodku Przetwarzania Danych Ministerstwa Sprawiedliwości ” wykonawcy w okresie od 1 lipca 2006 r. do 31 grudnia 2008 r. należycie świadczyli usługę serwisu pogwarancyjnego (co zostało potwierdzone przez Zamawiającego protokołami odbioru prac, w których wskazano, że umowa była realizowana należycie) pomimo, że żaden z wykonawców nie był autoryzowanym serwisantem producenta. Roczna wartość w/w umowy kształtowała się na poziomie 140 000 zł netto. Te okoliczności zdaniem Odwołującego uzasadniają żądanie nakazania Zamawiającemu zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez usunięcie wymogu złożenia wraz z ofertą autoryzacji producenta sprzętu komputerowego

5

firmy IBM lub polskiego przedstawiciela producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usługi serwisu dla sprzętu komputerowego firmy IBM. W tym przypadku powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W zakresie zarzutu dotyczącego żądania przez Zamawiającego dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania wskazał na art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, podając, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez niego wymaganiom żąda – tak jak wskazano powyżej - złożenia wraz z ofertą autoryzacji producenta sprzętu komputerowego firmy IBM lub polskiego przedstawiciela producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usługi serwisu dla sprzętu komputerowego firmy IBM. Zdaniem wykonawcy (...) autoryzacja producenta sprzętu komputerowego firmy IBM lub polskiego przedstawiciela producenta sprzętu, potwierdzająca możliwość świadczenia usługi serwisu dla sprzętu komputerowego firmy IBM nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania. Tym samym żądanie złożenia go wraz z ofertą stanowi rażące naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec tego (...)Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez usunięcie wymogu złożenia wraz z ofertą autoryzacji producenta sprzętu komputerowego firmy IBM lub polskiego przedstawiciela producenta sprzętu, potwierdzającą możliwość świadczenia usługi serwisu dla sprzętu komputerowego firmy IBM.

W zakresie zarzutu dotyczącego postanowień wzoru umowy powołał się na art. 139 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym (...) do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353 (1) Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Wskazując na orzecznictwo KIO także w tym przypadku stwierdził, że „Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris

6

cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 353 (1) Kc. ” Stwierdził także, że (...)Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy” oraz, że „Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy. ” Zdaniem wykonawcy, Zamawiający we wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają ww. przepisy. Wskazał na postanowienia umowy, stwierdził, że (...) Zgodnie z § 3 ust. 27 wzoru umowy, „ W ciągu 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy Wykonawca przeprowadzi test zdalnego połączenia urządzeń mainframe oraz bibliotek taśmowych do Centrum Kompetencyjnego IBM. Test będzie polegać na wygenerowaniu i otworzeniu testowego zgłoszenia PMH w systemie RETAIN.” Przywołane postanowienie wzoru umowy prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie posiadają co prawda autoryzacji IBM ale są w stanie należycie świadczyć usługę serwisu pogwarancyjnego. Wobec tego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z wzoru umowy postanowienia § 3 ust. 27. Zgodnie z kolei z § 3 ust. 28 wzoru umowy, „W ramach świadczonego serwisu Wykonawca zapewni dostęp do portali internetowych Producenta sprzętu zawierających narzędzia wsparcia elektronicznego. W szczególności narzędzia te muszą umożliwiać: 1) przeszukiwanie bazy wiedzy producenta dotyczącej sprzętu komputerowego objętego wsparciem; 2) uzyskiwanie informacji o zgłoszeniach serwisowych i statusie napraw; 3) uzyskiwanie informacji o statusie umowy serwisowej oraz o urządzeniach nią objętych. ” W tym przypadku Wykonawca nieposiadający autoryzacji producenta nie ma możliwości zapewnienia Zamawiającemu dostępu do portali internetowych producenta sprzętu zawierających narzędzia umożliwiające wykonywanie w/w czynności. Taką możliwość posiada jedynie producent sprzętu - IBM oraz podmioty posiadające autoryzację IBM na świadczenie usługi serwisu dla sprzętu komputerowego IBM. Tym samym, powyższe postanowienie w nieuzasadniony sposób prowadzi do ograniczenia konkurencji, gdyż uprzywilejowuje podmioty posiadające autoryzację IBM. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia powyższego postanowienia. Wskazał także, że (...) Stosownie do § 3 ust. 33 wzoru umowy, wykonawca w ramach świadczenia usługi zapewni dostęp do poziomów Level 2 i 3 wsparcia producenta (wsparcie poziomemu Level 2 i 3, obejmujące m.in. dostęp do laboratoriów, fabryk oraz grup deweloperskich producenta

7

urządzeń). Również przedmiotowe postanowienie wzoru umowy prowadzi do ograniczenia konkurencji, bowiem w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje podmioty posiadające

autoryzację IBM. Tym samym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 3 ust. 33 wzoru umowy”. Podał również, że (...) Zgodnie z kolei § 3 ust. 42 wzoru umowy, wykonawca zapewni techniczną pomoc producenta w przypadku napotkania przez Zamawiającego problemów przy instalowaniu produktu lub dotyczących właściwych metod instalacji i uaktualniania autonomicznych aplikacji. Pomoc producenta w w/w zakresie może zapewnić jedynie podmiot posiadający autoryzację producenta. Wymóg ten prowadzi zatem do ograniczenia konkurencji. Wobec tego, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia powyższego postanowienia. W konkluzji stwierdził, że (...) argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania”.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i ustosunkowując się kolejno do zarzutów podniesionych w odwołaniu przede wszystkim wskazał, że Odwołujący zarzucając naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp (...) wbrew obowiązкови wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazał postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, tj. okoliczności faktycznych mogących świadczyć o dokonaniu tegoż opisu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie zawierający wszystkich elementów, bądź pozostawiający pewien jego zakres niedookreślony, a przez to uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe zidentyfikowanie przedmiotu zamówienia, oszacowanie ewentualnych kosztów i możliwość złożenia porównywalnej oferty. Wręcz przeciwnie, odwołujący zakres swojego zobowiązania zidentyfikował i określił bez trudności, natomiast cała jego argumentacja sprowadza się jedynie do próby wykazania naruszenia przez Zamawiającego normy prawnej wynikającej z przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przejawiającej się w rzekomej „nadmiarowości”, czy też niecelowości określenia przedmiotu zamówienia. Zarzut ten w żaden sposób nie został uargumentowany i Odwołujący poprzestał jedynie na wskazaniu pojedynczych przepisów, bądź pozostawiając Izbie dowolność w zakresie ich wydedukowania z dalszej treści pisma.” Nie sposób w takiej sytuacji uznać, iż przedmiotowy zarzut został w ogóle postawiony. W konkluzji wniósł oddalenie tego zarzutu. Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający podał, że zasady udzielania zamówień publicznych oraz wymogi określone w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp służą ochronie praw wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jak wynika z treści przepisów art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zmierzają do uzyskania przez wykonawcę swobodnego, równego oraz respektującego zasady uczciwej konkurencji dostępu do zamówienia. Środki ochrony prawnej nie służą ochronie majątkowych i

8

niemajątkowych interesów wykonawców realizowanych erga omnes. Zatem (...) wszelkie rozważania w tym przedmiocie powinny być prowadzone w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i obiektywnego wpływu wymagań Zamawiającego w odniesieniu do kręgu wykonawców, nie zaś relatywizowane wyłącznie do podmiotowych okoliczności dotyczących konkretnego wykonawcy, który nie mogąc tych wymagań spełnić sugeruje ich nadmierność - owa nadmierność powinna być bowiem rozpatrywana w ujęciu globalnym, odnoszącym się do celów Zamawiającego, którego dane zamówienia z tak skonstruowanym jego przedmiotem ma zrealizować, nie zaś z subiektywnego punktu widzenia jednego podmiotu”. W tym przypadku podkreślił, że (...) w kontekście zadań publicznych realizowanych przez Zamawiającego, nie sposób uznać, że wymagania te są zbyt wygórowane i dyskryminujące”, podając jednocześnie, że w tych okolicznościach faktycznych, (...) Zamawiający w zakresie realizacji zadań ustawowych zobowiązany jest m. in. do: zapewnienia prawidłowego funkcjonowania i obsługi systemów, urządzeń i rozwiązań informatycznych wykorzystywanych w Ministerstwie Sprawiedliwości i resorcie sprawiedliwości, zapewnienia prawidłowego funkcjonowania centralnych urządzeń systemów informatycznych, wraz z oprogramowaniem, obsługiwanych w ramach Centralnego Ośrodka Przetwarzania Danych Ministerstwa Sprawiedliwości, w tym w szczególności: wykonywania zadań Centrali Krajowego Rejestru Sądowego i Centrali Rejestru Zastawów, utrzymania centralnej bazy danych ksiąg wieczystych, organizowanie, nadzorowanie i koordynowanie działań związanych z eksploatacją i rozwojem Systemu Dozoru Elektronicznego, wykonywania zadań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa systemów Informatycznych i baz danych, w szczególności ich ochrony przed nieuprawnionym dostępem, zniszczeniem oraz utratą danych, zaś urządzenia objęte przedmiotową usługą serwisową odpowiadają za prawidłowe funkcjonowanie systemów informatycznych resortu sprawiedliwości jak:

Centralna Informacja KRS, Centralna Informacja o Zastawach Rejestrowych, Centralna Informacja Książ Wskazać należy, że Wieczystych. znowelizowanych przepisów dotyczących Krajowego Rejestru Sądowego, każdy podmiot wpisany do rejestru musi mieć zagwarantowaną możliwość dokonania wydruku informacji z KRS w sposób niezakłócony, bowiem ma możliwość wylegitymowania się nią na równi z tradycyjnym odpisem z KRS. Zamawiający, odpowiedzialny za utrzymanie powyższych systemów, nie może zatem pozwolić sobie na długotrwałe przestoje w ich funkcjonowaniu, stąd zapewnienie realnej możliwości usunięcia awarii w jak najkrótszym czasie, nie dłuższym niż 24 godziny jest w pełni uzasadnione. Powyższe zaś możliwe jest do zrealizowania wyłącznie przez podmioty mające autoryzację producenta posiadanego przez Zamawiającego sprzętu, bowiem tylko te podmioty gwarantują usunięcie każdej potencjalnej awarii w przewidzianym czasie. Powyższe wynika z następujących okoliczności. Przede wszystkim produkty IBM typu Mainframe są kontrolowane przez oprogramowanie LICCC (License Interna! Codę

9

Configuration Control), czyli oprogramowanie wewnętrzne kontrolujące spójność konfiguracji Mainframe, które umożliwia usunięcie szeregu awarii, tzw. mikrokody. W przypadku podmiotu autoryzowanego, czyli legitymowanego do zawarcia umowy serwisowej, ma on możliwość ustawienia - wymaganego przez Zamawiającego - zdalnego połączenia urządzenia z Centrum Kompetencyjnym IBM, które na podstawie wymienianych ze sprzętem informacji jest w stanie, w przypadku wykrycia awarii lub zagrożenia awarią, automatycznie wygenerować stosowny mikrokod dla urządzenia, warunkujący działanie wymienianej części. W przypadku podmiotów nieposiadających autoryzacji proces otrzymania mikrokodów, umożliwiających usunięcie awarii jest znacznie wydłużony i sprowadza się do szeregu formalności pomiędzy wykonawcą a IBM, przy czym IBM nie gwarantuje 24-godzinnego czasu reakcji, co uzależnione jest aktualną dostępnością części, zasobów i upływ czasu wymaganego na dopełnienie formalności. Co więcej, IBM prowadzi międzynarodową bazę wiedzy producenta, w której zawarte są wszystkie informacje o występujących awariach i sposobach ich usuwania. Dostęp do bazy wiedzy posiadają natomiast wyłącznie podmioty posiadające autoryzację IBM, które zawarły umowę serwisową, zatem w przypadku wystąpienia awarii, czas jej usunięcia jest. znacznie skrócony, bowiem sięgnięcie do bazy wiedzy umożliwia skorzystanie ze sprawdzonej ścieżki usuwania awarii, co znacznie optymalizuje ten proces i skraca do minimum czas naprawy, co w przypadku działalności prowadzonej przez Zamawiającego ma istotne znaczenie. A zatem świadczenie usługi o odpowiedniej jakości jest kluczowe i niezbędne z punktu widzenia Zamawiającego, który nie może ryzykować ewentualnej utraty lub uszkodzenia danych w przypadku przeprowadzania naprawy w sposób niezgodny z jego wymaganiami dotyczącymi terminowości, prawidłowości i skuteczności". W konkluzji stwierdził, że (...) tak ukształtowany przedmiot zamówienia jest w pełni uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, nakierowanymi na świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego przez podmiot dający rękojmię należytego jej zrealizowania w każdym przypadku i na poziomie jakościowym odpowiadającym potrzebom Zamawiającego". Powołując się na orzecznictwo, w konkluzji stwierdził, że Odwołujący stawiając zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przynajmniej nie uprawdopodobnił ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu. Stwierdził również, że (...) jakiegokolwiek postulaty Odwołującego dotyczące modyfikacji postanowień w sposób zgodny z jego oczekiwaniami gospodarczymi, które prowadzić mają do takiego ukształtowania warunków postępowania, aby wykonawca ten mógł wycenić swoją ofertę zgodnie z własnymi potrzebami, są nie do zaakceptowania na gruncie zasad udzielania zamówień publicznych". W zakresie zarzutu naruszenia 25 ust.1 ustawy Pzp, przede wszystkim stwierdził, że (...) warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców: Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu

10

odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353 (1) k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. śaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego

postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy". Zdaniem Zamawiającego, orzecznictwo neguje prawo wykonawcy do podejmowania prób zmierzających do korzystania ze środków ochrony prawnej jedynie celem ukształtowania treści przyszłego zobowiązania w sposób korzystny dla konkretnego wykonawcy. Jeżeli treść umowy nie stanowi dla wykonawcy przeszkody w uzyskaniu zamówienia na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej, to brak jest podstaw do uznania zasadności podnoszenia tego typu zarzutów. W kontekście powyższych rozważań, (...) w opinii Zamawiającego całkowicie bezzasadny jest zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem mając na uwadze, że konieczność świadczenia usługi serwisu pogwarancyjnego przed podmiot posiadający autoryzację producenta IBM jest uzasadniona obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, miał on stosownie do wskazywanego przepisu ustawy Pzp możliwość żądania od wykonawców dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowaną usługę określonych przez niego wymagań dotyczących możliwości skutecznego świadczenia usług serwisowych dla sprzętu firmy IBM. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 353 (1) Kc w zw. z przepisem art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, wskazał, że Zamawiający wbrew ciężącemu na mim obowiązкови wynikającemu z przepisu art. 190 ust 1 ustawy oraz art. 6 Kc nie wykazał okoliczności mogących świadczyć o skonstruowaniu umowy w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ani nie przywołał norm prawnych naruszonych przez Zamawiającego czyniąc jedynie odesłanie do klauzuli generalnej zasad współżycia społecznego, która to zasada - jak wynika z uzasadnienia odwołania - utożsamiana jest przez Odwołującego z zasadą uczciwej konkurencji, bowiem tylko w kontekście ograniczenia tejże zasady poprzez zarzucane uprzywilejowanie wykonawców posiadających autoryzację IBM stara się budować argumentację, nie podając przy tym żadnych okoliczności, ani nie wskazując dowodów na ich potwierdzenie. Podał także, że (...) Warunki stosunku zobowiązaniowego przewidzianego dla udzielenia zamówienia publicznego nie charakteryzują się równością stron tego stosunku i pełną realizacją zasady swobody umów". Powyższe wynika przede wszystkim z charakteru postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w którym elementy negocjacyjne traktowane są w sposób wyjątkowy, co dodatkowo podkreśla doniosłość twierdzenia, że zarówno opis przedmiotu

11

zamówienia, jak i warunki jego realizacji określone w postanowieniach umowy determinowane są potrzebami Zamawiającego, które w satysfakcjonujący dla niego sposób dane zamówienie ma zrealizować. Mając na uwadze powyższe, wskazał, że (...) wykonawcy nie mają możliwości kształtowania postanowień wzoru przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób, który udogodni im realizację świadczenia albo zminimalizuje konieczność poniesienia ewentualnych spełnienia nakładów w celu wszystkich wymagań zamawiającego". Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że (...) W art. 353 (1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętym w społeczeństwie kryteriom uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron". W konkluzji stwierdził, że (...) nawet ewentualne uwzględnienie powyższych zarzutów dotyczących postanowień wzoru umowy, nie będzie miało wpływu na sytuację wykonawcy i obowiązek wywiązania się przez niego z gwarantowanego 24 godzinnego czasu usunięcia awarii sprzętu wskazanego w postanowieniu § 3 ust. 8 wzoru umowy, czy realizacji obowiązków wskazanych w postanowieniach § 3 ust. 20, ust. 30, ust. 35, czy ust. 37, które - co wymaga podkreślenia - nie były kwestionowane. Mając na uwadze wskazywane powyżej okoliczności związane z koniecznością uzyskania mikrokodów i brakiem dostępu do bazy wiedzy producenta zawierającej sprawdzone ścieżki usunięcia awarii, Odwołujący nie jest w stanie zagwarantować, że każda awaria zostanie przez niego usunięta w przewidzianym czasie. Nie można również z zastrzeżonego dla Zamawiającego uprawnienia wydłużenia tego czasu, czynić reguły, z której wykonawca, z pominięciem uzasadnionych interesów Zamawiającego, będzie korzystał każdorazowo w przypadku niemożności wywiązania się ze zobowiązania w zadeklarowanym terminie. W związku z powyższym, z uwagi na fakt, że kwestionowane postanowienia umowy w przypadku ich wykreślenia zgodnie z żądaniem Odwołującego I nie doprowadzą do zmiany sytuacji Odwołującego, który bez posiadania autoryzacji i zawartej umowy serwisowej nie będzie w

stanie wywiązać się również z innych, niewskazanych jednak przez niego obowiązków, Zamawiający wnosi o ich oddalenie w kontekście przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp ze względu na brak wpływu ewentualnego naruszenia na wynik postępowania”.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający stwierdził, że (...) w odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący nie wskazał dokładnie w jakim zakresie doszło do naruszenia powyższego przepisu, a mianowicie nie sprecyzował jakie działanie zamawiającego mogłoby świadczyć o naruszeniu konkretnego obowiązku nałożonego na niego przepisami ustawy Pzp, które to naruszenie skutkowałoby możliwością powołania się w związku z nim na złamanie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej

12

przepis art. 7 ustawy Pzp nie może być powołany jako samodzielna podstawa odwołania”. Zatem (...) W związku z błędnym skonstruowaniem powyższego zarzutu, a także brakiem wskazania dowodów na poparcie naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający wnosi jego o oddalenie przez Izbę, jako niezaskługującego na uwzględnienie”. Stwierdził także, że (...) Powyższa argumentacja pozostaje aktualna również w odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający również nie wskazał, naruszenie której normy prawnej mogłoby świadczyć o udzieleniu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a co za tym idzie nie podjął próby udowodnienia takiego naruszenia”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Qumak - Sekom S.A. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz wykonawca - Comparex Poland Sp. z o.o. z Warszawy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie wnoszącego odwołanie, żądając uwzględnienia odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak ustaliła Izba w odwołaniu został podniesiony zarzut naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego elementów i podzespołów środowiska Mainframe” przepisu (1) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na żądanie złożenia wraz z ofertą dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, (2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz (3) art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, a także naruszenie (4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż zdaniem Odwołującego to postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca powołał się także na

13

naruszenie innych przepisów, które jego zdaniem zostały wskazane lub wynikają z uzasadnienia tego odwołania.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca posiada interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, albowiem uwzględnienie odwołania powodowałoby konieczność zmiany kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] oraz projektu umowy, co pozwalałoby wykonawcy na złożenie oferty, albowiem – jak twierdzi - sprzeczne z ustawą Pzp czynności w sposób negatywny oddziałują na możliwości jego udziału w postępowaniu, co z kolei może skutkować możliwością poniesienia przez niego szkody.

Rozpoznając następnie zarzuty z odwołania, Izba uwzględniła przede wszystkim

dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust.3 ustawy Pzp. W myśl pierwszego z przepisów Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w myśl drugiego - odwołanie powinno wskazywać m.in. zaniechanie czynności, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie danego zarzutu. Odwołujący zatem – tak jak podnosi się w orzecznictwie - jest zobowiązany, pod rygorem pozostawienia bez rozpoznania zarzutów [bądź w danym stanie faktycznym - ich oddalenia bez merytorycznego ich rozpatrywania], do wskazania w odwołaniu wszystkich zarzutów w sposób wymagany art. 180 ust.3 ustawy Pzp. Z tych też względów zarzut (...) naruszenia innych przepisów, które zdaniem Odwołującego zostały wskazane lub wynikają z uzasadnienia tego odwołania, jako niespełniający wymagań określonych przepisem art. 180 ust.3 ustawy Pzp, Izba - pozostawiła bez rozpoznania. W tym miejscu Izba podkreśla, że o istnieniu zarzutu – tak jak wskazuje się w orzecznictwie - nie przesądza ogólne odesłanie do ustawy Pzp. W tym przypadku, dla uznania danego zarzutu, konieczne jest, aby w odwołaniu wskazano przepis prawa oraz okoliczności faktyczne stanowiące podstawę i uzasadnienie dla wniesienia danego zarzutu. Tym samym formułowane przez Odwołującego zarzuty nie mogą mieć charakteru blankietowego, lecz powinny się odnosić do skonkretyzowanej czynności w powiązaniu ze wskazaniem naruszenia konkretnego przepisu ustawy i wnoszący odwołanie wykonawca zobowiązany jest wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem zamawiającego lub jego brakiem, a obowiązującą normą prawną. Podobnie, Izba pozostawiła bez rozpoznania ogólnie sformułowany zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp. Tak jak słusznie stwierdził Zamawiający wnoszący odwołanie wykonawca nie wskazał (...) w jakim zakresie doszło do naruszenia powyższego przepisu, a mianowicie nie sprecyzował jakie działanie zamawiającego mogłoby świadczyć o naruszeniu konkretnego obowiązku nałożonego na niego przepisami ustawy Pzp, które to naruszenie skutkowałoby możliwością powołania się

14

w związku z nim na złamanie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Analogiczna argumentacja odnosi się do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem również w tym przypadku wykonawca nie wskazał, tak jak podniósł Zamawiający (...) naruszenie której normy prawnej mogłoby świadczyć o udzieleniu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a co za tym idzie nie podjął próby udowodnienia takiego naruszenia”.

Izba stwierdza, że powyższe rozważania odnoszą się także do podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp i wskazanego także ogólnie art. 7 ustawy Pzp z uwzględnieniem dodatkowej argumentacji, jak poniżej.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, tymczasem wykonawca – jak słusznie zauważył Zamawiający - nie wskazał postanowień specyfikacji [czy projektu umowy], w tym dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, (...) mogących świadczyć o dokonaniu tego opisu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie zawierający wszystkich elementów, bądź pozostawiający pewien jego zakres niedookreślony, a przez to uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe zidentyfikowanie przedmiotu zamówienia, oszacowanie ewentualnych kosztów i możliwość złożenia porównywalnej oferty”. Zdaniem Izby, wykonawca zakres swojego zobowiązania zidentyfikował, a podnoszona argumentacja sprowadza się jedynie do próby wykazania naruszenia przez Zamawiającego normy prawnej określonej przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przejawiającej się – zdaniem Odwołującego - w określeniu nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunków, ograniczających krąg potencjalnych wykonawców. Dodatkowo Izba wskazuje na przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. W tym przypadku podmiotem zobowiązanym do wskazywania dowodów odnośnie naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp jest Odwołujący, albowiem żąda zmiany postanowień specyfikacji w sposób przez niego wskazany w odwołaniu. Tym samym zarzut naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp i art. 7 nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając kolejny zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Izba podzieliła wyrażony przez wykonawcę w odwołaniu pogląd, że przepis ten zobowiązuje

zamawiającego do dokonywania czynności z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców, albowiem zgodnie z jego treścią przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. To oznacza, że na gruncie ustawy Pzp nie jest możliwe dokonywanie opisu przedmiotu

15

zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia temu wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując zatem – tak jak podniósł Odwołujący - wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć i każde wymaganie musi znajdować uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach. Izba podzieliła także pogląd wykonawcy [poparty orzecznictwem], że (...) wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej - zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencje dla konkretnego podmiotu”. Jednakże rozpatrując powyższy zarzut [naruszenia art. 29 ust.2 ustawy Pzp] Izba miała także na uwadze – również poparte orzecznictwem - stanowisko Zamawiającego, że rozważania w tym przedmiocie powinny być prowadzone w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i obiektywnego wpływu wymagań Zamawiającego w odniesieniu do kręgu wykonawców, nie zaś relatywizowane wyłącznie do podmiotowych okoliczności dotyczących konkretnego wykonawcy, który nie mogąc tych wymagań spełnić sugeruje ich nadmierność - owa nadmierność powinna być bowiem rozpatrywana w ujęciu globalnym, odnoszącym się do celów Zamawiającego, którego dane zamówienia z tak skonstruowanym jego przedmiotem ma zrealizować, nie zaś z subiektywnego punktu widzenia jednego podmiotu”. Tak jak ustaliła Izba - w rozdziale III siwz oraz w załączniku nr 1 do siwz – Projekt umowy i załączniku nr 3 do tego projektu – wskazano, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu nie jest świadczenie standardowej usługi serwisu

ale usługi serwisu i pogwarancyjnego, świadczenie pogwarancyjnego elementów podzespołów środowiska Mainframe, które to świadczenie dotyczy nie tylko serwerów ale

w także bibliotek taśmowych przez wymagany Zamawiającego dwudziestoczworogodzinny czasem naprawy urządzeń. Izba stwierdza jednocześnie, że w ramach tej usługi – jak wskazano w § 3 projektu umowy – wykonawca zobowiązany jest m.in. zapewnić dostęp do laboratoriów sprzętu komputerowego [pkt 31 projektu umowy] oraz do zmian konstrukcyjnych i mikroprogramowych producenta urządzeń [pkt 32 projektu umowy] w sposób nienaruszający praw autorskich producenta, a inżynierom serwisu wykonawcy [pkt 34 projektu umowy] - również do międzynarodowych baz danych serwisu producenta urządzeń [RETAIN]. Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym (...) Zamawiający w zakresie realizacji zadań ustawowych zobowiązany jest m. in. do: zapewnienia prawidłowego funkcjonowania i obsługi systemów, urządzeń i rozwiązań informatycznych wykorzystywanych w Ministerstwie Sprawiedliwości i resorcie sprawiedliwości, zapewnienia prawidłowego funkcjonowania centralnych urządzeń systemów informatycznych, wraz z oprogramowaniem, obsługiwanych w ramach Centralnego Ośrodka Przetwarzania Danych Ministerstwa Sprawiedliwości, w tym w szczególności: wykonywania zadań Centrali

16

Krajowego Rejestru Sądowego i Centrali Rejestru Zastawów, utrzymania centralnej bazy danych ksiąg wieczystych, organizowanie, nadzorowanie i koordynowanie działań związanych z eksploatacją i rozwojem Systemu Dozoru Elektronicznego, wykonywania zadań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa systemów Informatycznych i baz danych, w szczególności ich ochrony przed nieuprawnionym dostępem, zniszczeniem oraz utratą danych, zaś urządzenia objęte przedmiotową usługą serwisową odpowiadają za prawidłowe funkcjonowanie systemów informatycznych resortu sprawiedliwości jak: Centralna Informacja KRS, Centralna Informacja o Zastawach Rejestrowych, Centralna Informacja Ksiąg Wieczystych.” Zamawiający wskazał ponadto, że znowelizowane przepisy dotyczące Krajowego Rejestru Sądowego wymagają, aby (...) każdy podmiot wpisany do rejestru miał zagwarantowaną możliwość dokonania wydruku informacji z KRS w sposób niezakłócony, bowiem ma możliwość wylegitymowania się nią na równi z tradycyjnym odpisem z KRS”, podkreślając, że (...) Zamawiający, odpowiedzialny za utrzymanie powyższych systemów, nie może zatem pozwolić sobie na długotrwałe przestoje w ich

funkcjonowaniu, stąd zapewnienie realnej możliwości usunięcia awarii w jak najkrótszym czasie, nie dłuższym niż 24 godziny jest w pełni uzasadnione. Powyższe zaś możliwe jest do zrealizowania wyłącznie przez podmioty mające autoryzację producenta posiadanego przez Zamawiającego sprzętu, bowiem tylko te podmioty gwarantują usunięcie każdej potencjalnej awarii w przewidzianym czasie. Powyższe wynika z następujących okoliczności. Przede wszystkim produkty IBM typu Mainframe są kontrolowane przez oprogramowanie LICCC (License Internal Code Configuration Control), czyli oprogramowanie wewnętrzne kontrolujące spójność konfiguracji Mainframe, które umożliwia usunięcie szeregu awarii, tzw. "mikrokody". Z kolei, co do wymaganej autoryzacji producenta sprzętu komputerowego firmy IBM lub polskiego przedstawiciela Zamawiający stwierdził, że (...) W przypadku podmiotu autoryzowanego, czyli legitymowanego do zawarcia umowy serwisowej, podmiot taki ma możliwość ustawienia - wymaganego przez Zamawiającego - zdalnego połączenia urządzenia z Centrum Kompetencyjnym IBM, które na podstawie wymienianych ze sprzętem informacji jest w stanie, w przypadku wykrycia awarii lub zagrożenia awarią, automatycznie wygenerować stosowny mikrokod dla urządzenia, warunkujący działanie wymienianej części. W przypadku podmiotów nieposiadających autoryzacji proces otrzymania mikrokodów, umożliwiających usunięcie awarii jest znacznie wydłużony i sprowadza się do szeregu formalności pomiędzy wykonawcą a IBM, przy czym IBM nie gwarantuje 24-godzinnego czasu reakcji, co uzależnione jest aktualną dostępnością części, zasobów i upływ czasu wymaganego na dopełnienie formalności. Co więcej, IBM prowadzi międzynarodową bazę wiedzy producenta, w której zawarte są wszystkie informacje o występujących awariach i sposobach ich usuwania. Dostęp do bazy wiedzy posiadają natomiast wyłącznie podmioty posiadające autoryzację IBM, które zawarły umowę serwisową, zatem w przypadku

17

wystąpienia awarii, czas jej usunięcia jest znacznie skrócony, bowiem sięgnięcie do bazy wiedzy umożliwia skorzystanie ze sprawdzonej ścieżki usuwania awarii, co znacznie optymalizuje ten proces i skraca do minimum czas naprawy, co w przypadku działalności prowadzonej przez Zamawiającego ma istotne znaczenie". Powyższe stanowisko zostało – zdaniem Izby - *de facto* potwierdzone pisemnie przez IBM zarówno pismem skierowanym do Odwołującego z dnia 3.01.2013 r. jak i w korespondencji skierowanej do Zamawiającego [pisma z dnia 13.11.2012 oraz 20.11.2012 i 26.11.2012]. W pierwszym z nich – pismo z dnia 3.01.2013 r. skierowane do MAINFRAME sp. z o.o. - IBM przyznał, że podmiot ten podjął szereg zobowiązań wobec Komisji odnośnie strategii dostępności części zamiennych, ale tylko niektórych i aktualizacji mikrokodów do serwerów IBM System w Europejskim Obszarze Gospodarczym, zaznaczając jednocześnie, że zobowiązania Unijne wymagają od IBM zawarcia określonych umów regulujących warunki, na jakich IBM będzie udostępniać tylko niektóre części zamienne i aktualizacje mikrokodu osobom świadczącym usługi serwisowe. W konkluzji tego pisma podkreślono wymóg zawarcia umów z IBM. W pismach pozostałych skierowanych do Zamawiającego oświadczono, że firma IBM Polska sp. z o.o. jest jedyną firmą na terytorium Polski autoryzowaną przez producenta sprzętu do faktycznego świadczenia usług serwisowych z 24-godzinnym gwarantowanym czasem naprawy [pismo z 13 i 20.11. 2012 r.] dedykowanym w pierwszej kolejności dla nabywców usługi serwisowej IBM. W pozostałych przypadkach IBM nie daje gwarancji faktycznego świadczenia usługi w żadnym konkretnym czasie. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że Odwołujący kwestionując § 3 ust. 28 wzoru umowy, odnoszący się do dostępności portali internetowych Producenta sprzętu zawierających narzędzia wsparcia elektronicznego potwierdza, że wykonawca (...) nieposiadający autoryzacji producenta nie ma możliwości zapewnienia Zamawiającemu dostępu do portali internetowych producenta sprzętu zawierających narzędzia umożliwiające wykonywanie w/w czynności". Tak jak Odwołujący wskazał (...) Taką możliwość posiada jedynie producent sprzętu - IBM oraz podmioty posiadające autoryzację IBM na świadczenie usługi serwisu dla sprzętu komputerowego IBM" i tylko z tego powodu - nie podejmując nawet próby uprawdopodobnienia zbędności tej czynności - wykonawca wnosi o wykreślenie tego postanowienia stwierdzając, że powyższe postanowienie w nieuzasadniony sposób prowadzi do ograniczenia konkurencji, gdyż uprzywilejowuje podmioty posiadające autoryzację IBM. Tym samym Izba mając na względzie art. 190 ust.7 ustawy Pzp po rozważeniu zebranego pogląd wszechstronnym materiału dowodowego podzieliła Zamawiającego, że tak ukształtowany przedmiot zamówienia jest w pełni uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, nakierowanymi na świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego przez podmiot dający rękojmię należytego jej zrealizowania w każdym

przypadku tego zamówienia, jest kluczowe i Zamawiający nie może ryzykować ewentualnej utraty lub uszkodzenia danych w przypadku przeprowadzania naprawy w sposób niezgodny z wymaganiami zarówno, co do jej skuteczności [prawidłowości] jak i terminowości. Izba uznała także, że Odwołujący stawiając zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawdopodobnił ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu, albowiem nie przedstawił dowodów przeciwnych, co do liczby blisko 600 podmiotów krajowych posiadających autoryzację IBM, czy też liczby 52 autoryzowanych partnerów handlowych IBM autoryzowanych do sprzedaży usług serwisowych IBM posiadających status 1T, o których mowa w piśmie IBM z dnia 26.11.2013 r. Wobec powyższych ustaleń, oddaleniu podlega zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust.2 ustawy Pzp, a także zarzut dotyczący naruszenia art. 25 ust.1 ustawy Pzp, albowiem wymagana autoryzacja producenta sprzętu komputerowego firmy IBM lub polskiego przedstawiciela producenta sprzętu nie jest dokumentem zbędnym w niniejszym postępowaniu. Jak już wskazano, kwestionowany dokument dotyczy warunku, który zdaniem Izby nie narusza uczciwej konkurencji, albowiem to zamówienie jest skierowane do tych wykonawców, którzy tylko w przypadku posiadania stosownej autoryzacji producenta sprzętu komputerowego są zdolni wykonać zamówienie w ustalonym zakresie i w wymaganych terminach. Izba jednocześnie stwierdza, że warunki świadczenia usługi przez IBM nie podlegają ocenie Izby, albowiem KIO jest właściwa tylko do rozpoznawania sporów związanych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Z tych też względów argumentacja finansowa [(..)Podmiot, który nie posiada autoryzacji producenta może zaoferować znacznie niższą cenę (...)] podnoszona przez Odwołującego nie może być przedmiotem rozpoznawania przez Izbę. Na marginesie Izba zauważa, że z pisma z dnia 3.01.2013 r. jednoznacznie wynika, że nawet Komisja Europejska tylko częściowo ingeruje w strategię biznesowe IBM, m.in. akceptując strategię dostępności tylko niektórych części zamiennych i aktualizację mikro kodów do serwerów IBM na warunkach i w terminach określonych *de facto* przez IBM.

Również podlega oddaleniu zarzut naruszenia przepisu art. 353 (1) Kc w zw. z przepisem art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że wykonawca (...) wbrew ciężącemu na mim obowiązku wynikającemu z przepisu art. 190 ust 1 ustawy oraz art. 6 Kc nie wykazał okoliczności mogących świadczyć o skonstruowaniu umowy w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ani nie przywołał norm prawnych naruszonych przez Zamawiającego czyniąc jedynie odesłanie do klauzuli generalnej zasad współżycia społecznego (...). Tak jak wynika z ustaleń, wskazany zarzut pozostaje w związku z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania [art. 7 ust.1 ustawy Pzp] z uwagi na podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 29 ust.2 ustawy Pzp w kontekście zarzucanego przez

niego niezasadnego uprzywilejowania wykonawców posiadających autoryzację IBM. Zarzut naruszenia art. 29 ust.2 ustawy Pzp jako niezasadny został oddalony i tym samym podlega oddaleniu także zarzut naruszenia przepisu art. 353 (1) Kc w zw. z przepisem art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z kwestionowanymi postanowieniami § 3 ust. 27, ust. 28, ust.33 oraz ust.42 projektu umowy. Izba, podobnie jak Zamawiający, stwierdza, że (...) jakiegokolwiek postulaty Odwołującego dotyczące modyfikacji postanowień w sposób zgodny z jego oczekiwaniami gospodarczymi, które prowadzić mają do takiego ukształtowania warunków postępowania, aby wykonawca ten mógł wycenić swoją ofertę zgodnie z własnymi potrzebami, są nie do zaakceptowania na gruncie zasad udzielania zamówień publicznych". Izba również podziela pogląd – wynikający z orzecznictwa – że środki ochrony prawnej nie służą ochronie majątkowych i niemajątkowych interesów wykonawców realizowanych erga omnes, a w kontekście tego stanu faktycznego – opisanego powyżej - nie można uznać, że wymagania kwestionowane są zbyt wygórowane i dyskryminujące. ". Izba zauważa również, że nawet ewentualne uwzględnienie podnoszonych w odwołaniu zarzutów dotyczących tylko pewnych postanowień wzoru umowy, pozostawałoby bez wpływu na sytuację wykonawcy, albowiem bez posiadania autoryzacji i zawartej umowy serwisowej wykonawca ten nie

mógłby *a priori* gwarantować m.in. dwudziestoczęterogodzinny czas naprawy urządzeń, czy też dostępu do laboratoriów producenta. Także w kontekście wskazywanego przez Zamawiającego art. 192 ust.2 ustawy Pzp ewentualne uwzględnienie powyższego zarzutu - ze względu na brak wpływu naruszenia na wynik postępowania – nie byłoby możliwe. W konkluzji Izba stwierdza, że kwestionowane postanowienia wynikają z opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalonych warunków jego realizacji, co w ocenie Izby – jak już wskazano - jest determinowane potrzebami Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

20

21