Sygn. akt: KIO 2386/16

WYROK
z dnia 3 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Paweł Trojan

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia Podlaski Oddział Wojewódzki, ul. Pałacowa 3, 15-042 Białystok**

przy udziale wykonawcy **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu (w części I): unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.),

---

2. kosztami postępowania obciąża **Narodowy Fundusz Zdrowia Podlaski Oddział Wojewódzki, ul. Pałacowa 3, 15-042 Białystok** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie:** piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od **Narodowego Funduszu Zdrowia Podlaski Oddział Wojewódzki, ul. Pałacowa 3, 15-042 Białystok** na rzecz **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący: ……...

Członkowie: ……..

……..

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i rozbudowę serwera wraz z oprogramowaniem na potrzeby Podlaskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w Białymstoku, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia Podlaski Oddział Wojewódzki z siedzibą w Białymstoku wykonawca Asseco Poland

S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o. (dalej „Comparex") na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”], pomimo iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy Comparex z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comparex, pomimo iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ,
2. art 24 ust. 1 pkt 17, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Comparex, pomimo iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert w części I,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I,
3. wykluczenia z postępowania wykonawcy Comparex,
4. odrzucenia oferty Comparex,
5. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w części I.

Odwołujący podał, że w SIWZ zamawiający wymagał wskazania części zamówienia, która ma być wykonywana przez podwykonawców wraz z dokładnym wskazaniem firm podwykonawców i w tym celu umieścił w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 4 do SIWZ)

---

odpowiednie zapisy: „10. Następujące części zamówienia …….. zamierzam powierzyć do wykonania następującym podwykonawcom: ……..…… (w razie braku wskazania, Zamawiający uznaje, że Wykonawca nie zamierza powierzyć żadnej części zamówienia podwykonawcy)”.

Uzupełnił, że wymóg ten jest realizacją obowiązku ustawowego, wynikającego z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podał także, że wykonawca Comparex złożył w ofercie oświadczenie, z którego wynika, że nie będzie korzystał z podwykonawców oraz, że cały przedmiot zamówienia wykona osobiście – punkt 10 Formularza ofertowego w ofercie Comparex brzmi: „10. Następujące części zamówienia *NIE DOTYCZY* zamierzam powierzyć do wykonania następującym podwykonawcom: *NIE DOTYCZY* (w razie braku wskazania, Zamawiający uznaje, że Wykonawca nie zamierza powierzyć żadnej części zamówienia podwykonawcy)".

Zdaniem odwołującego nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przez wykonawcę Comparex bez udziału podwykonawcy.

Wskazał, że taka sama sytuacja, tj. konieczność posłużenia się podwykonawcą dotyczy także odwołującego, przy czym – oświadczył – wskazał w ofercie zarówno część zamówienia, którą powierzy podwykonawcy, jak i wskazał firmę podwykonawcy.

Stwierdził, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia tylko 1 firma mająca siedzibę w Polsce, tj. IBM Polska Sp. z o.o. mogła wykonać przedmiot zamówienia bez udziału podwykonawców.

Wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia w części I jest „dostawa *serwera IBM Power System 8286 model 42A"* (SIWZ pkt III ppkt 3.1).

Podał, że serwer ma być dostarczony zgodnie z wymaganiami technicznymi zawartymi w Załączniku Nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego fakt, że tylko firma IBM Polska Sp. z o.o. mogłaby samodzielnie (bez udziału podwykonawców) zrealizować przedmiot zamówienia wynika z warunków serwisu, jakie zamówił zamawiający – zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ

oraz w Umowie opisał warunki serwisu wskazując, że całość dostarczonego sprzętu i oprogramowania ma być objęta serwisem producenta.

- Załącznik nr 1 do SIWZ *„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia": „Całość dostarczanego sprzętu i oprogramowania musi być fabrycznie nowa, nie używana we wcześniejszych projektach, pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów na rynek Polski lub UE objęta serwisem producenta."*
- Załącznik nr 5 do SIWZ *Umowa* § 1 ust. 2: „Dostawca *zobowiązuje się dostarczyć Zamawiającemu sprzęt i oprogramowanie fabrycznie nowe i nie używane, pochodzące*

---

z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów na rynek UE, objęte serwisem producenta, sprzęt i oprogramowanie o parametrach i właściwościach wyszczególnionych w załączniku nr 1 do umowy/w zależności od części."

Dodał, że zamawiający określił następujące warunki serwisu:

- Załącznik nr 1 do SIWZ (str. 16) oraz Załącznik nr 1 do Formularza ofertowego (str. 28) pozycja ostatnia: „Wykonawca *udziela 36-miesięcznej gwarancji producenta na dostarczony serwer. Warunki gwarancji:*
  a) możliwość zgłaszania awarii 5 dni w tygodniu od poniedziałku do piątku, 9 godzin na dobę od godz. 8:00 do godz. 17:00,
  b) czas naprawy – najpóźniej w następnym dniu roboczym (dzień roboczy tj. dzień od poniedziałku do piątku w godzinach 8:00 do 17:00) po dniu, w którym nastąpiło zgłoszenie,
  c) w razie awarii urządzeń, serwis będzie odbywał się na miejscu w siedzibie Zamawiającego,
  d) serwis będący przedmiotem zamówienia będzie świadczony w taki sposób, aby nie zostały naruszone prawa osób trzecich,
  e) w przypadku awarii dysków wymagane jest, aby uszkodzone dyski nie były zabierane przez Wykonawcę i pozostawały w posiadaniu Zamawiającego."
- Załącznik nr 1 do SIWZ (str. 16):
  „a) oddelegowanie do siedziby Zamawiającego jednego pracownika w wymiarze 20 dni roboczych, posiadającego kwalifikacje, w celu wykonania prac określonych przez Zamawiającego (w szczególności: wsparcie techniczne, asysta, audyty, konsultacje, parametryzacja, reinstalacja, rekonfiguracja, optymalizacja rozwiązania, szkolenie) z dostawy. dodatkowe związanych przedmiotem Zamawiający będzie informował Wykonawcę o terminie i zakreślę planowanych prac z co najmniej 3 dniowym wyprzedzeniem. Zamawiający zastrzega sobie prawo wyznaczenia terminu przeprowadzenia prac również w dni wolne od pracy,
  b) instalacja nowych wersji oprogramowania systemowego objętego subskrypcją."

Stwierdził, że powyższy zakres serwisu to usługi, które są wykonywane wyłącznie przez firmę IBM Polska Sp. z o.o.

Podkreślił, że z w/w postanowień SIWZ wynika, że zamawiający wymagał, aby serwis zarówno sprzętu, jak i oprogramowania świadczony był przez producenta.

Oświadczył, że w trakcie oceny ofert, pismem z dnia 6 grudnia 2016 r., zwracał zamawiającemu uwagę na powyższą okoliczność, a już po informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zapoznając się z udostępnioną przez zamawiającego korespondencją

---

pomiędzy Comparex a zamawiającym powziął informację, że zamawiający wystąpił do Comparex o wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie.

Wskazał, że zamawiający, pismem z dnia 21 listopada 2016 r., wezwał Comparex do złożenia wyjaśnień w zakresie: „wskazanie *sposobu i zasobów, z których będziecie korzystali przy realizacji w zakresie serwisu i gwarancji producenta",* w odpowiedzi na co Comparex, pismem z dnia 23 listopada 2016 r., wyjaśnił, że dokona zakupu serwera objętego serwisem i gwarancją producenta: „Usługi *serwisowe wg standardowego programu producenta wraz z gwarancją są elementem umowy sprzedaży serwera, którą zawrzemy z lokalnym dystrybutorem IBM. Z braku bezpośredniej umowy z producentem nie postrzegamy producenta jako naszego podwykonawcy lecz pośredniego dostawcę urządzenia z którym związane są standardowe usługi i gwarancja".*

Zdaniem odwołującego z powyższego stanowiska Comparex wynika, iż usługi, które

są objęte przedmiotem zamówienia są „elementem *umowy sprzedaży serwera"* oraz są to usługi serwisowe „wg *standardowego programu producenta".*

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający po otrzymaniu w/w wyjaśnień zaniechał dalszego wyjaśniania kwestii zgodności oferty Comparex z SIWZ w szczególności zamawiający nie sprawdził, czy rzeczywiście przedmiotowe usługi są standardowymi usługami gwarancyjnymi i czy rzeczywiście są objęte umową sprzedaży serwera.

Wskazał, że zamawiający w każdym przypadku powzięcia informacji o możliwej niezgodności przedmiotu dostawy z SIWZ jest zobowiązany do sprawdzenia zgodności oferty z SIWZ. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2157/16, zgodnie z którym: „W sytuacji *powzięcia przez Zamawiającego informacji o możliwej niezgodności oferowanego asortymentu z wymaganiami określonymi w SIWZ lub powzięcia wątpliwości w tym zakresie. Zamawiający zobowiązany był do ustalenia, czy oferowany asortyment odpowiada treści specyfikacji. W niniejszej sprawie Zamawiający wezwał co prawda Przystępującego do wyjaśnień, jednakże ostateczna ocena oferty oparta była wyłącznie na oświadczeniach złożonych przez wykonawcę, a Zamawiający uznał ofertę za prawidłowa także w zakresie, w którym złożone wyjaśnienia do tego nie uprawniały."*

Zdaniem odwołującego z wyroku KIO wynika, że ocena oferty bazująca wyłącznie na oświadczeniach złożonych przez wykonawcę została przez Izbę uznana za niewystarczającą oraz, że z taką samą sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ zamawiający uznał ofertę Comparex za zgodną z SIWZ wyłącznie w oparciu o oświadczenie złożone przez Comparex w wyjaśnieniu.

Podkreślił, że oświadczenie to nie zostało poparte żadnym dowodem np. warunkami świadczenia serwisu i gwarancji dla serwerów IBM wobec czego zamawiający powinien przedmiotową kwestię wyjaśnić w sposób nie pozostawiający wątpliwości, np. poprzez zażądanie przedstawienia dowodów na potwierdzenie oświadczenia Comparex lub też

---

poprzez wystąpienie do dystrybutora/producenta oferowanego serwera z zapytaniem o warunki świadczenia serwisu, w szczególności z pytaniem, czy przedmiotowe usługi są elementem serwisu standardowego.

Ocenił, że wątpliwości takie powinny wzbudzić u zamawiającego zwłaszcza różnice w treści 2 ofert – jeden z wykonawców wskazał, że serwis świadczony będzie przez podwykonawcę, a drugi, że całość przedmiotu zamówienia wykonawca wykona samodzielnie.

Odwołujący podał, że warunki świadczenia serwisu i gwarancji dla serwera IBM Power typ 8286, będącego przedmiotem postępowania, zostały określone w dokumentach ogólnie dostępnych da klientów oraz partnerów handlowych IBM: IBM Warranty Information http://public. dhe.ibm.com/systems/power/docs/hw/p8/gi114340.pdf.

Informacje gwarancyjne IBM

Typ maszyny	Kraj zakupu gwarancyjny serwisu usług	Poziom gwarancyjnego	Okres (lata)
8247,8284,8286	Chiny, Europa, Japonia, Ameryka Łacińska, Bliski Wschód i Afryka Ameryka Północna	3 5 1	

Typy serwisu gwarancyjnego: 1) CRU (dostarczenie części wymienianych przez Klienta, w tym tylko Części), 5) Części CRU i serwis na miejscu; 6) Części CRU i serwis wysyłkowy lub kurierski; 7) Czyści CRU i serwis z wysyłką lub transportem przez Klienta; 8) Części CRU i wymiana Maszyny.

Poziomy usług: 1) Następny Dzień Roboczy (Next Business Day - NBD), 9x5; 3) Ten Sam Dzień (Same Day), 24x7.

W dokumencie Warunki ograniczonej gwarancji IBM, dostępnym pod adresem ftp://public.dhe.ibm.com/svstems/support/warranty/pdfs/v13/Z125-4753-13 pl PL.pdf) zdefiniowano typ serwisu gwarancyjnego oraz poziom usług, tj.

„Typy serwisu gwarancyjnego …. Typ 5 – *Części Wymieniane przez Klienta i serwis na miejscu IBM według własnego uznania zdecyduje, czy Klient otrzyma Część Wymienianą przez Klienta, czy też IBM lub reseller na miejscu naprawi uszkodzoną Maszynę i sprawdzi jej działanie.*

„Poziomy usług

Określone poniżej poziomy usług nie stanowią gwarancji, lecz określają jedynie docelowy

czas reakcji. Określony poziom usług może nie być dostępny we wszystkich lokalizacjach. Za usługi świadczone *poza zwykłą lokalizacją IBM może pobierać opłaty.*
Czas reakcji jest uzależniony od lokalnych norm dotyczących dni roboczych i godzin pracy.

O ile nie określono inaczej, czas reakcji mierzy się zawsze od momentu nawiązania kontaktu z IBM w celu określenia problemu do momentu rozwiązania problemu zdalnie przez IBM lub zaplanowania działań serwisowych do wykonania.

1. *Serwis w następnym dniu roboczym – dostępny w trybie 9x5 (dziewięć godzin dziennie przez pięć dni w tygodniu);świadczony na zasadzie należytych starań."*

W ocenie odwołującego z powyższego wynika, że serwer IBM Power Typu 8286 w ramach gwarancji standardowej jest objęty gwarancją 36 miesięczną, świadczoną w trybie 5/9, tj. świadczoną przez dziewięć godzin dziennie przez pięć dni w tygodniu, z przewidywanym lecz nie gwarantowanym czasem reakcji w następnym dniu roboczym (NBD), co oznacza, że standardowa gwarancja nie obejmuje wszystkich warunków wymaganych przez zamawiającego, między innymi nie obejmuje:

- gwarantowanego czasu naprawy,
- naprawy w siedzibie klienta dla wszystkich elementów składowych serwera,
- opcji pozostawienia dysków które uległy awarii.

Dodał, że w/w usługi wymagają podpisania z IBM Polska odrębnej umowy serwisowej, i nie są świadczone w ramach serwisu standardowego, wobec czego usługi te będą wykonywane przez IBM Polska, a nie przez Comparex.

Podniósł, że będzie to usługa płatna, nie mieszcząca się w cenie zakupu serwera przez Comaprex i Comparex, o ile będzie chciał zapewnić świadczenie serwisu na rzecz zamawiającego zgodnie z SIWZ, zmuszony będzie do zawarcia osobnej umowy, obejmującej odrębne wynagrodzenie, niezależne od ceny zakupu serwera.

Podał, że w wyroku KIO 898/15 z dnia 15 maja 2015 roku Izba właśnie taką sytuację, tj. zawarcie odrębnej umowy serwisowej, uznała za podwykonawstwo.

Podsumował, że oferta wykonawcy Comparex jest sprzeczna z SIWZ, sformułowane przez zamawiającego warunki realizacji zamówienia skutkują koniecznością zatrudnienia podwykonawcy przez każdego wykonawcę, którym nie jest firma IBM Polska Sp. z o.o., zaś wykonawca Comparex planuje samodzielnie świadczyć te usługi, co oznacza, że usługi oferowane przez Comparex są sprzeczne z SIWZ.

Odwołujący podniósł nadto, że oświadczenie złożone przez Comparex w pkt 10 Formularza ofertowego jest oświadczeniem wprowadzającym w błąd zamawiającego, a jednocześnie oświadczenie to może wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania, co prowadzi do wniosku, że mamy zatem do czynienia ze spełnieniem się przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wskazał, że ustawodawca formułując tę nową przesłankę wykluczenia nie wymaga,

---

aby przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd było świadome lub celowe – przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przewiduje, że wykluczenie powinno nastąpić w każdym przylądku podania informacji wprowadzających w błąd, nawet jeśli było te efektem lekkomyślności lub niedbalstwa. Uzupełnił, że może to być zatem wina najlżejszego rodzaju, choć, jeśli Comparex umyślnie podał nieprawdziwe informacje, to takie działanie, jako dalej idące, również spełnia przesłanki wykluczenia.

Wskazał również, że niedbalstwo to zwyczajnie brak zachowania należytej staranności w działaniu a wskazanie przez Comparex, że wykona przedmiot zamówienia samodzielnie jest co najmniej właśnie brakiem zachowania należytej staranności, ponieważ Comparex, jako podmiot profesjonalny, oferujący już uprzednio rozwiązania firmy IBM, posiadał wiedzę o tym, że nie może samodzielnie świadczyć usług serwisu w zakresie wskazanym w SIWZ.

Podniósł, że przedmiotowa część oferty nie podlega zmianom, a jej treść jest wiążąca dla zamawiającego, powołując się na wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 roku, sygn. akt KIO 221/16, zgodnie z którym: „Reasumując, *Izba stwierdza jednocześnie, że oświadczenie złożone w ofercie, co do podwykonawstwa nie ma waloru informacyjnego, ale stanowi istotny element oferty, albowiem, tak jak w tym przypadku, udział podwykonawcy warunkuje*

możliwość i prawidłowość wykonania zamówienia. Oświadczenie o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest wiążące dla Zamawiającego. Z tego też względu, co do zasady, nie jest możliwe stosowanie trybu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przewidzianego do wyjaśniania treści oferty, do dokonywania zmian// czy ¡ też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być postrzegane, jako niedopuszczalne negocjacje, dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści. Mając na uwadze powyższe okoliczności, złożoną ofertę ocenić należało jako podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku art. 87 ust 1 tej ustawy oraz w związku z art. 387 k. c."

Odwołał się nadto do wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie z 9 września 2016 roku, sygn. akt: XXIII Ga 345/16 zgodnie z którym: „Stanowisko *Sądu Okręgowego jest jednoznaczne, oświadczenie zawarte w pkt. 10 formularza oferty stanowiło integralny element oferty. Nie było to - jak stwierdziła KIO - jedynie oświadczenie o sposobie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który można w dowolnym momencie zmieniać. Na ofertę składa się nie tylko oferowana przez potencjalnego wykonawcę cena czy też wskazany czas wykonania umowy, lecz także sposób wykonania umowy, czy to siłami własnymi, czy też w rzeczywistości w oparciu o potencjał innego podmiotu, którego w ofercie nie wymieniono. Nie można mówić także o zaniechaniu czy też pominięciu tego aspektu w ofercie, a następnie na skutek uzupełnienia dokumentacji doprecyzowania. BBF złożyła oświadczenie nie tylko wiedzy ale*

---

także woli samodzielnego wykonania umowy, poprzez jednoznaczne zaprzeczenie (skreślenie w formularzu oferty) o korzystamy w jakiejkolwiek formie z zasobów, potencjału podmiotu trzeciego".

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 27 grudnia 2016 r., pisma procesowego odwołującego z dnia 22 grudnia 2016 r. wraz z załącznikami (pismo odwołującego do IBM Polska Sp. z o.o. z Warszawy z dnia 15 grudnia 2016 r., odpowiedź na to pismo z dnia 28 grudnia 2016 r., Warunki Ograniczonej Gwarancji IBM, Informacje gwarancyjne IBM), a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 3 ppkt 1) przedmiotem zamówienia w części I, której dotyczy odwołanie jest „dostawa *serwera IBM Power System 8286 model 42A".*

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w doniesieniu do części I zamawiający zawarł w Załączniku nr 1 do SIWZ. Tam też wskazał swoje oczekiwania co do gwarancji, tj.: „Wykonawca udziela 36-miesięcznej gwarancji producenta na dostarczony serwer. Warunki gwarancji:

a) możliwość zgłaszania awarii 5 dni w tygodniu od poniedziałku do piątku, 9 godzin na dobę od godz. 8:00 do godz. 17:00,
b) czas naprawy – najpóźniej w następnym dniu roboczym (dzień roboczy tj. dzień od poniedziałku do piątku w godzinach 8:00 do 17:00) po dniu, w którym nastąpiło zgłoszenie,
c) w razie awarii urządzeń, serwis będzie odbywał się na miejscu w siedzibie Zamawiającego,
d) serwis będący przedmiotem zamówienia będzie świadczony w taki sposób, aby nie zostały naruszone prawa osób trzecich,
e) w przypadku awarii dysków wymagane jest, aby uszkodzone dyski nie były zabierane przez Wykonawcę i pozostawały w posiadaniu Zamawiającego."

Dodatkowo w § 1 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ

---

zamawiający zawarł następujące postanowienia: „Dostawca *zobowiązuje się dostarczyć Zamawiającemu sprzęt i oprogramowanie fabrycznie nowe i nie używane, pochodzące*

z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów na rynek UE, objęte serwisem producenta, sprzęt i oprogramowanie o parametrach i właściwościach wyszczególnionych w załączniku nr 1 do umowy/w zależności od części."

Zamawiający zażądał wskazania części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom oraz wskazania tych podwykonawców – w *Formularzu ofertowym* w pkt. 10, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ zamawiający przewidział złożenie przez wykonawcę oświadczenia: „10. *Następujące części zamówienia. …… zamierzam powierzyć do wykonania następującym podwykonawcom: ……..".*

Opatrzył także pkt 10 informacją: *„(w razie braku wskazania, Zamawiający uznaje,* że *Wykonawca nie zamierza powierzyć* żadnej *części zamówienia podwykonawcy)".*

Przystępujący złożył w ofercie – str. 4 (Formularzu *ofertowym)* następujące oświadczenie: *„10. Następujące części zamówienia NIE DOTYCZY zamierzam powierzyć do wykonania następującym podwykonawcom: NIE DOTYCZY (w razie braku wskazania, Zamawiający uznaje,* że *Wykonawca nie zamierza powierzyć* żadnej *części zamówienia podwykonawcy)".*

Pismem z dnia 21 listopada 2016 r., zamawiający – w związku z tym, iż przystępujący oświadczył w ofercie, że nie będzie korzystał z podwykonawców przy realizacji przedmiotu zamówienia – wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie: „wskazanie *sposobu i zasobów, z których będziecie korzystali przy realizacji w zakresie serwisu i gwarancji producenta".*

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego przystępujący, pismem z dnia 23 listopada 2016 r., wyjaśnił: „(…) *informujemy,* że *dokonamy zakupu serwera objętego serwisem i gwarancja producenta. Usługi serwisowe wg standardowego programu producenta wraz z gwarancją są elementem umowy sprzedaży serwera, którą zawrzemy z lokalnym dystrybutorem IBM. Z braku bezpośredniej umowy z producentem nie postrzegamy producenta jako naszego podwykonawcy lecz pośredniego dostawcę urządzenia z którym związane są standardowe usługi i gwarancja".*

Pismem z dnia 8 grudnia 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Przystępujący w ofercie nie wskazał żadnej części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy, nie wskazując także (konsekwentnie) żadnego podwykonawcy.

Nie było wątpliwości co do tego, że brak takiego wskazania należało rozumieć w ten sposób, iż „wykonawca *nie zamierza powierzyć* żadnej *części zamówienia podwykonawcy",* a zatem, że przedmiot zamówienia wykona samodzielnie.

Odwołujący kwestionował możliwość samodzielnego wykonania przez przystępującego niektórych, narzuconych przez zamawiającego warunków gwarancji producenta, tj.

- czasu naprawy – najpóźniej w następnym dniu roboczym (dzień roboczy tj. dzień od poniedziałku do piątku w godzinach 8:00 do 17:00) po dniu, w którym nastąpiło zgłoszenie,
- serwisu (w razie awarii urządzeń) na miejscu w siedzibie zamawiającego,
- pozostawania w posiadaniu zamawiającego dysków w przypadku ich awarii.

Przystępujący utrzymywał, że zakupi serwer wraz z usługami serwisowymi i gwarancją producenta, stąd zbędne będzie „bezpośrednia *umowa z producentem".* Utrzymywał, że oczekiwania zamawiającego będę spełnione w ramach standardowego programu producenta.

Przystępujący nie kwestionował przy tym, co wskazano w piśmie IBM Polska Sp. z o.o. z Warszawy z dnia 28 grudnia 2016 r., że „nie upoważnia żadnych podmiotów na terenie Polski do napraw gwarancyjnych urządzeń Power. (…) *naprawy gwarancyjne mogą być wykonane wyłącznie przez firmę IBM".*

Odwołujący wykazał, poprzez *Warunki Ograniczonej Gwarancji IBM* oraz *Informacje gwarancyjne IBM,* że serwer IBM 8286 model 42A w Europie (kraj zakupu) objęty jest 3 letnią

gwarancją producenta, typem serwisu – „5", poziomem usług – „1".

Typ serwisu „5" „Części *CRU i serwis na miejscu".*

Typ serwisu „5" oznacza – „IBM *według własnego uznania zdecyduje, czy Klient otrzyma Część Wymienianą przez Klienta, czy też IBM lub reseller na miejscu naprawi uszkodzoną Maszynę i sprawdzi jej działanie".*

Dodatkowo w *Warunkach Ograniczonej Gwarancji IBM* wskazano: *„W przypadku gdy usługa serwisu gwarancyjnego wymaga wymiany Maszyny lub jej części, wymieniony element staje się własnością IBM, natomiast element użyty do wymiany przechodzi na własność Klienta.".*

Poziom usług „1" oznacza – „Następny *Dzień Roboczy",* przy czym poziom ten „nie *stanowi gwarancji, lecz określa jedynie docelowy czas reakcji"* i jest „świadczony *na zasadzie należytych starań".*

Uwzględniając powyższe informacje producenta stwierdzić należy, że w ramach „5" typu serwisu oraz „1" poziomu usług, tj. w ramach standardowego programu usług serwisowych, producent nie zapewnia:

- czasu naprawy najpóźniej w następnym dniu roboczym po dniu, w którym nastąpiło zgłoszenie, ponieważ producent przewiduje jedynie czas reakcji (nie czas naprawy) w następnym dniu roboczym i to nie gwarantowany, ale „docelowy" *„na zasadzie należytych starań",*
- serwisu (w razie awarii urządzeń) na miejscu w siedzibie zamawiającego, ponieważ każdorazowo zależy to od decyzji producenta,
- pozostawania w posiadaniu zamawiającego dysków w przypadku ich awarii, ponieważ każdorazowo „wymieniony *element staje się własnością IBM".*

Potwierdzeniem powyższych wniosków jest stanowisko IBM Polska Sp. z o.o. z Warszawy, który wprost stwierdził, że „standardowa *gwarancja IBM dla serwera IBM Power model 42A spełnia (…) wymagania tylko w następujących punktach:*
- możliwość zgłaszania awarii 5 dni w tygodniu od poniedziałku do piątku, 9 godzin na dobę od godz. 8:00 do godz. 17:00,
- serwis będący przedmiotem zamówienia będzie świadczony *w taki sposób, aby nie zostały naruszone prawa osób trzecich".*

Uwzględniając powyższe uznać należało, że w ramach standardowego programu usług serwisowych zakupionych wraz z serwerem, przystępujący nie jest w stanie, bez naruszenia warunków gwarancyjnych producenta, wykonać przedmiotu zamówienia na opisanych w SIWZ warunkach gwarancyjnych żądanych przez zamawiającego, samodzielnie (jak zadeklarował w ofercie), co przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc się do kwestii możliwości rozszerzenia standardowego programu usług serwisowych wskazać należy, za stanowiskiem IBM Polska Sp. z o.o. z Warszawy, że „aby *zostały spełnione pozostałe wymagania klienta bez naruszenia warunków gwarancyjnych (…) dostawca jest zobowiązany do wykupienia rozszerzenia gwarancji IBM w autoryzowanym kanale sprzedaży".*

Przystępujący twierdził co prawda na rozprawie, że wystarczające będzie rozszerzenie gwarancji w ramach umowy sprzedaże serwera, ale nie wykazał iżby rozszerzenie gwarancji mogło nastąpić inaczej niż poprzez wykupienie dodatkowych usług.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że w *Informacjach gwarancyjnych IBM* producent jedynie dla serwera typ 8286 (jak przedmiotowy), zakupionego w Azji Wschodniej

oraz dla serwera typ 8412 zakupionego w Azji Wschodniej, Ameryce Łacińskiej i Ameryce Północnej przewidział (oznaczenie „**"), że maszyna objęta jest usługami w ramach gwarancji standardowej oraz dodatkowo w ramach gwarancji rozszerzonej, co wymaga kontaktu z doradcą „w *celu znalezienie odpowiedniego mechanizmu finansowego dla tego produktu",* co należy rozumieć w ten sposób, iż usługi w ramach gwarancji rozszerzonej są dodatkowo płatne.

Na powyższej podstawie, o ile można przyjąć, że w przypadku Azji Wschodniej,

Ameryki Łacińskiej i Ameryki Północnej zarówno gwarancja standardowa, jak i rozszerzona mogą być elementami umowy sprzedaży serwera, o tyle w przypadku Europy elementem sprzedaży serwera typ 8286 jest jedynie gwarancja standardowa.

Oznacza to konieczność wykupienia rozszerzenia gwarancji, co z kolei oznacza konieczność zawarcia umowy – przystępujący użył sformułowania „bezpośrednia *umowa z producentem"* – co pociąga za sobą konieczność ujęcia producenta w ofercie jako podwykonawcy w części dotyczącej rozszerzonego zakresu usług serwisowych.

Przystępujący w istocie przyznał, że w przypadku zawarcia „bezpośredniej *umowy z producentem"* koniecznym byłoby postrzeganie producenta jako podwykonawcy, ponieważ z brakiem takiej umowy wiązał brak postrzegania producenta jako podwykonawcy (w piśmie z dnia 23 listopada 2016 r.).

Podkreślenia przy tym wymaga odpłatny charakter umowy o podwykonawstwo zgodnie z z definicją legalną „umowy *o podwykonawstwo",* zawartej w art. 2 pkt 17 ustawy Pzp – jest to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są w szczególności usługi (…) stanowiące część zamówienia publicznego, zawarte między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą).

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego z rozprawy, iż do konieczności napraw serwera może nie dojść, stąd brak obowiązku wskazywania podwykonawcy, to podnieść należy, że sformułowane przez zamawiającego wymogi odnośnie serwisu gwarancyjnego mają zabezpieczać zamawiającego właśnie w przypadkach wystąpienia awarii i do takich przypadków odnieść należy, w przypadku serwisu gwarancyjnego, konieczność wskazania zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odnosząc się z kolei do stanowiska zamawiającego z rozprawy, iż może naprawić maszynę, korzystając z rękojmi, to podnieść należy, że w interesie zamawiającego jest zapewnienie sobie możliwości jak najszerszego zabezpieczenia swoich interesów, a sformułowane przez zamawiającego wymogi odnośnie serwisu gwarancyjnego dały wyraz temu, że chce z gwarancji korzystać.

Odnosząc się do argumentu przystępującego, iż czas naprawy rozumieć należy jako

czas reakcji (z tego względu, że zamawiany serwer to serwer producenta IBM, który posługuje się pojęciem czasu reakcji), to wskazać należy, że jest to stanowisko nieuzasadnione, biorąc pod uwagę opisanie przez zamawiającego w SIWZ szczegółowych wymogów w zakresie serwisu gwarancyjnego oraz interesy zamawiającego, który – poprzez te wymogi – chce sobie zagwarantować możliwość korzystania z zakupionej maszyny, czemu służy jak najszybsza jej naprawa w przypadku wystąpienia awarii.

Odnosząc się wreszcie do oświadczenia przystępującego, iż zakupi serwer nie u producenta, ale u partnera, to stwierdzić należy, że nie zmieni to w żaden sposób faktu, że w takim przypadku elementem umowy sprzedaży będą jedynie gwarancyjne usługi serwisowe wg standardowego programu.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że zamawiający dwukrotnie (pismami z dnia: 25 listopada 2016 r. oraz 1 grudnia 2016 r.) wzywał przystępującego do uzupełnienia tych samych dokumentów (zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS), co zamawiający winien podać analizie pod kątem zgodności z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i jednokrotnym charakterem (co potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej) wezwania, o którym mowa w tym przepisie.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający i przystępujący nie kwestionowali, że warunki świadczenia serwisu i gwarancji przez IBM (w tym dla serwera IBM Power typu 8282, będącego przedmiotem zamówienia) zostały określone w dokumentach (Warunki *Ograniczonej Gwarancji IBM, Informacje gwarancyjne IBM),* zamieszczanych na stronach internetowych wskazanych w odwołaniu przez odwołującego.

Powyższe oznacza, że warunki te są ogólnie dostępne.

Przystępujący nie twierdził jednak nawet, że warunki serwisu gwarancyjnego producenta IBM nie są mu znane.

KIO 2386/16

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że w przedmiotowym stanie faktycznym przyjęcie przez przystępującego, że standardowy program producenta odpowiada wskazanym przez zamawiającego w SIWZ warunkom serwisu gwarancyjnego był wynikiem braku starannego działania przy analizie porównawczej warunków serwisu gwarancyjnego producenta i warunków żądanych przez zamawiającego.

Staranne porównanie tych warunków, zwłaszcza przez profesjonalnego uczestnika postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności na serwery, winno prowadzić do oczywistego wniosku, iż żaden wykonawca w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest w stanie samodzielnie wykonać przedmiotu zamówienia w zakresie serwisu gwarancyjnego producenta.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp „Z *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się: (…) 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".*

Kwalifikując brak starannego działania przystępującego jako niedbalstwa stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie spełniła się przesłanka wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

O istotnym wpływie przedstawionych przez przystępującego zamawiającemu informacji w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawcy świadczy fakt wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

KIO 2386/16

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……...

Członkowie: ……..

……..

KIO 2386/16