

Sygn. akt: KIO 786/18

WYROK
z dnia 16 maja 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2018 roku przez wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala ul. Grójecka 186 02-390 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 786/18 po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum (1) ENGAVE Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (2) Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 786/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Fundusz Zdrowia (Centrala) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Dostawa 4 sztuk dziedzinowych serwerów bazodanowych dla OW NFZ” Znak sprawy: BAG. 261.1.23.2017.

Dnia 28 kwietnia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (zwanego dalej Odwołującym) od zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm. zwanej dalej ustawą lub Pzp), tj. zaniechania odrzucenia oferty Engave Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawa — Lider Konsorcjum oraz Qumak S.A. z siedzibą w Warszawa — Członek Konsorcjum (dalej „Konsorcjum Engave”) na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Engave z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy, 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:

1. dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Engave jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Engave, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Engave, 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.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,

2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum Engave,
4. dorzucenia oferty Konsorcjum Engave,
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem niniejszego postępowania jest dostarczenie fabrycznie nowych, nieużywanych wcześniej przez inny podmiot serwerów, wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2017 roku, z części nowych lub części nowych i używanych, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz normami, w pełni wartościowych, pochodzących z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta na rynek Polski lub UE, objętych gwarancją producenta na warunkach i w okresie opisanym w niniejszej umowie i nadających się do używania zgodnie z przeznaczeniem.

Wobec powyższego, oprócz faktycznej dostawy serwerów Wykonawca ma zapewnić gwarancję producenta, nie według standardowych warunków producenta, lecz zgodnie z czasami i warunkami wskazanymi w § 3 Załącznika nr 2 do SIWZ Umowa.

Tak sformułowany wymóg SIWZ jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wymagał, aby usługi świadczone przez producenta serwerów były zgodne z poszczególnymi postanowieniami Załącznika nr 2 do SIWZ — Umowa np.

„Usunięcie awarii sprzętu w okresie serwisu gwarancyjnego na sprzęt (HWMA) powinno nastąpić 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.” (§ 3 ust. 5)

„W przypadku o którym mowa w ust. 6 usunięcie awarii, nie może przekroczyć 14 dni roboczych od momentu zgłoszenia awarii. Po usunięciu awarii, dyski i pamięci flash z urządzenia zastępczego pozostają w miejscach instalacji serwerów.” (§ 3 ust. 7)

Powyższe stanowisko potwierdza jednoznacznie Zamawiający. W piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r. zwraca się do Konsorcjum Engave o wyjaśnienia w zakresie sposobu i zasobów przy których Wykonawca będzie korzystał przy wykonywaniu umowy, wskazując, że: Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć serwery fabrycznie nowe, nieużywane wcześniej przez inny podmiot, wyprodukowane nie wcześniej niż w 2017 roku, wyprodukowane z części nowych lub części nowych i używanych, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz normami, w pełni wartościowe, pochodzące z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta na rynek Polski lub UE, objęte gwarancją producenta na warunkach i w okresie opisanym w umowie stanowiącej załącznik do SIWZ i nadające się do używania zgodnie

z przeznaczeniem. Zamawiający w dalszej części pisma potwierdza, że wymaganiem odnośnie gwarancji producenta jest aby zapewniała ona:

- gwarantowany z umowy czas naprawy (§ 3 ust. 5),
- opcję pozostawienia dysków (§ 3 ust. 7), oraz
- obowiązywała przez okres zadeklarowany przez Konsorcjum Engave w ofercie tj. 48 miesięcy.

Zamawiający wskazał także, że standardowa gwarancja producenta serwerów IBM, czyli tych które zaofერowało Konsorcjum Engave nie spełnia powyższych wymagań.

Idąc dalej, Zamawiający zwrócił się z pytaniem w zakresie podwykonawstwa. Mając na uwadze charakter przedmiotu dostawy, spora część napraw gwarancyjnych będzie wymagała wizyty pracownika producenta u Zamawiającego, a więc będzie miała charakter podwykonawstwa. Warto zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia są serwery czyli urządzenia o znacznych gabarytach, których transport jest znacznie utrudniony i w przypadku konieczności naprawy takiego urządzenia — niezbędna jest wizyta w miejscu lokacji serwera. Jest to więc typowa usługa mająca cechy podwykonawstwa. Inaczej np. w przypadku komputerów, które można przekazać gwarantowi do naprawy.

W odpowiedzi na powyższe pismo, Konsorcjum Engave zdawkowo odpowiedziało, że zrealizuje wymagania wskazane w umowie a ponadto będzie posiadać gwarancję producenta. W żaden sposób nie odniosło się do faktu, że świadczenie usług serwisu oraz warunki gwarancji producenta powinny być tożsame. Podaje także, że nie uważa aby wymagane było podwykonawstwo producenta.

Zamawiający po otrzymaniu ww. wyjaśnień zaniechał dalszego wyjaśniania kwestii zgodności oferty Konsorcjum Engave z SIWZ. W szczególności Zamawiający nie sprawdził, czy rzeczywiście przedmiotowe usługi są standardowymi usługami gwarancyjnymi i czy rzeczywiście są objęte umową sprzedaży serwera. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w każdym przypadku powzięcia informacji o możliwej niezgodności przedmiotu dostawy z SIWZ jest zobowiązany do sprawdzenia zgodności oferty z SIWZ. Takie stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyroku KIO 2157/16 z dnia 30.11.2016 roku: *„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 prawidłową także w zakresie, w którym złożone wyjaśnienia do tego nie uprawniały.”*

Jak wynika z powyższego wyroku KIO ocena oferty bazująca wyłącznie na oświadczeniach złożonych przez wykonawcę została przez Izbę uznana za niewystarczającą. A właśnie z taką samą sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum Engave za zgodną z SIWZ wyłącznie w oparciu o oświadczenie złożone przez Konsorcjum Engave w wyjaśnieniu. Podkreślić należy, że oświadczenie to nie zostało poparte żadnym dowodem — np. warunkami świadczenia serwisu i gwarancji dla serwerów IBM. Zamawiający powinien przedmiotową kwestię wyjaśnić w sposób nie pozostawiający wątpliwości, np. poprzez zażądanie przedstawienia dowodów na potwierdzenie oświadczenia Konsorcjum Engave 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.

Ze stanowiskiem przedstawionym przez Konsorcjum Engave we wskazanych wyjaśnieniach nie można się zgodzić. Postanowienia Załącznika nr 2 do SIWZ — Umowa kreuje następujące wymagania:

- dostarczyć serwer z ... gwarancją producenta na warunkach i w okresie opisanym w niniejszej umowie (§ 1 ust. 3)
- gwarancji opisane w dokumencie gwarancyjnym producenta serwerów nie mogą być sprzeczne z warunkami gwarancji wynikającymi z niniejszej umowy (§ 3 ust. 11).

Postanowienia te jednoznacznie wskazują, że Zamawiający wymaga aby producent serwerów (w przypadku oferty Konsorcjum Engave jest to IBM) objął „opieką serwisową” dostarczane serwery na warunkach sformułowanych w Załączniku nr 2 do SWIZ — Umowa.

Idąc dalej, Zamawiający stawia wymaganie zgodnie z którym: *„Usługi serwisu gwarancyjnego sprzętu i oprogramowania świadczone przez Wykonawcę nie mogą naruszać gwarancji producenta.”* Mając na uwadze że niektóre typy napraw naruszają prawa autorskie producenta — chodzi o naprawy ingerujące w mikrokody (prawa autorskie producenta) zrealizowanie ich możliwe jest wyłącznie przez podmiot uprawniony do dokonywania takich napraw (tj. IBM ewentualnie podmiot wskazany, odpowiednio umocowany przez IBM).

Konsorcjum Engave składając swoją ofertę oświadczyło, że:

„Oświadczam, że bez zastrzeżeń przyjmuję przedstawione przez Zamawiającego warunki umowne realizacji zamówienia określone we wzorze umowy załączonym do specyfikacji. Zobowiązuję się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”

Ponadto:

„Oświadczam, że nie powierzę wykonanie części zamówienia podwykonawcom.”

Bezspornym jest, że Zamawiający wymaga „opieki producenta” na warunkach wskazanych w Umowie. Nieprawdziwym jest stwierdzenie Konsorcjum Engave, że świadczenie usług gwarancyjnych przez producenta serwerów, nie wymaga podwykonawstwa tego producenta, co w konsekwencji prowadzi do tego, że Konsorcjum Engave złożyło oświadczenie, które uniemożliwia właściwe wykonanie zobowiązań wynikających z SIWZ. Zgodnie z definicją z Ustawy:

Art. 2 pkt. 9b) umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą).

Z charakteru przedmiotu dostawy, którą są SERWERY o znacznych gabarytach, usługa naprawy odbywa się co do zasady w miejscu lokalizacji — w serwerowni Zamawiającego. Wobec powyższego, producent przyjeżdżając do Zamawiającego w celu dokonania naprawy będzie świadczył odpłatne usługi stanowiące część zamówienia. Serwer to nie jest sprzęt, który w sposób swobodny można przekazać do naprawy do producenta.

Dodatkowo standardowa umowa gwarancyjna IBM odnośnie serwerów wskazanych w ofercie Konsorcjum Engave zawiera inne czasy SLA a przede wszystkim obejmuje okres 36 miesięcy, a nie zadeklarowanego przez Konsorcjum Engave okresu 48 miesięcy.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, 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). A zatem 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.

Powyższe usługi wymagają podpisania z IBM Polska odrębnej umowy serwisowej i nie są świadczone w ramach serwisu standardowego. Z całą pewnością zatem usługi te będą wykonywane przez IBM Polska, a nie przez Konsorcjum Engave.

Wskazać bowiem należy, że będzie to usługa płatna, nie mieszcząca się bynajmniej w cenie zakupu serwera przez Konsorcjum Engave. Konsorcjum — o ile będzie chciało zapewnić świadczenie serwisu na rzecz Zamawiającego zgodnie z SIWZ — zmuszone będzie

do zawarcia osobnej umowy, obejmującej odrębne wynagrodzenie, niezależne od ceny zakupu serwera. W wyroku KIO 898/15 z dnia 15 maja 2015 roku Izba właśnie taką sytuację — tj. zawarcie odrębnej umowy serwisowej, uznała za podwykonawstwo.

O konieczności wskazania producenta świadczącego usługi wobec serwerów jako podwykonawcy Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 2017-01-03, KIO 2386/16:

„Podkreślenia przy tym wymaga odpłatny charakter umowy o podwykonawstwo zgodnie 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.”

Z ostrożności procesowej

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Engave nie będzie dysponował gwarancją producenta w sposób umożliwiający świadczenie usług zgodnie z warunkami określonymi w Załączniku nr 2 do SIWZ Umowa.

Jak zostało wskazane powyżej, zdaniem Odwołującego z uwagi na charakter zamówienia, świadczenie usług gwarancyjnych będzie spełniało przesłanki podwykonawstwa. Jednakże jeżeli przyjąć stanowisko Konsorcjum Engave o braku konieczności podwykonawstwa (z czym Odwołujący kategorycznie się nie zgadza), to także oferta Konsorcjum Engave jest niezgodna z wymaganiami SIWZ stawianymi przez Zamawiającego.

Fakt zapewnienie gwarancji producenta w okresie opisanym w niniejszej umowie (§ 1 ust. 3) powoduje, że Konsorcjum Engave ponad standardowy okres 36 miesięcy, będzie musiało wykupić dodatkowy „Maintenance Agreement” od firmy IBM na okres 48 miesięcy czyli „Umowę na utrzymanie” (wskazującą na podwykonawstwo”). Praktyka rynkowa firmy IBM odnośnie wskazanych umów jest następująca:

- podpisanie takiej umowy będzie możliwe z Konsorcjum Engave z uwagi na „otwartą politykę IBM” w tym zakresie;

- jednakże świadczenie usług gwarancyjnych u Klienta (NFZ) nie będzie możliwe z uwagi na „politykę poufności firmy IBM” i brak podpisania przez IBM umowy o poufności wymaganej przez NFZ (Załącznik nr 4 do Umowy) oraz oświadczeń o poufności.

Odwołujący, który również oferuje serwery IBM, negocjował warunki poufności (takie jak wymagane przez NFZ) znaczny czas przed złożeniem oferty. Co więcej ma świadomość (co zostanie potwierdzone na rozprawie przez producenta), że z uwagi na zachowanie konkurencyjności na rynku, firma IBM nie podejmuje się takich rozmów po złożeniu oferty w danym postępowaniu i nie jest możliwe podpisanie zobowiązań do zachowania poufności według takiego wzoru (i wymagań) jak w SIWZ.

Brak podpisania takich zobowiązań — skutkuje brakiem możliwości wejścia do serwerowi NFZ czyli finalnie niemożnością wykonania zobowiązań z SIWZ.

Gdyby jednak Zamawiający lub Konsorcjum Engave stało na stanowisko, że z przedmiotowej usługi producenta nie będzie korzystał, albo skorzysta z rękojmi to takie stanowisko nie będzie prawidłowe: *„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.”* (Wyrok KIO z dnia 2017-01-03, KIO 2386/16)

Co więcej — oświadczenia złożone przez Konsorcjum Engave (w zakresie podwykonawstwa i wykonania umowy zgodnie z jej postanowieniami) w Formularzu ofertowym są oświadczeniami wprowadzającym w błąd Zamawiającego, a jednocześnie mają wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania. Mamy zatem do czynienia ze spełnieniem się przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP. Wskazać należy, 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 wyraźnie wskazuje, że wykluczenie powinno nastąpić w każdym przypadku podania informacji wprowadzających w błąd, nawet jeśli było to efektem lekkomyślności lub niedbalstwa. A zatem może to być wina najłżejszego rodzaju, choć oczywiście, jeśli Konsorcjum Engave umyślnie podał nieprawdziwe informacje, to takie działanie, jako dalej idące, również spełnia przesłanki wykluczenia. Wskazać należy, że niedbalstwo to zwyczajnie brak zachowania należytej staranności w działaniu. Wskazanie przez Konsorcjum Engave, że wykona przedmiot zamówienia samodzielnie jest co najmniej

właśnie brakiem zachowania należytej staranności. Podnieść bowiem należy, że Konsorcjum Engave, jako podmiot profesjonalny, oferujący już uprzednio rozwiązania firmy IBM, posiadał wiedzę o tym, że nie może samodzielnie świadczyć usług w zakresie wskazanym w SIWZ.

Jednocześnie wskazujemy, stanowisko Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 września 2016 roku, sygn. akt: XXIII Ga 345/16 odnośnie konieczności wskazania podwykonawstwa w ofercie (jeżeli jego zapewnienie jest niezbędne z punktu widzenia wykonania zamówienia): *„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 korzystaniu w jakiegokolwiek formie z zasobów, potencjału podmiotu trzeciego.”*

Konieczność zapewnienia licencji i usług związanych z systemem replikacji logicznej MIMIX produkcji firmy Vision Solutions

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w SIWZ wymagał dostarczenia licencji oraz prac instalacyjnych związanych z systemem replikacji logicznej o nazwie MIMIX.

W pierwotnej wersji specyfikacji Zamawiający nie określał jaki dokładnie system replikacji (zapewniający bezpieczeństwo serwerów) wymaga. Jednak w odpowiedzi na pytania

Wykonawców z dnia 13 lutego 2018 r. Zamawiający doprecyzował (Pytanie 11), że:

Akapit „System replikacji logicznej” (w załączeniu nr 1 do SIWZ s. 21) przyjmuje brzmienie:

„System do replikacji logicznej:

- instalacja najnowszej wersji MIMIX'a z najnowszymi poprawkami na dostarczanym serwerze,
- zatrzymanie istniejącej replikacji,
- skonfigurowanie MIMIX-a do replikacji pomiędzy dostarczanym serwerem a wskazanym serwerem obecnie pracującym w klastrze MIMIX-a wraz z przeniesieniem konfiguracji oraz danych z istniejącego klastra przeprowadzenie

pełnej synchronizacji danych pomiędzy serwerami, uruchomienie replikacji danych w nowej konfiguracji klastra,

- przeprowadzenie audytów poprawności replikacji,
- przeprowadzenie testowej zmiany ról serwerów.”

Wprowadzenie powyższego wymagania skutkuje tym, że Wykonawca obowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu najnowsze licencje na konkretny software do replikacji logicznej o nazwie MIMIX.

Producentem wskazanego powyżej oprogramowania jest amerykańska firma Vision Solutions, która na terenie Europy sprzedaje swoje oprogramowanie wyłącznie przez sieć dystrybucji. Na terenie Polski, podmiotem wyłącznie uprawnionym (dystrybutorem wyłącznym MIMIXa) jest czeska firma Crede Experto, która na terenie Polski działa przez swój oddział.

Nie ma możliwości legalnego nabycia wskazanego oprogramowania poza kanałem dystrybucji. Tak więc, wyłącznie współpraca z firmą Crede umożliwi realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Brak zaoferowania oprogramowania MIMIX skutkuje tym, że oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie systemu do replikacji logicznej.

Odwołujący posiada informację, że ani firma Engave ani Qumak nie otrzymała oferty nabycia licencji na oprogramowanie MIMIX.

Dodatkowo Konsorcjum Engave, nie posiada kompetencji do dokonania konkretnych usług doprecyzowanych w odpowiedzi na pytanie 11 (z dnia 13 lutego 2018 r.) tj. instalacji, konfiguracji, synchronizacji itp. więc powinien korzystać w tym zakresie z podmiotu z odpowiednią wiedzą i doświadczeniem (Crede Experto)

Wobec powyższego oferta Konsorcjum Engave w tym zakresie jest także niezgodna z SIWZ, poprzez niekompletność w zakresie zaoferowania licencji (i prac) na oprogramowanie MIMIX, którego nie będzie mogła dostarczyć.

Co więcej, Konsorcjum Engave mając świadomość braku posiadania oferty na licencję MIMIX, złożyło wszelkie oświadczenia w ofercie — deklarujące wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ i dokumentacją, co stanowi także naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Ustawy.

Mając na uwadze powyższe argumenty Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Dnia 25 kwietnia 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (1) Engave Services Sp. z o.o. ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa oraz (2) Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa (zwany dalej Przystępującym Engave) wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Dnia 26 kwietnia 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca: Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa (zwany dalej Przystępującym Comparex) wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Dnia 10 maja 2018 Przystępujący Engave przed otwarciem posiedzenia złożył pismo procesowe „Pismo Przystępującego” w którym wskazał na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania oraz przedstawił argumentację za oddaleniem odwołania w całości.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 kwietnia 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W ocenie Izby Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania (kwestionowany przez Przystępującego Engave), złożył ofertę w postępowaniu, która plasuje się na drugim co do kolejności miejscu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych. Zaoferował termin realizacji zamówienia, który w swej treści nie narusza wymogu terminu określonego w SIWZ. W ocenie Izby nie ma podstaw do stwierdzenia, iż treść oferty Odwołującego w zakresie zaoferowanego terminu realizacji zamówienia nie odpowiada treści SIWZ, co zgodnie z twierdzeniem Przystępującego Engave winno skutkować odrzuceniem oferty odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba uwzględniła również stanowisko pisemne zawarte w piśmie procesowym Przystępującego Engave z dnia 10 maja 2018 roku złożone w oryginale do akt sprawy.

Izba ustaliła

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), Zamawiający opracował formularz ofertowy „Oferta” zawierający 12 punktów (załącznik nr 4 do SIWZ). W punkcie 9 formularza, wykonawca winien złożyć oświadczenie dotyczące powierzenia lub braku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. W rozdziale III pkt 6 oraz rozdział IX punkt 1 SIWZ, Zamawiający dopuścił udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia. Wskazał, iż w przypadku wykonania części zamówienia przez podwykonawcę, wykonawca wskaże w formularzu ofertowym części zamówienia, które powierza podwykonawcom.

W rozdziale XVI SIWZ zatytułowanym „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” w pkt. 16.3 Zamawiający ustanowił jako jedno z kryteriów o wadze 30% okres gwarancji. Maksymalna ilość punktów jaką wykonawca mógł uzyskać w ramach tego kryterium to 30. Punkty, w ramach tego kryterium wykonawca mógł uzyskać na podstawie oferowanego okresu objęcia gwarancją całości zamawianych serwerów. Za okres gwarancji 36 miesięcy wykonawca mógł otrzymać 0 pkt., za okres gwarancji 48 miesięcy - 30 pkt. Zamawiający zastrzegł, iż zaproponowanie innego okresu gwarancji spowoduje odrzucenie oferty. Oferowany okres gwarancji należało wskazać w formularzu oferty w pkt 2, składając oświadczenie o treści: „Oświadczam, że oferuję (wskazać ilość) miesięczny okres świadczenia serwisu gwarancyjnego sprzętu i oprogramowania”.

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, w § 1 ust. 3 Zamawiający zawarł wymóg, iż Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć serwery fabrycznie nowe (...) objęte gwarancją producenta na warunkach i w okresie opisanym w niniejszej umowie i nadające się do używania zgodnie z przeznaczeniem.

W § 3 ust 1 Zamawiający zawarł wymóg: „Serwery, o których mowa w § 1 objęte są miesięcznym (zgodnie ze złożoną ofertą) serwisem gwarancyjnym na sprzęt (HWMA) oraz serwisem gwarancyjnym oprogramowania (SWMA). Okres serwisu gwarancyjnego sprzętu (HWMA) oraz serwisu gwarancyjnego oprogramowania (SWMA) liczony będzie od daty podpisania zbiorczego protokołu odbioru, o którym mowa w § 2 ust. 5 umowy”.

W § 3 ust 11 Zamawiający zawarł wymóg: „Warunki gwarancji opisane w dokumencie gwarancyjnym producenta serwerów nie mogą być sprzeczne z warunkami gwarancji wynikającymi z niniejszej umowy. W przypadku zaistnienia takiej sytuacji, Strony związane są postanowieniami niniejszej umowy”.

W odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 13 lutego 2018 roku - Pytanie nr 11- Zamawiający doprecyzował wymogi dotyczące wymaganego systemu do replikacji logicznej.

Przystępujący Engave złożył ofertę, w której w pkt. 2 oświadczył, że oferuje 48 miesięczny okres świadczenia serwisu gwarancyjnego sprzętu i oprogramowania. W pkt. 9 oświadczył, iż nie powierzy wykonania części zamówienia podwykonawcom. W ramach oferowanego przedmiotu, wskazał iż oferuje serwer IBM 8286-41A.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 roku Zamawiający wystąpił do Przystępującego Engave działając w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z prośbą o złożenie wyjaśnień w zakresie sposobu i zasobów, z których Przystępujący będzie korzystał przy realizacji umowy w zakresie serwisu i gwarancji producenta. Zamawiający wskazał, iż według niego usługi te wymagają podpisania z IBM Polska odrębnej Umowy serwisowej i nie są świadczone w ramach serwisu standardowego.

W odpowiedzi, której Przystępujący udzielił pismem z dnia 10 kwietnia 2018 roku, oświadczył m. in. że oferowane produkty spełniają wszystkie wymogi SIWZ. W szczególności, Przystępujący zapewnia gwarantowany czas naprawy (§ 3 pkt 5 umowy), opcję pozostawiania dysków które uległy awarii (§ 3 pkt 7 umowy) oraz czas trwania gwarancji zaoferowany w ofercie. Ponadto dostarczone przez niego serwery objęte będą gwarancją producenta. Odnosząc się do podniesionej w wezwaniu Zamawiającego kwestii powierzenia części wykonania zamówienia podwykonawcom, Przystępujący wskazał że charakter wymaganej w tym postępowaniu gwarancji producenta nie wymaga wskazania ani w ofercie, ani w JEDZ gwaranta jako podwykonawcy. Podczas rozprawy Przystępujący podtrzymał, iż okres gwarancji udzielonej przez producenta wynosi 48 miesięcy.

Zamawiający wystąpił do Przystępującego pismem z dnia 13 marca 2018 roku o potwierdzenie, czy w zaoferowanej cenie uwzględniono koszt zakupu i dostarczenia licencji dla systemu replikacji logicznej na dostarczone serwery, zgodnie z wymogiem wprowadzonym w dniu 13 lutego 2018 roku. W odpowiedzi, Przystępujący potwierdził, że w zaoferowanej cenie uwzględniono koszt zakupu i dostarczenia licencji dla systemu replikacji logicznej dla dostarczanych serwerów, zgodnie z wymogiem wprowadzonym przez Zamawiającego w dniu 13 lutego 2018 roku.

Dnia 13 kwietnia 2018 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała iż odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Engave, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się zatem nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że dokonując rozpoznania odwołania w konkretnym stanie faktycznym, ocenia czy działania lub zaniechania Zamawiającego naruszyły przepisy prawa zamówień publicznych, czy też wykonane zostały prawidłowo. W okolicznościach analizowanej sprawy, czynnościom Zamawiającego nie można przypisać naruszenia prawa zamówień publicznych, nie można przypisać również zaniechania zarzucanych w odwołaniu czynności. Oferta Przystępującego Engave została złożona na formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik do SIWZ. Została wypełniona w zakresie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, w sposób zgodny z zapisami SIWZ. Nie sposób zatem w tym zakresie, dopatrzeć się niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (jak twierdzi Odwołujący), skoro zawiera ona wszystkie żądane przez Zamawiającego informacje, które w swej treści pozostają w zgodzie z SIWZ.

Podkreślić należy, iż Odwołujący nie wskazał, w którym konkretnie miejscu oferta Przystępującego Engave miała by być niezgodna z treścią SIWZ, i z które zapisy z oferty miałyby stanowić naruszenie treści SIWZ. Zarzut Odwołującego sprowadzał się do kwestionowania możliwości zapewnienia gwarancji producenta przez okres deklarowany w ofercie (tj. 48 miesięcy), bez konieczności udziału producenta w realizacji usługi gwarancyjnej na zasadzie podwykonawstwa.

Odwołujący złożył jako dowód pismo IBM z dnia 9 maja 2018 roku, stanowiące odpowiedź na zapytanie Odwołującego z dnia 9 maja 2018 roku w sprawie przedmiotowego postępowania. Z treści odpowiedzi (punkt 1) wynika, że serwis gwarancyjny producenta trwający 48 miesięcy realizowany będzie przez IBM Polska oraz (punkt 6) że IBM nie dokonała wyceny i nie przedstawiła oferty na rozszerzoną gwarancję w wymiarze 48 miesięcy dla Przystępującego Engave. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie warunków gwarancji standardowej i gwarancji rozszerzonej, oraz na potwierdzenie istnienia różnic w ramach tych gwarancji, które w jakikolwiek sposób uprawdopodobniłyby możliwość lub konieczność realizacji zamówienia z udziałem gwaranta jako podwykonawcy. Ponadto, w żaden sposób nie udowodnił (nie przedstawił dowodów) na potwierdzenie, iż gwarancja

producenta wskazana w ofercie Przystępującego Engave wynosząca 48 miesięcy, nie będzie realizowana jako gwarancja udzielona w ramach sprzedaży serwerów. Co więcej, w ocenie Izby, złożone przez Odwołującego dowody nie wykluczyły możliwości realizacji takiej gwarancji przez producenta w ramach ceny sprzedaży serwerów.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego licencji Mimix, zdaniem Izby Odwołujący nie dowiódł że zaoferowana przez Przystępującego Engave licencja w ramach Systemu replikacji logicznej nie będzie spełniała wymogów SIWZ. Przedstawione dowody (pismo Vision Solutions z 14 marca 2018 roku oraz pismo Crede Experto z 9 maja 2018 roku) nie wykluczyły możliwości zaoferowania przez Przystępującego licencji w inny, legalny sposób niż zrobił to Odwołujący. Zatem zarzut, nie może zostać uznany za zasadny.

Podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1591/16). Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest Stroną ofensywną i winien przedstawić argumenty, przemawiające za uznaniem oferty przeciwnika za niezgodną z SIWZ i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izbie Odwoławczej dowodów o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W ocenie Izby, z treści oferty złożonej przez Przystępującego Engave, nie można wyprowadzić wniosku, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji musi zostać odrzucona przez Zamawiającego. Niezgodności takiej nie dowiódł również Odwołujący, co nie może stanowić potwierdzenia stawianego zarzutu.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody na potwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący nie sprostął obowiązkowi dowodowemu na potwierdzenie stawianych w odwołaniu zarzutów.

Powyższe okoliczności wskazują również że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie został potwierdzony. Skoro odwołujący nie wykazał, nie dowiódł, że treść oferty Przystępującego Engave jest niezgodna z treścią SIWZ, to zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie może zastać uznany za zasadny.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), 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 ze zm.).

Przewodniczący: