

WYROK
z dnia 28 maja 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**
Członkowie: **Przemysław Dzierzędzki**
Ernest Klauziński
Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2020 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2020r. przez wykonawcę **Eskom IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, A. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COMTEC A. J. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej i CPU Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:
Członkowie:
.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Serwis pogwarancyjny serwerów mainframe”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 197-478989 w dniu 11 października 2019 r.

W dniu 13 marca 2020r. wykonawca Eskom It sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 4 marca 2020r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, A. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COMTEC A. J. oraz CPU Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „CCC” lub „Przystępujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 8 w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CCC w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 2) Art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia CCC wobec przedstawienia przezeń w ramach wyjaśnień informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- 3) Ewentualnie - art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie żądania od CCC złożenia wyjaśnień treści oferty odnośnie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ, w szczególności w sposób nienaruszający praw wyłącznych producenta oprogramowania oraz w określonych ramach czasowych;
- 4) Ewentualnie - art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia a przez to budzi wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;
- 5) Ewentualnie - art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie żądania od CCC złożenia wyjaśnień treści oferty odnośnie możliwości zrealizowania zamówienia w zamian za zaoferowaną cenę;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na naruszenia przepisów Pzp wskazane w zarzutach;

3) ewentualnie - wezwania CCC do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wskazanym w zarzutach;

4) powtórnego badania i oceny ofert.

Ponadto Odwołujący, na podstawie art. 129 § 1 kodeksy postępowania cywilnego (dalej: „kpc”) w zw. z art. 185 ust. 7 Pzp zażądał złożenia przez Przystępującego jeszcze przed rozprawą oryginału:

1) umowy, na podstawie której IBM będzie dostarczał jemu lub jego Podwykonawcy poprawki, aktualizacje i nowe wersje Oprogramowania (w znaczeniu nadanym postanowieniami wzoru umowy załączonego do SIWZ). Najprawdopodobniej jest to umowa Agreement for Acquisition of System z LICCC-Enabled Replacement Parts and Machine Code Updates, której kserokopia / skan została załączona do wyjaśnień Wykonawcy w zakresie treści oferty z dnia 24 stycznia 2020r.

2) powiązanego z powyższą umową lokalnego dokumentu transakcyjnego (Local Transaction Document „LTD”), upoważniającego do dostarczania poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania dla serwerów z14 będących w posiadaniu Zamawiającego na terenie Polski.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że zgodnie z zawartym w SIWZ wzorem umowy na realizację zamówienia:

a. Wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usługi serwisu pogwarancyjnego serwerów mainframe z rodziny z14 o wskazanych w umowie numerach fabrycznych (Serwery) produkcji IBM Corporation lub jego podmiotów zależnych (Producent).

b. Umowa będzie zawarta na okres 48 miesięcy od dnia jej podpisania, z tym, że Usługa ma być świadczona od dnia następującego po dniu zawarcia Umowy.

c. Wykonawca, zgodnie z § 3 umowy, oświadcza, że posiada możliwości techniczne, organizacyjne i finansowe, jak też wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonywania obowiązków z tytułu świadczenia Usługi, niezbędnych do prawidłowej realizacji Umowy. W szczególności Wykonawca zobowiązuje się i zapewnia, że podzespoły użyte w ramach świadczenia Usługi będą pochodziły z legalnego źródła i będą wolne od wad prawnych i wad fizycznych.

d. Zgodnie z 4 ust. 2 Umowy, Zakresem Usługi objęte jest również Oprogramowanie (kod maszynowy), zwane również oprogramowaniem mikrokodowym, zainstalowane w serwerze przez producenta, niezbędne dla jego prawidłowego działania, będące integralnym składnikiem Serwera i dostarczane łącznie z Serwerem jako jego część. Powyższe obejmuje również wszelkie zmiany, poprawki, aktualizacje lub nowe wersje.

e. Utrata przez Wykonawcę dostępu do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania stanowi podstawę do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego,

podobnie jak niedokonywanie przez Wykonawcę uzgodnionych instalacji poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania (§ 10 ust, 3 pkt. 4 i 5 Umowy).

Zgodnie z § 15 ust. 1 Umowy, Wykonawca odpowiada za działania podwykonawców jak za działania własne.

g. Zgodnie z postanowieniami Załącznika 2 do Umowy — Opis przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia naprawy w określonym reżimie czasowym, w przypadku Oprogramowania w terminie 60 dni od dnia zgłoszenia, jeśli możliwe jest zastosowanie tzw. Obejścia (przywrócenia serwera do stanu funkcjonalności z możliwymi ograniczeniami, bez wpływu jednak na funkcje realizowane przez serwer) a jeśli Obejście nie jest możliwe — w czasie 12-48 godzin w zależności od priorytetu zgłoszenia.

h. Ponadto Wykonawca zapewni dostęp do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania oraz przekazanie praw do użytkowania udostępnionych poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania. Wykonawca dokona instalacji poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania w zakresach i terminach uzgodnionych z Zamawiającym.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący w ofercie wyraził gotowość do realizacji powyższych zobowiązań oraz że w toku badania ofert Zamawiający kilkakrotnie wzywał go do złożenia wyjaśnień treści oferty. W szczególności:

- a) W dniu 3 grudnia 2019 — wezwanie dotyczące wyliczenia ceny,
- b) W dniu 20 grudnia 2019 — wezwanie dotyczące wyliczenia ceny w szczególności w aspekcie kosztu dostarczenia poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania,
- c) W dniu 21 stycznia 2020 — wezwanie do przedstawienia sposobu wykonania zobowiązań przez podwykonawcę Technogroup IT-Service GmbH z siedzibą na terenie Niemiec (dalej „Technogroup”, „Podwykonawca”) oraz sposobu zapewnienia legalnego dostępu do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania.
- d) W dniu 21 stycznia 2020 — doprecyzowanie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że składane przez Przystępującego wyjaśnienia w części objęte zostały klauzulą tajności, jednak, pomimo powyższego, fragmenty odtajnione oraz kontekst w jakim wyjaśnienia te są składane a także wiedza i doświadczenie Odwołującego odnośnie dostępu wykonawców do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania skłaniają do postawienia zarzutu, że oferta Wykonawcy narusza przepisy ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności ze złożonych przez CCC wyjaśnień treści oferty oraz wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny wynika, że:

Sygn. akt KIO 533/20

- a. Cena uzyskania mikrokodów i stosownych uprawnień na rzecz Zamawiającego jest uwzględniona w zryczałtowanym wynagrodzeniu podwykonawcy, co wynika z oświadczenia podwykonawcy.
- b. Częstotliwość instalacji mikrokodów nie jest elementem cenotwórczym.
- c. Nie jest publikowana częstotliwość udostępniania poprawek, łat, nowych wersji mikrokodów przez producenta.
- d. Wykonawca będzie dostarczał łaty, poprawki, nowe wersje mikrokodów sukcesywnie w miarę ich publikowania i dostarczania przez producenta.
- e. Wykonawca nigdy nie zaopatruje się w części zamienne w firmie IBM, gdyż jest to bardzo drogie źródło części.
- f. Wykonawca nie przedstawił kalkulacji ceny zaoferowanej w zakresie aktualizacji mikrokodów przez podwykonawcę. W ocenie Wykonawcy Zamawiający nie ma podstaw do żądania takiej kalkulacji. Ponadto podnosi, że kalkulacja ceny przez Podwykonawcę ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i nie jest ujawniana nawet Wykonawcy.
- g. Działania Wykonawcy i Podwykonawcy są zgodne z prawem i nie naruszają praw osób trzecich, w szczególności Producenta. Oprogramowanie jest pozyskiwane od podmiotu uprawnionego.
- h. Dotychczasowa praktyka Producenta w kontaktach handlowych z członkami Konsorcjum była taka, że nośniki z poprawkami do serwisowanych urządzeń były dostarczane po cenach wytworzenia nośnika, tj. w cenie na poziomie 100 Euro. Na dowód Wykonawca przedstawił zdjęcia płyt DVD na których znajdować mają się poprawki dla komputera platformy Z.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z decyzją Komisji Europejskiej z 13 grudnia 2011r. firma IBM została zobowiązana do zaoferowania niezależnym podmiotom wykonującym usługi serwisowe umów umożliwiającym im świadczenie takich usług dla serwerów mainframe (tzw. umowa TPM). Umowy takie zostały przygotowane przez IBM i były zawierane z niezależnymi wykonawcami. Z jawnej części wyjaśnień nie wynika, czy stroną takiej umowy był członek Konsorcjum czy też Podwykonawca, można jednak wnosić, że przywołanie jej służyć ma uwiarygodnieniu twierdzenia o legalności działania Przystępującego.
- j. płyty z poprawkami „SUL DVD” są wydawane raz na kwartał, jednak bezpośrednio konieczność skorzystania z tego zakresu usług w praktyce występuje raz na ok. pół roku;
- k. serwery opisane w SIWZ objęte są załączoną do wyjaśnień umową Agreement for Acquisition of System z LICCC-Enabled Replacement Parts and Machine Code Updates (strony umowy oraz szereg jej istotnych fragmentów zostały utajnione. Umowa ta jest „umową TPM” o której mowa w porozumieniu IBM z Komisją Europejską.)

I. Wykonawca zapewni realizację wymaganej części zamówienia na podstawie umowy z (utajnione, zapewne chodzi o współpracę z Podwykonawcą). Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że Wykonawca zapewnia realizację usług na rzecz Zamawiającego w sposób legalny i z poszanowaniem praw osób trzecich.

m. Dowodem na prawidłowość i legalność działania jest faktura wystawiona przez IBM na Podwykonawcę, która potwierdza, że sposób współpracy stosowany przez Podwykonawcę nie jest kwestionowany przez Producenta.

n. Wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie w zakresie konieczności zapewnienia poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania (w rozumieniu definicji określonej we wzorze umowy) wraz z prawem ich legalnego użytkowania przez Zamawiającego dzięki (utajnione, chodzi zapewne o umowę TPM, której stroną ma być Podwykonawca lub umowę pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą). Przedłożona umowa jest ważna i obowiązująca.

o. ze względu na dotychczasowe doświadczenie wykonawcy w zakresie współpracy z Zamawiającym w zakresie braku zgody Zamawiającego (ZUS) do jakiegokolwiek dostępu zdalnego do serwerów mainframe Wykonawca przewiduje dostarczanie poprawek na nośnikach w trybie off-line. Co do zasady nośniki z poprawkami (SUL) „zwykłymi” są publikowane przez IBM co kilka miesięcy, jednak z niedającą się przewidzieć częstotliwością IBM publikuje poprawki „pilne” tzw. „Hyper”. W obu przypadkach nośniki będą dostarczane do Zamawiającego a następnie w uzgodnionych terminach wgrywane i instalowane.

p. Powyższy tryb realizacji jest znacznie bezpieczniejszy dla właściciela maszyny (Zamawiającego) ponieważ zawsze dysponuje kompletem zainstalowanych poprawek i możliwe jest odtworzenie oprogramowania. W przypadku poprawek wgrywanych on-line (tak jak to preferuje np. IBM Polska) Zamawiający nie dysponuje kompletem nośników umożliwiających odtworzenie maszyny (tak jak to np. ma miejsce w przypadku macierzy dyskowych IBM posiadanych przez Zamawiającego) rodzi to poważne ryzyko dla właściciela urządzenia, że bez wsparcia producenta może stracić możliwość korzystania z urządzenia (powyższe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach treści oferty z 24 stycznia 2020)

Odwołujący wskazał, że pomimo braku dostępu do pełnej treści wyjaśnień złożonych przez CCC to nawet w ujawnionej części nie są one prawdziwe i wprowadzają Zamawiającego w błąd a sposób, w jaki zamierza on realizować zamówienie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz narusza prawa wyłączne producenta Oprogramowania. Podkreślił, że co do zasady, serwis serwerów mainframe produkcji firmy IBM realizowany jest przez sieć serwisową producenta — czy to działającego poprzez własne spółki i oddziały, czy to poprzez sieć autoryzowanych wykonawców. Informacja o podmiotach posiadających autoryzację serwisową jest publikowana i dostępna na stronach internetowych IBM a

Wykonawca, podmioty wchodzące w skład Konsorcjum ani Podwykonawca nie znajdują się na tej liście, przez co można wnosić, że nie posiadają autoryzacji serwisowej IBM. W dniu 21 października 2011r. Komisja Europejska zawarła porozumienie z International Business Machines Corporation ("IBM"), którego przedmiotem jest umożliwienie podmiotom trzecim, nieposiadającym autoryzacji serwisowej IBM, świadczenie usług w zakresie serwisu komputerów mainframe (Formal Commitments Case Comp/C3/39.692 — IBM (maintenance services). W załączniku do porozumienia określono istotne klauzule umów z niezależnymi wykonawcami (tzw. TPM — Third Party Maintainer), niepowiązanymi z IBM autoryzacją, ale oferującymi usługi serwisowe dla serwerów mainframe. Przedmiotem takiej umowy (zwanej dalej: „Umową TPM”) jest m.in.: zapewnienie stronie świadczącej usługi serwisowe:

- a) dostarczania najważniejszych części zamiennych bez zobowiązania dotyczącego zwrotu uszkodzonej części;
- b) utrzymania takich samych cen najważniejszych części, jakie IBM oferuje klientom korzystającym z jego usług serwisowych, dla obecnych i przyszłych (w okresie ważności porozumienia IBM z Komisją Europejską) modeli komputerów typu mainframe;
- c) udostępnienia informacji technicznych (w tym aktualizacji kodu maszynowego).

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca korzystając wyłącznie z umowy TPM i nie posiadając autoryzacji serwisowej IBM nie jest w stanie realizować umowy z Zamawiającym, a to z uwagi na fakt, iż zgodnie z warunkami umowy TPM, IBM udostępnia niezależnym wykonawcom tzw. aktualizacje „zwykłe” SUL (System Update Level) co kwartał natomiast aktualizacje „pilne” tzw. HIPER Fix, dotyczące problemów typu Hi Impact or Pervasive, w ciągu dwóch tygodni od ich wyprodukowania. Oznacza to, że nawet korzystając z legalnego źródła poprawek jakim jest umowa TPM Przystępujący zawierając umowę nie jest w stanie, z przyczyn obiektywnych (brak dostępu do poprawek oprogramowania), zapewnić usunięcia usterki w wymaganym Umową terminie. Nie ma bowiem możliwości wykonania naprawy usterki, dla której nie ma możliwości zastosowania Obejścia w czasie max. 48 godzin, zaś w przypadku usterek pozostałych nie ma możliwości dotrzymania czasu naprawy dla nieobjętych poprawkami „pilnymi” awarii zaistniałych w pierwszym miesiącu każdego kwartału (gdyż zobowiązany jest je naprawić w ciągu 60 dni zaś dysk z poprawkami udostępniany jest przez IBM raz na kwartał). Zatem kwestią zbiegu okoliczności będzie, czy zaistniałe w serwerach Zamawiającego awarie będą możliwe do naprawienia przez CCC w określonym umową czasie. Wprowadza to istotne ryzyko dla ciągłości funkcjonowania systemów informatycznych Zamawiającego. Ryzyka tego nie są w stanie zniwelować zastrzeżone kary umowne (nie pozostają one bowiem w jakiegokolwiek proporcji ze skutkami wstrzymania przetwarzania w ośrodku informatycznym Zamawiającego) ani nie jest ono niemożliwe do uniknięcia, gdyż dotyczy jedynie wykonawców dostarczających usługi w oparciu o umowę TPM. Odwołujący zauważył także, że CCC działający na podstawie umowy

TPM nie jest uprawniony do samodzielnego zgłaszania wykrytych w mikrokodzie błędów celem ich naprawy do Producenta — zmuszony jest czekać na poprawę takich błędów w udostępnianych okresowo przez Producenta aktualizacjach, przy czym nastąpi to jedynie, jeśli błąd zostanie wykryty przez Producenta samodzielnie lub zgłoszony przez innego użytkownika. Zgłoszenia może bowiem dokonać jedynie podmiot należący do autoryzowanej sieci serwisowej albo samodzielnie właściciel serwera. Przy czym umowa, którą wykonywać będzie Przystępujący nie przewiduje samodzielnego zgłaszania błędów w Oprogramowaniu przez Zamawiającego ani udzielania w tym zakresie upoważnień na rzecz Wykonawcy. Oznacza to, że w przypadku awarii specyficznej dla środowiska Zamawiającego poprawka może nie zostać w ogóle opracowana, gdyż Producent nie zostanie o problemie formalnie powiadomiony.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że powyższe uwagi mają jednak głównie walor hipotetyczny, gdyż porozumienie Komisji Europejskiej z IBM wygasło z dniem 13.12.2016. i w chwili obecnej firma IBM nie jest zobowiązana do zawierania umów TPM i świadczenia na rzecz podmiotów trzecich usług określonych w porozumieniu na określonych w nim warunkach a umowy zawarte w okresie wcześniejszym (przed 12.12.2016) wygasły wraz z upływem ważności porozumienia z Komisją Europejską.

Natomiast w przypadku odmiennych twierdzeń Przystępującego, powołującego się na zawarcie np. przez jego Podwykonawcę umowy TPM z IBM, wskazać należy, że dowodem takich twierdzeń może być wyłącznie okazanie oryginału takiej umowy, której stroną będzie Wykonawca, członek Konsorcjum lub Podwykonawca. Jednak nawet w przypadku posiadania przez CCC lub Podwykonawcę aktywnej umowy TPM ma ona jedynie roczny okres obowiązywania, wyraźnie krótszy niż okres realizacji zamówienia, co w sytuacji, gdy IBM nie ma żadnego obowiązku zawierać takie umowy w przyszłości rodzi istotne ryzyko po stronie Zamawiającego, brak jest bowiem gwarancji, że wykonawca przez cały okres obowiązywania umowy będzie dysponował dostępem do poprawek i aktualizacji Oprogramowania.

Odwołujący wskazał ponadto, że w przypadku, gdyby w chwili obecnej CCC nie był stroną takiej umowy TPM, jednak deklarował możliwość zawarcia jej po zawarciu umowy z Zamawiającym, twierdzenie takie byłoby gołosłowne, gdyby nie zostało poparte dowodami na rzeczywistą gotowość IBM do zawarcia takiej umowy z CCC lub Podwykonawcą (np. w formie przynajmniej oferty ze strony IBM zawarcia takiej umowy, dowodu na prowadzenie negocjacji jej treści itp.). Dowodu takiego jak dotychczas nie przedstawiono. Podkreślić ponownie należy, że IBM nie jest w chwili obecnej zobowiązany do zawierania umów TPM. Zatem nie będzie wystarczającym dowodem na okoliczność, że umowa taka zostanie zawarta, np. żądanie wystosowane w tym zakresie do IBM przez Odwołującego lub jego

Podwykonawcę. Co więcej, nawet zawarcie umowy TPM w przyszłości nie pozwalałoby na realizację umowy z Zamawiającym zgodnie z jej postanowieniami, gdyż, jak wskazano powyżej, umowa ta ma być realizowana w pełnym zakresie już od dnia jej zawarcia. Od chwili zawarcia umowy z Zamawiającym Wykonawca powinien być więc gotów do dostarczania poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania, w tym w ramach usuwania zaistniałych awarii, a więc w rygorze SLA. Wedle posiadanej przez Wykonawcę wiedzy, w okresie od 1 stycznia 2020 do końca lutego IBM wyprodukował dla serwerów serii z14 będących przedmiotem umowy 51 poprawek mikrokodu, z czego najnowsze pochodzą z pierwszej połowy lutego 2020 i wszystkie one nie zostały jeszcze zainstalowane w środowisku Zamawiającego. Z każdym dniem rośnie zatem ryzyko awarii, której usunięcie nie będzie możliwe bez dostępu do tychże poprawek. Wykonawca korzystał, w okresie obowiązywania umowy TPM z przyznanych tą umową aktualizacji kwartalnych, które, jak deklaruje w wyjaśnieniach z 24 stycznia 2020, instalował w okresach półrocznych. Tymczasem np. w roku 2019 dla serwerów serii z14 IBM udostępnił łącznie 344 poprawki, które powinny być instalowane w uzgodnieniu z Zamawiającym, a jeśli naprawiały usterkę będącą przyczyną awarii, powinny być instalowane w reżimie SLA (tj. w ciągu 60 dni, jeśli możliwe będzie zastosowanie tzw. Obejścia, a jeśli Obejście nie byłoby możliwe — w czasie 12-48 godzin w zależności od priorytetu zgłoszenia). Deklaracje Wykonawcy, że poprawki te mogą być instalowane w okresach kwartalnych czy też półrocznych, nawet jeśli oparte na doświadczeniach z przeszłości, nie muszą pozostawać aktualne w okresach przyszłych, zaś umowa z wykonawcą zamówienia ma stanowić dla Zamawiającego gwarancję, że serwis serwerów serii z14, na których posadowione są kluczowe elementy jego systemu informatycznego, będzie realizowany zgodnie z wymaganiami określonymi w umowie a nie zgodnie z optymistycznymi założeniami przyjętymi przez Wykonawcę.

Odwołujący zauważył ponadto, że w przypadku, gdyby CCC wykazywał posiadanie umowy TPM przez Podwykonawcę - firmę Technogroup IT-Service GmbH z siedzibą na terenie Niemiec, Podwykonawca ten nie byłby uprawniony do oferowania użytkownikom mainframe w Polsce usług serwisowych bez zawarcia odrębnej umowy z polskim przedstawicielstwem firmy IBM. Aby zamówić u Producenta dysk z aktualizacjami SUL w imieniu właściciela licencji, na terytorium Unii Europejskiej, Podwykonawca powinien bowiem posiadać umowę „Agreement for Acquisition of System z LICCCEnabled Replacement Parts and Machine Code Updates” (jak i powiązany z tą umową lokalny dokument transakcyjny (Local Transaction Document „LTD”) podpisany z lokalnym oddziałem IBM w kraju, w którym zainstalowany jest dany serwer i w którym TPM będzie składać zamówienie na mikrokody. W jawnej części wyjaśnień Przystępujący nie wykazał się posiadaniem przez jego Podwykonawcę takich umów, upoważniających do zamawiania i dostarczania aktualizacji dla klientów z siedzibą w Polsce. Natomiast dokument LTD, jak wynika z jawnej części

wyjaśnień, podpisany przez polski oddział IBM nie został dotychczas przedstawiony, co wskazuje na brak legalnego źródła zaopatrzenia Wykonawcy w poprawki i aktualizacje Oprogramowania. Jak wynika z oświadczenia IBM Polska Sp. z o.o., nie został dotychczas podpisany żaden taki dokument z TPM

Odwołujący dodał, że ponadto należy, że nie ma możliwości, aby CCC dostarczał i instalował na maszynach Zamawiającego poprawki zamówione dla innych serwerów mainframe, gdyż działanie takie nie tylko naruszałoby prawa wyłączne Producenta — firmy IBM i narażało Zamawiającego na roszczenia z naruszeniem takim związane, ale byłoby również technicznie niewykonalne. Nośniki SUL dla serwerów mainframe typu z14 są bowiem „serializowane”, co oznacza, że są dedykowane tylko do instalowania na maszynie z numerem seryjnym na który zostały zamówione. Innymi słowy, próba zainstalowania tych mikrokodów na innych serwerach typu z14 (posiadających inne numery seryjne) zakończyłaby się niepowodzeniem. Powyższe oznacza, że nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd są twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego, że:

a. Cena uzyskania mikrokodów i stosownych uprawnień na rzecz Zamawiającego jest uwzględniona w zryczałtowanym wynagrodzeniu podwykonawcy, co wynika z oświadczenia podwykonawcy.

b. Częstotliwość instalacji mikrokodów nie jest elementem cenotwórczym.

Odwołujący wskazał, że cena uzyskania mikrokodów (pojęcie wchodzące w zakres Oprogramowania, którego dostarczanie jest przedmiotem umowy z Zamawiającym) nie jest i nie może być uwzględniona w wynagrodzeniu Podwykonawcy, gdyż Podwykonawca ten nie posiadając uprawnień wynikających z autoryzacji serwisowej ani aktywnej umowy TPM obowiązującej na obszarze Polski nie jest w stanie dostarczać legalnego Oprogramowania dla serwerów Zamawiającego.

c. Nie jest publikowana częstotliwość udostępniania poprawek, łat, nowych wersji mikrokodów przez producenta.

d. Wykonawca będzie dostarczał łaty, poprawki, nowe wersje mikrokodów sukcesywnie w miarę ich publikowania i dostarczania przez producenta.

Odwołujący zaznaczył, że producent mikrokodów — firma IBM udostępniała bowiem wykonawcom działającym na podstawie umowy TPM poprawki w odstępach kwartalnych, natomiast wykonawcy działający w ramach autoryzacji serwisowej mają do poprawek tych dostęp znacznie wcześniej, niezwłocznie po ich opublikowaniu przez Producenta. Wykonawca działając na bazie umowy TPM (o ile taką posiadałby) nie byłby więc w stanie dostarczać poprawek bezpośrednio po ich opublikowaniu a dopiero po ich udostępnieniu dla TPM, tj. na koniec kwartału a w przypadku poprawek HIPERFix dwa tygodnie po ich opublikowaniu przez Producenta. Oznacza to, że Wykonawca nie będzie dostarczał

poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania bezpośrednio po ich opublikowaniu przez Producenta.

e. Działania Wykonawcy i Podwykonawcy są zgodne z prawem i nie naruszają praw osób trzecich, w szczególności Producenta. Oprogramowanie jest pozyskiwane od podmiotu uprawnionego.

Według Odwołującego z powyższego wynika, że CCC lub Podwykonawca, nie są w stanie zgodnie z prawem i w sposób nienaruszający praw osób trzecich dostarczać Oprogramowania. Stwierdzenie, że Oprogramowanie jest pozyskiwane od podmiotu uprawnionego jest bezpodstawne i nieoparte żadnymi dowodami — CCC ani Podwykonawca nie wykazali się w toku postępowania autoryzacją serwisową IBM ani umową TPM. Powyższe wyjaśnienie jest więc nieprawdziwe w zakresie, w jakim odnosi się do działań związanych z realizacją umowy z Zamawiającym.

f. Dotychczasowa praktyka Producenta w kontaktach handlowych z członkami Konsorcjum była taka, że nośniki z poprawkami do serwisowanych urządzeń były dostarczane po cenach wytworzenia nośnika, tj. w cenie na poziomie 100 Euro. Na dowód Wykonawca przedstawił zdjęcia płyt DVD na których znajdować mają się poprawki dla komputera platformy Z.

Odwołujący odnosząc się do powyższej kwestii wskazał, że CCC pomija istotną okoliczność, że nośniki z poprawkami, czyli dyski SUL dostarczane mogły mu (lub Podwykonawcy) być jedynie w ramach umowy TPM, której posiadania w chwili obecnej nie wykazał. Odwołujący nie kwestionuje zdolności Wykonawcy do dostarczania takich poprawek w przeszłości — stąd możliwość wykazania się przez Wykonawcę określonymi doświadczeniami. Jednak w żaden sposób CCC nie wykazał, że uprawnienia takie posiada w chwili obecnej ani że będzie je posiadał w dniu zawarcia umowy z Zamawiającym. Przypomnieć należy, że obowiązki serwisowe CCC zobowiązany jest realizować od dnia podpisania umowy.

g. Zamawiający nie ma podstaw do żądania kalkulacji kosztów Podwykonawcy. Ponadto podnosi, że kalkulacja ceny przez Podwykonawcę ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i nie jest ujawniana nawet Wykonawcy

Odwołujący stwierdził, że nie jest wiadome, jakie informacje i wyjaśnienia CCC zawarł w niejawnych wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2020r., jednakże na wypadek, gdyby CCC wykazywał, że do złożenia takich wyjaśnień Podwykonawca nie jest zobowiązany, to wskazał, że na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji realności zaoferowanej ceny. Zamawiający musi uzyskać bowiem potwierdzenie, że kwoty przedstawione w szczegółowej kalkulacji kosztów mają swoje rynkowe uzasadnienie. Podkreślił, że istotnym i w chwili obecnej analizowanym elementem umowy jest dostarczanie na jej podstawie konkretnych

produktów podmiotu trzeciego — a mianowicie poprawek, aktualizacji i nowych wersji oprogramowania mikrokodowego. Koszt zapewnienia dostępności tego oprogramowania jest pozycją, która może mieć istotny wpływ na oferowaną cenę a zatem powinna i może być przedmiotem dociekań i wyjaśnień, niezależnie od tego, czy podmiotem zobowiązanym do zapewnienia tego oprogramowania jest bezpośrednio CCC czy Podwykonawca.

h. Wykonawca nigdy nie zaopatruje się w części w firmie IBM, gdyż jest to bardzo drogie źródło części.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący wskazał, że tylko producent zapewnia gwarancję możliwości zaopatrzenia w każdy komponent, jaki może ulec uszkodzeniu w ramach autoryzowanej sieci serwisowej. Niezależne firmy serwisowe miały możliwość zaopatrzenia w takie części w ramach umów TPM, jednak, CCC nie wykazał, że jest stroną takiej umowy a ponadto, jak sam oświadczył, nie zaopatruje się w IBM oraz nie uwzględnia kosztów takiego zaopatrzenia u producenta.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Wykonawcę jest nierzetelna. Wykonawca nie posiada możliwości realizacji umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jednak okoliczność tę ukrywa, a wyjaśnieniami swymi wprowadza Zamawiającego w błąd co do posiadania, dzięki współpracy z Podwykonawcą, dostępu do zaopatrzenia w poprawki oprogramowania (mikrokody) umożliwiającego nienaruszające praw osób trzecich dostarczanie ich Zamawiającemu w terminach określonych w umowie. Realizacja umowy przez Wykonawcę prowadziłaby do naruszenia autorskich praw majątkowych producenta Oprogramowania. Jednocześnie, jak powyżej szeroko wykazano, Wykonawca nie jest w stanie realizować umowy również w aspektach technicznych (nie ma możliwości dostarczania aktualizacji dla konkretnie wskazanych z numeru seryjnego urządzeń) organizacyjnych (nie jest w stanie zapewnić dotrzymania wymaganego poziomu SLA). Działanie powyższe, polegające na zobowiązaniu się w ofercie do działań, które obiektywnie są niemożliwe do wykonania przez Wykonawcę, niedysponującego odpowiednimi upoważnieniami i zobowiązaniami po stronie Producenta a także których wykonywanie przez Wykonawcę stanowiłyby naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, stanowi zabieg dający Wykonawcy sztuczną przewagę nad konkurentami. Takiemu zachowaniu Zamawiający zobowiązany jest przeciwdziałać, odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Powyższe oznaczać może również, że oferta CCC jest nie tylko naruszająca prawo i dobre obyczaje, ale również nieważna w części, w której CCC zobowiązuje się do zapewnienia dostępu do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania oraz do przekazania praw do użytkowania udostępnionych poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania. Wykonawca nie posiadając autoryzacji serwisowej ani umowy TPM niewątpliwie nie posiada uprawnień do dostarczania

oprogramowania produkcji IBM. Powoduje to niemożliwość świadczenia, bowiem w niniejszej sprawie CCC zobowiązuje się do przeniesienia uprawnień licencyjnych w sytuacji, gdy uprawnień takich sam nie posiada. Spełnienie świadczenia przez Wykonawcę naruszałoby tym samym przepisy prawa autorskiego (por. art. 74 ust. 4 pkt. 3 prawa autorskiego).

Powyższe okoliczności wskazują ponadto, że zaoferowana przez CCC cena nie uwzględnia kosztów związanych z zapewnieniem możliwości dostarczania części zamiennych, poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania. Wykonawca nie posiada autoryzacji serwisowej Producenta, nie korzysta również ze wsparcia podwykonawcy posiadającego taką autoryzację. Nie jest również sam ani jego Podwykonawca stroną umowy TPM, która potencjalnie mogłaby umożliwić dostarczanie części zamiennych i poprawek Oprogramowania na warunkach analogicznych jak czynią to podmioty posiadające taką autoryzację. W rezultacie zaoferowana cena jest zaniżona, nie umożliwia bowiem realizacji zamówienia w należyty sposób w zaoferowanych ramach finansowych, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, że dostarczone przez CCC wyjaśnienia wskazujące na posiadanie przez niego zdolności do realizacji umowy z Zamawiającym na warunkach określonych w OPZ mogą być informacjami nieprawdziwymi i przez to wprowadzającymi Zamawiającego w błąd.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym posiadania przez CCC i Podwykonawcę uprawnień do legalnego dostarczenia poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania a także w zakresie kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym kalkulacji ceny zaoferowanej przez Podwykonawcę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 maja 2020r. wniósł o jego oddalenie w całości.

Na wstępie wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, nie wymagał przedstawienia na etapie postępowania, żadnych dokumentów potwierdzających w dacie składania oferty posiadanie umowy z IBM Corporation lub spółką zależną w zakresie dostępu do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania zainstalowanego na Serwerach. W ocenie Zamawiającego, wymaganie posiadania takich dokumentów i umów, na etapie składania ofert mogłoby narazić go na zarzut ograniczania uczciwej konkurencji, bowiem każdy potencjalny wykonawca, niemający gwarancji uzyskania zamówienia, byłby zobowiązany do zawarcia umów z Producentem Serwera lub podmiotami od niego zależnymi, zapewniającymi taki dostęp. Z tego też względu Zamawiający, porzekał na

wymaganiu złożenia przez Wykonawcę oświadczenia, że ten będzie w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, w tym po zawarciu umowy będzie w stanie zapewnić dostęp do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania oraz przekazanie praw do ich użytkowania.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że wyceniając ofertę, wykonawca powinien uwzględnić wszystkie koszty, związane z realizacją zamówienia, w tym koszty związane z zapewnieniem dostępu do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania zainstalowanego na Serwerach oraz zapewnieniem praw do ich użytkowania. Dlatego też, Zamawiający wzywając wykonawcę CCC do wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny, żądał wykazania tych kosztów i przedłożenia dowodów, na których oparto ich oszacowanie w tym zakresie. Powyższego wymagania nie można jednak utożsamiać z obowiązkiem dysponowania przez wykonawcę na dzień złożenia oferty umową z Producentem Serwerów (lub podmiotem od niego zależnym) obejmującą dostęp do poprawek i aktualizacji Oprogramowania w posiadanych przez Zamawiającego serwerach. Skoro bowiem, jak wskazuje Odwołujący, dana umowa z Producentem, ma obejmować konkretne Serwery zainstalowane u wskazanego klienta, wymaganie jej zawarcia na etapie składania ofert od każdego wykonawcy, bez gwarancji uzyskania zamówienia, byłoby nieracjonalne. Przy czym w ocenie Zamawiającego brak takiej umowy w danym momencie, nie może podważać rzetelności dokonanej kalkulacji ceny, jeśli została ona oparta na innych wiarygodnych źródłach (np. zawieranych wcześniej analogicznych umowach).

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez CCC art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 8 w związku z art. 7 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wskazał, że w ocenie Zamawiającego, nie znajdują one uzasadnienia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Wyjaśnił, że Odwołujący dokonuje swoistych uproszczeń i manipulacji postanowieniami umowy TPM i SIWZ. W pierwszej kolejności wskazał należy, że Zamawiający nie określił w SIWZ żadnych reżimów czasowych odnoszących się do aktualizacji oraz wgrzywania poprawek Oprogramowania mikrokodowego, w tym w szczególności nie zawarł wymagania by były one instalowane „niezwłocznie” po ich udostępnieniu. Zamawiający zawarł wymaganie, że Wykonawca ma zapewniać dostęp do poprawek, aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania, zapewnić prawa do ich użytkowania i dokonywać ich instalacji w zakresach i terminach uzgodnionych z Zamawiającym (Załącznik nr 2 do Umowy, Rozdział 2). Zamawiający wskazał na reżimy czasowe dotyczące wyłącznie Czasu Naprawy, odnoszącego się do zaistniałego Incydentu, rozumianego jako (każde zdarzenie, które nie jest częścią standardowego działania Serwera, w tym Oprogramowania, i świadczy o tym, że Serwer nie działa prawidłowo). Zamawiający wyróżnił 3 rodzaje Incydentów: krytyczny, wysoki, niski. Umowa będąca przedmiotem zamówienia określa przede wszystkim poziom świadczenia usług oraz zasady obsługi zgłoszeń Incydentów, a wykonawca we wskazanych reżimach czasowych

zobowiązany jest do reakcji na zgłoszenia Zamawiającego. Od działania tego odróżnić należy wgrywanie poprawek i aktualizacji Oprogramowania mikrokodowego udostępnianych przez Producenta.

Przy czym w zakresie Oprogramowania, niezależnie od kategorii Incydentu czas naprawy zawsze wynosi 60 dni od zastosowania Obejścia (tj. tymczasowego rozwiązania). Z kolei na zastosowanie Obejścia wykonawca ma, w zależności od kategorii Incydentu - 12h/24h/48h, po upływie których zaczyna biec termin 60 dni na naprawę rozumianą jako dostarczenie Rozwiązania Końcowego. Jednocześnie, zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 2 do Umowy, Zamawiający może – według swojego uznania – uznać zastosowane przez Wykonawcę Obejście za Rozwiązanie Końcowe.

Wskazał ponadto, że nie jest tak jak próbuje zasugerować Odwołujący, że umowy TPM wykluczają świadczenie usług w reżimach czasowych określonych przez Zamawiającego, bowiem czas dostępu do aktualizacji kodów maszyn, w tym pilnych poprawek wynikający z umowy TPM nie wyklucza możliwości realizacji usługi serwisowej we wskazanych reżimach czasowych. Tzw. zwykle poprawki (SUL), dostępne w okresach kwartalnych są wydawane przez Producenta okresowo, zawierają wszystkie aktualizacje kodu maszynowego wystawione dla odpowiedniego typu Serwerów, zatem nie są sporządzane w bezpośredniej odpowiedzi na awarie serwerów u klienta. Pilne poprawki udostępniane są w krótszych reżimach czasowych niż wymagane przez Zamawiającego 60 dni na zastosowanie Rozwiązania Końcowego w przypadku Oprogramowania. Co istotne, treść oświadczenia IBM z 4 marca 2020 r. (odp. na pyt XI – zawarta w załączniku do odwołania), na którą powołuje się Odwołujący, wprost wskazuje, że „autoryzacja serwisowa IBM nie upoważnia do pobierania Mikrokodów”, co przeczy twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu, że tylko autoryzowany wykonawca może zrealizować przedmiotowe zamówienie bez naruszania praw Producenta Serwerów. Jak wynika z ww. oświadczenia IBM z dnia 4 marca 2020 r. (odp. I-II, X) podstawą do dostępu do aktualizacji Oprogramowania jest odpowiednia umowa z IBM United Kingdom Limited oraz lokalny dokument transakcyjny (LTD) podpisany z oddziałem IBM w kraju, w którym TPM będzie składał zamówienia jednak Zamawiający nie wymagał posiadania tych dokumentów w momencie składania oferty. Ponadto wyjaśnił, że nie wszystkie poprawki i aktualizacje Oprogramowania są instalowane automatycznie. Okresowe poprawki i aktualizacje, nie służą usuwaniu awarii Oprogramowania, lecz mają na celu proaktywne podnoszenie ogólnego bezpieczeństwa serwerów, przy czym w praktyce nie każda taka poprawka jest instalowana. Wytworzone poprawki i aktualizacje produkowane są dla konkretnej rodziny serwerów i dotyczą korekt błędów wykrytych u innych klientów lub poprawiają funkcjonalność i wydajność serwerów.

Również wbrew twierdzeniom Odwołującego, analiza treści postanowień umowy TPM nie wyklucza, możliwości zgłaszania błędów w Oprogramowaniu, wykrytych przez podmiot posiadający status TPM. Przywołane wyżej oświadczenie IBM z dnia 4 marca 2020 r., nie potwierdza również istnienia takiego ograniczenia.

Odnosząc się do wywodów Odwołującego sugerujących, że z powodu wygaśnięcia z dniem 12 grudnia 2016 r. porozumienia Komisji Europejskiej z IBM Corp., w chwili obecnej firma IBM nie jest zobowiązana do zawierania umów TPM i świadczenia na rzecz podmiotów trzecich usług określonych w porozumieniu na określonych w nim warunkach, a umowy zawarte w okresie wcześniejszym (przed 12.12.2016) wygasły wraz z upływem ważności porozumienia z Komisją Europejską, co ma poddawać w wątpliwość możliwość zawarcia takiej umowy i zrealizowania zamówienia przez CCC, Zamawiający wskazał, że fakt wygaśnięcia rzeczzonego Porozumienia nie pozwala twierdzić, że dotychczasowa polityka IBM w tym zakresie uległa zmianie. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że zawarte z Komisją Europejską Porozumienie, wynikało z faktu stwierdzenia przez KE „problemów w zakresie konkurencji wskazanych na podstawie dochodzenia Komisji przeprowadzonego na rynku usług serwisowych dotyczących komputerów typu mainframe oraz systemów operacyjnych IBM. (...) Komisja zwróciła się do IBM ze wstępną oceną, w której sformułowała zarzut możliwego nadużycia przez IBM pozycji dominującej na rynku usług serwisowych w odniesieniu do produkowanych przez siebie komputerów typu mainframe(...). Komisja wstępnie stwierdziła, że IBM prawdopodobnie ma pozycję dominującą na rynku części potrzebnych do świadczenia usług serwisowych dotyczących komputerów IBM typu mainframe oraz że prawdopodobnie narzuciło swoim konkurentom na rynku usług serwisowych nieuzasadnione warunki dostawy niektórych części potrzebnych do serwisu komputerów IBM typu mainframe, przez co osłabiło pozycję konkurencyjną tych podmiotów. Komisja stwierdziła, że takie postępowanie może stanowić domniemaną odmowę świadczenia dostaw wobec konkurencyjnych dostawców usług serwisowych dotyczących komputerów typu mainframe, i tym samym może naruszać art. 102 TFUE.” Skutkiem ustaleń KE było zawarcie Porozumienia, w którym IBM Corp. zobowiązała się m.in. zapewniać przez pięć lat natychmiastową dostępność najważniejszych części zamiennych i informacji technicznych na uzasadnionych rynkowo i niedyskryminujących warunkach, a także umożliwić osobom trzecim egzekwowanie tych zobowiązań. W okolicznościach tej sprawy, nielogicznym byłoby przyjęcie, co sugeruje Odwołujący, że z powodu wygaśnięcia ww. porozumienia, IBM jest uprawnione do powrotu do polityki handlowej sprzed 2011 r., która skutkowałą negatywną reakcją Komisji. Powrót do stosowanej wówczas praktyki w zakresie usług serwisu, która została oceniona jako naruszająca art. 102 TFUE, prowadziłoby bowiem do ponownego zakwestionowania takich działań przez Komisję. Odwołujący powołuje się również wybiórczo na treść oświadczenia (stanowiące załącznik do

odwołania) IBM z dnia 11 marca 2020 r. w tym zakresie i celowo pomija fakt, że sama firma IBM wyraźnie wskazuje, że pomimo wygaśnięcia tego porozumienia i decyzji KE, IBM ma przygotowane procedury zapewniające TPM dostęp do części zamiennych i kodu maszynowego. Również fakt, że umowy takie są zawierane na okres jednego roku, nie może wpływać na ocenę wiarygodności wykonawcy CCC, bowiem jak Zamawiający wyjaśnił na wstępie, nie wymagał od wykonawcy posiadania takiej umowy w dniu złożenia oferty. Natomiast wycena świadczonych usług mogła zostać oparta, na estymacji tych kosztów w oparciu o dotychczas zawierane umowy w tym zakresie, także przez podwykonawców. Nie ma bowiem podstaw do przyjęcia, że podwykonawca, który dotychczas zawierał umowy TPM z firmą IBM, zostanie takiej możliwości pozbawiony, bądź że informacje o kwotach, pozyskane w ten sposób, są niewiarygodne.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, brak jest podstaw, do przyjęcia, że CCC nie będzie w stanie zrealizować usług zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jak również, że w składanych w toku postępowania wyjaśnieniach, wprowadzał Zamawiającego w błąd, a jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w swojej argumentacji w tym zakresie wybiórczo przywołuje postanowienia SIWZ oraz treść oświadczeń IBM, opierając swoją argumentację na hipotetycznych założeniach i informacjach, które nie znajdują potwierdzenia w załączonych dowodach. Nie można również uznać ani na podstawie treści oferty CCC i przedłożonych w toku postępowania wyjaśnień, oraz zarzutów odwołania, że świadczenie usług przez wykonawcę CCC jest z przyczyn obiektywnych niemożliwe, gdyż sprzeciwia się temu obowiązująca norma prawna. Zarówno przytaczane przez Odwołującego fragmenty umowy TPM, stanowisko Komisji Europejskiej, jak załączone przez niego oświadczenia IBM wskazują, że jest obiektywnie możliwe uzyskanie na podstawie stosownej umowy legalnego dostępu do poprawek i aktualizacji Oprogramowania oraz że firma IBM nie ogranicza tego dostępu podmiotom trzecim. Ponadto, z żadnego postanowienia SIWZ, nie można wywieść wymagania posiadania takich umów na już etapie składania oferty.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, do stwierdzenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest wykazanie łącznego wystąpienia następujących przesłanek: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przepis ten wymaga, aby zniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na eliminację innych przedsiębiorców. Ustawodawca za nieuczciwą uznał tylko taką sprzedaż poniżej kosztów własnych, która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości

warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Natomiast Odwołujący nie udowodnił w jakikolwiek sposób, aby oferta CCC w zakresie zaoferowania ceny stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji. Uzasadnienie podniesione przez Odwołującego zarzutu ogranicza się jedynie do stawiania hipotetycznych założeń, które nie mają oparcia ani w postanowieniach SIWZ, ani w załączonych dowodach. Odwołujący oparł swój zarzut na hipotezach, co do różnych, możliwych do zaistnienia przypadków, nie konkretyzując w czym dokładnie jego zdaniem przejawia się naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał również, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie możliwości realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. Jak bowiem wskazano powyżej, w świetle informacji dotyczących sposobu udzielania dostępu do poprawek i aktualizacji Oprogramowania, oraz zasad naprawy Incydentów opisanych w umowie, brak jest podstaw do stwierdzenia na tym etapie, że Konsorcjum nie będzie w stanie zrealizować zamówienia bądź dopuści się naruszenia praw Producenta.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących nieprawidłowej kalkulacji ceny, Zamawiający stwierdził, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie. Podkreślił, że przeprowadził szczegółową procedurę weryfikacji sposobu kalkulacji ceny i w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy CCC z dnia 9 grudnia 2019 r., z dnia 8 stycznia 2020 r. i z dnia 24 stycznia 2020 r., nie stwierdził podstaw do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że CCC, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawiło szczegółową kalkulację kwot związanych ze świadczeniem usług, w tym w zakresie części zamiennych oraz dostępu do aktualizacji Oprogramowania. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych rzeczowych argumentów pozwalających podważyć skalkulowaną przez wykonawcę CCC cenę. Wyjaśnił, że wezwał również w dniu 21 stycznia 2020 r. wykonawcę CCC do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art 87 ust.1, a wykonawca udzielił wyjaśnień w dniu 24 stycznia 2020 r., odnosząc się m.in. do sposobu zapewnienia legalnego dostępu do poprawek i aktualizacji Oprogramowania. Odwołujący otrzymał te wyjaśnienia (z poszanowaniem tajemnicy przedsiębiorstwa uznanej przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżoną) w dniu 3 marca 2020 r.

Przystępujący w piśmie z dnia 16 marca 2020r. wniósł o odrzucenie odwołania ze względu na uchybienie wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp terminu do jego wniesienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego odnośnie uchybienia terminowi do wniesienia odwołania. Wyjaśnić należy, że zgodnie z informacją przekazaną od Zamawiającego poinformował on wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 4 marca 2020 r. Odwołanie zostało wniesione do Izby w dniu 16 marca 2020r., a zatem z zachowaniem ustawowego terminu.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, A. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COMTEC A. J. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej i CPU Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba w składzie orzekającym ustaliła, że zarzuty odwołania oparte zostały na przyjęciu przez Odwołującego, że skoro serwis serwerów mainframe produkcji firmy IBM realizowany jest przez sieć serwisową Producenta, czy to działającego poprzez sieć autoryzowanych wykonawców lub też przez własne spółki i oddziały, a ani Przystępujący, ani jego Podwykonawca nie znajdują się na liście podmiotów posiadających autoryzację serwisową, która jest publikowana i dostępna na stronach internetowych IBM, to Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd twierdząc, że zrealizuje przedmiot zamówienia w sposób i terminach określonych we wzorze umowy oraz w załączniku nr 2 do SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący, powołując się dodatkowo na Porozumienie zawarte pomiędzy IBM Corporation a Komisją Europejską z dnia 21 października 2011r. i wskazując, że porozumienie to wygasło 12 grudnia 2016 r. kwestionował możliwość uzyskania statusu TPM przez Przystępującego lub jego Podwykonawcę. Ponadto Odwołujący twierdził, że brak posiadania autoryzacji serwisowej Producenta, zarówno przez CCC jak i jego Podwykonawcę uniemożliwiło Przystępującemu prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Izba jako dowód dopuściła złożoną na rozprawie przez Przystępującego:

Sygn. akt KIO 533/20

1. umową zawartą w dniu 18 grudnia 2018 r. pomiędzy Zamawiającym a IBM, na dostawę serwerów z14 (dowód nr 1),
2. umowę TPM zawartą pomiędzy Podwykonawcą a IBM podpisaną 7 kwietnia 2020r. (dowód nr 2) – dowód objęty tajemnicą Przedsiębiorstwa.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania, na wstępie przypomnienia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a na Odwołującym zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego spoczywa ciężar udowodnienia podnoszonych przez siebie zarzutów. Brak natomiast przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: "w postępowaniu odwoławczym przed KIO 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. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego".

Uwzględniając powyższą zasadę obowiązującą w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wskazać należy, że Odwołujący stawiając zarzut dotyczący wprowadzenia Zamawiającego w błąd winien był wykazać, że tylko autoryzacja serwisowa IBM umożliwia realizację przedmiotu zamówienia lub że obecnie nie jest możliwe zawarcie umowy TPM, co skutkuje natomiast, że Przystępujący nie jest w stanie zrealizować – wbrew złożonemu w postępowaniu oświadczeniu – zamówienia w sposób wymagany w SIWZ.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że Przystępujący nie będzie w stanie zrealizować usług zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Podkreślić należy, że Przystępujący na podstawie przedłożonego na rozprawie dowodu nr 2 wykazał, że wbrew stanowisku Odwołującego obecnie możliwe jest zawarcie umowy z IBM i uzyskanie statusu TPM, co umożliwi temu wykonawcy realizację przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Ponadto jak wynika z przedłożonego przez Przystępującego dowodu nr 1 (pkt 3.6.2. umowy) serwis pogwarancyjny, w tym uzyskanie legalnego dostępu do poprawek i aktualizacji oprogramowania możliwe jest bez udziału Producenta sprzętu tj. IBM Corporation jak również IBM Polska sp. o.o. Podkreślić również należy, że pomimo twierdzeniem zawartym w odwołaniu, Odwołujący nie zdołał wykazać także, że umowy TPM wykluczają świadczenie usług w reżimach czasowych określonych przez Zamawiającego. Natomiast jak wskazywał Zamawiający czas dostępu do aktualizacji kodów maszyn w tym pilnych poprawek

wynikający z umowy TPM nie wyklucza możliwości realizacji usługi serwisowej we wskazanych w załączniku nr 2 do SIWZ reżimach czasowych.

Odwołujący nie udowodnił także, że tylko autoryzowany wykonawca może zrealizować zamówienie bez naruszenia praw Producenta Serwerów, bowiem jak wynika z pisma IBM z 4 marca 2020r. „autoryzacja serwisowa IBM nie upoważnia do pobierania Mikrokodów”. Ponadto jak wynika, z powyższego pisma IBM podstawą do dostępu do aktualizacji Oprogramowania jest odpowiednia umowa z IBM United Kingdom Limited oraz lokalny dokument transakcyjny (LTD) podpisany przez TPM z oddziałem IBM w kraju, w którym będzie składał zamówienie. Jednakże z uwagi na fakt, że zgodnie z SIWZ Zamawiający nie wymagał posiadania tych dokumentów w momencie składania oferty, brak było podstaw do żądania ich przedłożenia przez Przystępującego.

Reasumując Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Przystępujący wykazał, że jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie ze złożonym w ofercie oświadczeniem, a tym samym nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co skutkowałoby koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, wskazać należy, że na podstawie powyższego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Skład orzekający stwierdził, że na podstawie treści oferty Przystępującego i złożonych przez niego w toku postępowania wyjaśnień, nie wynika, że świadczenie przez niego usług będzie niemożliwe, gdyż sprzeciwia się temu norma prawna. W konsekwencji skład orzekający uznał powyższy zarzut za niezasadny.

Skład orzekający za niezasadne uznał także zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Skład orzekający ustalił, że jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający przeprowadził procedurę weryfikacji sposobu kalkulacji ceny i w oparciu o wyjaśnienia nie stwierdził podstaw do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp. Przystępujący w udzielonych wyjaśnieniach przedstawił szczegółową kalkulację kwot związanych ze świadczeniem usług, w tym w zakresie części zamiennych oraz dostępu do aktualizacji Oprogramowania. Izba w składzie orzekającym stwierdziła natomiast, że Odwołujący nie zdołał podważyć realności zaoferowanej przez Przystępującego ceny w jakikolwiek sposób. Odwołujący nie podjął żadnej polemiki w tym zakresie stwierdzając jedynie, że brak posiadania autoryzacji serwisowej Producenta, zarówno przez wykonawcę CCC, jak i jego podwykonawców, uniemożliwiało prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Brak natomiast uznania ceny za rażąco niską oznacza, iż

złożenie oferty nie stanowi w tym zakresie czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym Zamawiający nie naruszył w postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Skład orzekający za bezzasadne uznał też zarzuty dotyczące naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i treści oferty tego wykonawcy. Wskazać należy bowiem, że jak wyżej wskazano, Zamawiający prowadził procedurę wyjaśnienia ceny ofert na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, a ponadto w dniu 21 stycznia 2020 r. wykonawcę CCC do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1, a wykonawca udzielił wyjaśnień w dniu 24 stycznia 2020 r., odnosząc się m.in. do sposobu zapewnienia legalnego dostępu do poprawek i aktualizacji Oprogramowania. Tym samym zarzuty powyższe nie zasługiwały na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....