

WYROK

z dnia 26 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2018 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Comparex Poland sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz CPU SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Ministerstwu Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz CPU SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. Kosztami postępowania obciążyć Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie i:

Sygn. akt KIO 2316/18

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Comparex Poland sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Ministerstwa Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 18 617 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Opieka serwisowa Mainframe i bibliotek taśmowych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 123-279881 w dniu 29 czerwca 2018 r.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający w dniu 31 października 2018r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz CPU SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”).

W dniu 9 listopada 2018 r. wykonawca Comparex Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta obejmowała rażąco niską cenę;

2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niezgodność jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);

3) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez uznanie oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo zaistnienia podstaw do jej odrzucenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty Konsorcjum, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum i wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust.2 ustawy Pzp wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest serwis serwerów Mainframe oraz bibliotek taśmowych Zamawiającego oraz, że Zamawiający wielokrotnie wzywał Konsorcjum do wyjaśnień w obszarze kalkulacji ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że § 3 ust. 18 wzoru umowy na realizację przedmiotu zamówienia obejmuje następujące świadczenie: „Wykonawca dostarczy wszelkie części zamienne i materiały do naprawy sprzętu, które są niezbędne do jego utrzymania w należytym stanie technicznym oraz mikrokody (oprogramowanie układowe), które są dostępne i zalecanych przez producenta sprzętu.”.

Wskazał, że z pisma IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 20 września 2018 r. Zamawiający pozyskał informację, iż jedynym źródłem zaopatrzenia wykonawcy w mikrokody urządzeń będących przedmiotem zamówienia jest producent urządzeń (tj. IBM) reprezentowany przez IBM Polska Sp. z o.o., a udostępnienie mikrokodów następuje wyłącznie:

- 1) w ramach gwarancji, lub
- 2) umowy serwisowej (tj. umowy powierzającej IBM świadczenie usług serwisowych urządzeń w charakterze podwykonawcy), lub
- 3) specjalnej umowy na aktualizację kodu maszynowego (umowa SBA) którą z IBM może zawrzeć wyłącznie użytkownik urządzeń czyli Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że urządzenia objęte przedmiotem zamówienia nie są aktualnie objęte gwarancją producenta, zatem Konsorcjum nie może polegać na darmowym dostępie do mikrokodów jaki przysługuje Zamawiającemu w ramach gwarancji. Ponadto zgodnie z treścią oferty oraz wyjaśnień Konsorcjum z dnia 3 września 2018 r., 17 września 2018r. i 29 października 2018 r. Konsorcjum zamierza realizować serwis urządzeń samodzielnie co wyklucza możliwość posłużenia się IBM jako podwykonawcą. Jednocześnie wartość wynagrodzenia IBM Polska sp. z o.o. za sprawowanie takiego serwisu dla bibliotek taśmowych objętych zamówieniem wynosi 939.901,56 zł (1.156.078,91 zł brutto). Podkreślił ponadto, iż według jego wiedzy Zamawiający nie zawarł z IBM umowy SBA jak również zawarcie takiej umowy nie leży w obowiązkach Zamawiającego wynikających ze wzoru umowy zawartego w SIWZ. Wobec powyższego wyłącznym źródłem zaopatrzenia Konsorcjum w mikrokody dla bibliotek taśmowych jest IBM Polska Sp. z o.o. co wiąże się z koniecznością uwzględnienia w kalkulacji oferty Konsorcjum wynagrodzenia IBM Polska Sp. z o.o. w kwocie 1.156.078,91 zł brutto.

W ocenie Odwołującego w postępowaniu Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ Konsorcjum składając wyjaśnienia w sprawie elementów kalkulacji ceny oferty nie udowodniło realności zaopatrzenia Konsorcjum w mikrokody dla bibliotek taśmowych oraz nie wskazało wartości zakupu mikrokodów dla bibliotek taśmowych pozostając przy ogólnych zapewnieniach Zamawiającego o objęciu ceną oferty mikrokodów - a tym samym Konsorcjum nie wywiązało się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu w tym zakresie. Odwołujący podkreślił, że wykonawca ten w pkt III.2 wyjaśnień z dnia 12 września 2018 r. wyjaśnił, iż koszt mikrokodów zawiera się w kosztach części zamiennych, co oznacza, iż koszty te nie zostały w

wyjaśnieniach skonkretyzowane co do kwot i co oczywiste Konsorcjum nie przeprowadziło dowodu na okoliczność realności wartości pozycji kosztowej części zamiennej obejmującej części zamienne oraz serwis producenta. Odwołujący wskazał, że kwestia kosztu mikro kodów nie została wyjaśniona w wyjaśnieniach Konsorcjum z dnia 3 września 2018 r. skoro Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o wyjaśnienia w kwestii mikro kodów w dniu 12 września 2018 r. Zatem Zamawiający był obowiązany uznać niedostateczną jakość wyjaśnień Konsorcjum w dniu otrzymania wyjaśnień Konsorcjum z dnia 3 września 2018r. i odstąpić od kierowania do Konsorcjum dalszych wezwań. Tym samym Konsorcjum nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny jakie ukształtowało się w wyniku skierowania do Konsorcjum pierwszego wezwania z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Zamawiającego do dorzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) w zw. z art. 90 ust. 2 ww. ustawy.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający winien dokonać oceny wyjaśnień Konsorcjum w kontekście informacji zawartych w pismach IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 20 września 2018r., a także pisma Odwołującego z dnia 6 września 2018r. i dołączonych do niego pism IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 29 sierpnia 2018 r. na okoliczność konieczności uwzględnienia kosztów zakupu mikro kodów. Zdaniem Odwołującego przyjęta przez Konsorcjum metoda kalkulacji ceny oferty:

- nie obejmuje w ogóle kosztu pozyskania mikro kodów,
- podana w wyjaśnieniach Konsorcjum wartość części zamiennych nie pozwala na pokrycie kosztu zakupu wsparcia IBM Polska Sp. z o.o. w kwocie 1.156.078,91 zł brutto,
- koszt zakupu wsparcia IBM Polska Sp. z o.o. w kwocie 1.156.078,91 zł brutto powiększony o wartość kosztów kalkulacyjnych oferty Konsorcjum wyspecyfikowanych w wyjaśnieniach Konsorcjum (choćby pracy specjalistów Konsorcjum) przekracza wartość oferty Konsorcjum w kwocie 1.359.027 zł brutto.

W opinii Odwołującego powyższe okoliczności obligowały Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący z ostrożności podniósł, iż treść wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ nie ogranicza się do mikro kodów opublikowanych po dacie zawarcia umowy jak również nie wiąże obowiązku zmiany mikro kodu urządzenia jedynie z wystąpieniem awarii urządzenia.

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, powołał się na treść § 3 ust. 18 wzoru umowy i wskazał, iż przepis ten ustanawia obowiązek zapewnienia przez wykonawcę wszystkich mikro kodów, które są dostępne i zalecane przez producenta sprzętu bez względu na datę wydania. Ponadto wskutek uznania przez producenta zaistnienia wad nowo wydanej wersji mikro kodu producent może zalecić zastosowanie poprzedniej wersji mikro kodu. Jednocześnie wskazał, że § 3 ust.21 wzoru umowy przewiduje

obowiązek przeprowadzenia przez wykonawcę procedury powrotu do poprzedniej wersji mikrokodu, czyli wydanej przed datą zawarcia umowy na realizację przedmiotu zamówienia. Obecnie w bibliotekach taśmowych zainstalowane są wersje mikrokodów wydane przed datą zawarcia umowy na realizację przedmiotu zamówienia (które oczywiście jeszcze nie nastąpiła) co powoduje, iż w sytuacji opisanej w § 3 ust. 21 wzoru umowy Konsorcjum w ramach powyższej procedury będzie obowiązane do zainstalowania wersji mikrokodów wydanych przed datą zawarcia umowy. Tymczasem Konsorcjum w wyjaśnieniach z dnia 17 września 2018 r. (pkt III.4) oświadczyło, że „złożona oferta nie zapewnia dostarczenia jakichkolwiek mikrokodów, które zostały wydane (udostępnione) przez producenta przed wejście w życie umowy.”.

Powyższe według Odwołującego oznacza, iż treść oferty Konsorcjum jest sprzeczna z treścią wzoru umowy jako elementu SIWZ. Konsorcjum nie zapewnia bowiem dokonania aktualizacji mikrokodów bibliotek taśmowych do najbardziej aktualnych zalecanych przez producenta. Co więcej z treści oświadczenia Konsorcjum z dnia 17 września 2018r. wynika, iż oferta nie obejmuje aktualizacji mikrokodów bibliotek do ich aktualnych wersji.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że wobec wykazanych wyżej podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum uznanie przez Zamawiającego jego oferty za najkorzystniejszą stanowiło naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 listopada 2018 r. wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu odniósł się do wyjaśnień Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny, które objęte zostały przez nie tajemnicą przedsiębiorstwa i wskazał, że po kompleksowej analizie i weryfikacji złożonych dokumentów w przedmiotowym zakresie doszedł do przekonania, że oferta złożona przez Konsorcjum, nie zawiera rażąco niskiej ceny co do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający wskazał, że Przystępujący bezsprzecznie udowodnił, iż cena zaproponowana przez niego nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczyły wskazania kosztotwórczych obszarów. W ocenie Zamawiającego w pełni obejmowały wszelkie aspekty, które winny zostać objęte świadczeniem w ramach umowy,

Odnosząc się kolejno do argumentacji, w jego ocenie błędnie zakwalifikowanej przez Odwołującego do obszaru rażąco niskiej ceny, a dotyczącej ewentualnego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż treść oferty złożonej przez Konsorcjum nie odpowiada treści SIWZ w zakresie dotyczącym braku możliwości realizacji przez wykonawcę obowiązku zawartego w § 3 ust. 18 wzoru umowy, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący błędnie poczytuje za wymaganie Zamawiającego, a tym samym obowiązek wykonawcy, dokonywania bieżącej aktualizacji oprogramowania sprzętu i dostarczenie mikrokodów w ramach realizacji

przedmiotu umowy. Przytoczony § 3 ust. 18 wzoru umowy zdaniem Zamawiającego nie może być interpretowany w oderwaniu od innych postanowień umownych, w szczególności w oderwaniu od § 3 ust. 21. Zamawiający podkreślił, iż wykładnia umów wymaga nie tylko badania jednego, konkretnego zapisu, ale analizy całości umowy. Wskazane jest bowiem przyjmowanie takiego sensu oświadczenia woli, które uwzględnia logikę całego tekstu. Nadto istotnego znaczenia nabierają wcześniejsze i późniejsze oświadczenia oraz zachowania, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (tak: wvr. SA w Katowicach z 22 listopada 2013 r., V ACa 481/13, Legalis). Zgodnie z ust. 21 jeżeli w trakcie realizacji umowy tj. świadcząc usługi serwisu polegające na naprawie lub wymianie wszystkich uszkodzonych lub nieprawidłowo działających elementów w sprzęcie wykonawca stwierdzi, iż zachodzi konieczność zmiany oprogramowania sprzętu, to dopiero w takiej sytuacji zobowiązany będzie on do dostarczenia mikrokodów.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 6 września 2018 r. Odwołujący przesłał do Zamawiającego pismo, wskazujące w jego ocenie na brak możliwości prawidłowego spełnienia świadczeń serwisowych opisanych w opisie przedmiotu zamówienia w obszarze dostępności i dysponowania przez Konsorcjum mikrokodami. W związku z powyższym w dniu 13 września 2018 r. Zamawiający działając zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zażądał od Konsorcjum wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W dniu 17 września 2018 r. w przesłanych przez Konsorcjum wyjaśnieniach wskazano iż „złożona oferta zapewnia mikrokody (wraz z uzyskaniem uprawnień do ich instalacji) w tym znaczeniu, że mikrokody zostaną pozyskane i zainstalowane albo zainstalowane przez Konsorcjum CUD-CPU sytuacjach określonych umową. Wykonawca zapewni mikrokody jeżeli ich instalacja będzie konieczna i niezbędna dla usunięcia awarii serwisowanych urządzeń. Koszty tak pojętych wymian mikrokodów są uwzględnione w cenach części.”

Zamawiający stwierdził, iż uzasadnienie Odwołującego w obszarze zarzutu rażąco niskiej ceny i braku zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem zamówienia opiera się na błędnym założeniu, iż jedynie podmiot posiadający autoryzację bądź bezpośrednio współpracujący z producentem sprzętu może świadczyć usługę stanowiącą przedmiot zamówienia. Zapisy determinujące udział producenta w realizacji zamówienia zostały usunięte z SIWZ jako ograniczające konkurencję oraz wprost naruszające art. 29 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 16 lipca 2018 r. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący powołując się w uzasadnieniu na pismo IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 20 września 2018 r. i podkreślając, iż „jedynym źródłem zaopatrzenia wykonawcy w mikrokody urządzeń będących przedmiotem zamówienia jest producent urządzeń (tj. IBM)” oraz, że „wyłącznym źródłem zaopatrzenia Konsorcjum w mikrokody dla bibliotek taśmowych jest IBM Polska Sp. z o.o.” zdaje się zaś pomijać informację zawartą w ww. piśmie, zgodnie z którą aktualizację mikrokodu do urządzeń IBM można nabyć

również od niezależnych dostawców usług serwisowych, którzy zawarli z IBM umowy o nabycie części zamiennych i aktualizacji kodu maszynowego.

Argumentacja Odwołującego zawarta w treści uzasadnienia zdaniem Zamawiającego prowadzi do wniosku, iż Odwołujący całkowicie pomija wpływ zmian dokonanych w treści umowy wskutek uwzględnienia odwołania Konsorcjum na realizację przedmiotu zamówienia, a więc odnosi je do nieaktualnych na dzień składania ofert obowiązków wykonawcy.

Według Zamawiającego, Odwołujący błędnie podnosi, że wartość części zamiennych przyjęta przez Konsorcjum dla prawidłowej wyceny oferty, nie pozwala na realizację zamówienia. Argumentację w tym zakresie opiera na oświadczeniu IBM Polska Sp. z o.o. z treści którego wynika, iż koszty zakupu wsparcia producenta urządzeń (IBM Polska Sp. z o.o.) są znacznie wyższe. Taka argumentacja nie znajduje uzasadnienia w treści SIWZ, gdyż wymagania w stosunku do wykonawcy nie nakładają na niego obowiązku bezpośredniej współpracy z producentem sprzętu i opierają się w głównej mierze na wiedzy i doświadczeniu personelu wykonawcy. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z ogólnodostępną informacją w odniesieniu do sprzętu będącego w posiadaniu Zamawiającego, a co do którego Zamawiający oczekuje świadczenia usługi zgodnie z treścią SIWZ, producent z końcem 2016r. zaprzestał jego sprzedaży a z końcem 2017 r. zaprzestał udostępniać oprogramowanie wewnątrz (mikrokod) do tego sprzętu. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie wymaga od wykonawcy bieżącej aktualizacji mikrokodu.

Zamawiający zauważył ponadto, iż uwzględniając odwołanie Konsorcjum z dnia 9 lipca 2018 r. oraz zmieniając treść SIWZ Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do sposobu świadczenia usługi. Zamawiający bowiem dokonując zmiany treści SIWZ polegającej na:

- 1) usunięciu postanowień § 3 ust. 25 i 26 Wzoru umowy w brzmieniu jak poniżej:
25. *„Wykonawca wykona aktualizację mikrokodów oprogramowania sprzętu nie rzadziej niż raz na 90 dni kalendarzowych do wersji uzgodnionej z Zamawiającym”,*
26. *„Harmonogram wykonania wszystkich aktualizacji oprogramowania sprzętu zostanie uzgodniony z Zamawiającym w terminie do 30 dni kalendarzowych przed przystąpieniem do ww. prac.”.*
- 2) zmianę treści Załącznika nr 2 do umowy – „Raport z diagnostyki” poprzez usunięcie zaleceń dotyczących aktualizacji mikrokodów (obowiązująca wersja Raportu z diagnostyki znajduje się w wersji ujednoliconej wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 16 lipca 2018 r. – „Wyjaśnienia oraz zmiana treści SIWZ nr 1 z dnia 16.07.2018 r.”;
- 3) zmianę treści SI WZ dotyczącą postanowień wzoru umowy, zawartych przez zmianą w § 3 ust. 23 i 27 Wzoru umowy, po zmianie w ust. 21 wzoru umowy, w brzmieniu jak poniżej:

21. *„Jeżeli w trakcie realizacji umowy Wykonawca stwierdzi konieczność zmiany oprogramowania sprzętu (w tym wewnętrznego oprogramowania i mikrokodów), za realizację tej zmiany będzie odpowiedzialny Wykonawca. Usługa musi być świadczona sposobem nienaruszający praw autorskich producenta mikrokodów oprogramowania sprzętu. W przypadku wystąpienia problemów ze sprzętem, wynikających z przeprowadzonej aktualizacji mikrokodów oprogramowania sprzętem Wykonawca niezwłocznie wykona powrót do poprzednich wersji i zapewni rozwiązanie problemów przed ponownym przystąpieniem do wykonania aktualizacji. Harmonogram wykonania wszystkich aktualizacji mikrokodów oprogramowania sprzętu zostanie uzgodniony z Zamawiającym w terminie do 30 dni kalendarzowych przed przystąpieniem do ww. prac, a wykonanie aktualizacji nastąpi po uzyskaniu akceptacji Zamawiającego.”.*

Powyższa zmiana wskazuje, iż zamiarem Zamawiającego jest aby to Wykonawca stwierdzał, czy jest konieczna aktualizacja oprogramowania sprzętu w związku z realizacją usług serwisu będących przedmiotem umowy.

Zamawiający wskazuje, że argumenty podniesione w odwołaniu opierają się na błędnym przekonaniu Odwołującego, że realizacja przedmiotu umowy bez udziału firmy IBM nie jest możliwa, nie jest realna. Zamawiający wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wymagał zakupu wsparcia u producenta sprzętu. Wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami i wymaganiami zawartymi w SIWZ, w tym pozyskania mikrokodów jedynie w przypadkach określonych umową. Tym samym to Wykonawca będzie w myśl § 3 ust. 21 samodzielnie decydował o konieczności aktualizacji mikrokodów. Tym samym źródło ich pozyskania pozostaje w gestii wykonawcy. Podkreślił, iż z treści pisma z 20 września 2018 r., na które wskazuje sam Odwołujący, IBM Polska Sp. z o.o. wskazało, że w przypadku konieczności nabycia aktualizacji mikro kodu może odbyć się to nie tylko przez nabycie usługi serwisowej bezpośrednio od IBM Polska Sp. z o.o. ale również od niezależnych dostawców usług serwisowych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zauważył, że Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu po raz kolejny powołuje się na § 3 ust. 18 wzoru umowy. Zamawiający ponownie podkreślił, iż nie wymaga, jak twierdzi Odwołujący, zapewnienia przez wykonawcę wszystkich mikro kodów, które są dostępne i zalecane przez producenta.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 21 listopada 2018 r. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając złożony wniosek wskazał, iż w toku postępowania w dniu 9 lipca 2018 r. złożył on odwołanie dotyczące zapisów wzoru umowy załączonego do SIWZ, wnosząc o:

1) dokonanie modyfikacji postanowień wzoru umowy stanowiącego część SIWZ w taki sposób by uchylony został faktyczny nakaz uczestniczenia koncernu IBM w realizacji zamówienia,

2) usunięcie postanowień § 3 pkt 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29 Wzoru umowy stanowiącego część SIWZ,

3) dokonanie modyfikacji postanowień § 3 ust. 7, 9, 23 (ewentualnie) i 28 Wzoru umowy stanowiącego część SIWZ”.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający w dniu 13 lipca 2018 r. uwzględnił odwołanie w całości, a obecny Odwołujący i IBM Polska nie złożyli sprzeciwu, w konsekwencji czego Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 24 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1338/18 umorzyła postępowanie.

Przystępujący stwierdził więc, że dla oceny treści wzoru umowy będącego częścią SIWZ w niniejszym postępowaniu należy przyjąć, że Zamawiający zgodnie z treścią żądania wyrażonego w odwołaniu i na skutek uwzględnienia tego odwołania uchylił jakiegokolwiek zobowiązania do uczestnictwa koncernu IBM w realizacji zamówienia. Dlatego wszelkie wątpliwości co do zapisów umowy muszą zatem być interpretowane w taki sposób, iż Zamawiający nie wymaga udziału IBM w realizacji zamówienia.

Tymczasem, jak wskazał Przystępujący, wszystkie zarzuty odwołania sprowadzają się do braku zapewnienia przez Przystępującego udziału IBM w realizacji zamówienia. Zarzuty te dotyczą więc czynności (wybór najkorzystniejszej oferty) , którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, dlatego też odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie ww. przepisu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania 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 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego co do istnienia przesłanek odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie odwołania dotyczącego czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dostrzec należy, że czynnością do wykonania której Zamawiający

został zobligowany wskutek uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1338/18 był obowiązkiem modyfikacji treści SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu. Przedmiotowe odwołanie dotyczy natomiast wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli nowej czynności w postępowaniu. Wskazać należy, że wybór najkorzystniejszej oferty oraz nowe okoliczności faktyczne i prawne nie były objęte zakresem poprzedniego odwołania, uwzględnionego przez Zamawiającego. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie wskazanego przez Przystępującego przepisu.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy 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 i CPU SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Wskazać należy, że kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było ustalenie, czy wykonawcy byli zobligowani na mocy postanowień wzoru umowy do dokonywania aktualizacji oprogramowania sprzętu i dostarczania mikrokodów w ramach realizacji zamówienia.

Zgodnie z § 3 ust. 17 wzoru umowy podczas realizacji usługi serwisu, jeżeli będzie to konieczne to po uzyskaniu zgody Zamawiającego, wykonawca dokona instalacji dostępnych i zalecanych w danym czasie ulepszeń technicznych sprzętu w celu zapewnienia jego poprawnego działania lub podwyższenia jego wydajności. Wykonawca zainstaluje także uaktualnienia wewnętrznego oprogramowania sprzętu. Stosownie do § 3 ust. 18 wzoru umowy, wykonawca dostarczy wszelkie części zamienne i materiały do naprawy sprzętu, które są niezbędne do jego utrzymania w należyтым stanie technicznym oraz mikrokody (oprogramowanie układowe), które są dostępne i zalecanych przez producenta sprzętu. Natomiast zgodnie z ust. 21 ww. § 3 wzoru umowy, jeżeli w trakcie realizacji umowy wykonawca stwierdzi konieczność zmiany oprogramowania sprzętu (w tym wewnętrznego

oprogramowania i mikrokodów), za realizację tej zmiany będzie odpowiedzialny wykonawca. Usługa musi być świadczona w sposób nienaruszający praw autorskich producenta mikrokodów oprogramowania sprzętu. W przypadku wystąpienia problemów ze sprzętem, wynikających z przeprowadzonej aktualizacji mikrokodów oprogramowania sprzętu wykonawca niezwłocznie wykona powrót do poprzednich wersji i zapewni rozwiązanie problemów przed ponownym przystąpieniem do wykonania aktualizacji. Harmonogram wykonania wszystkich aktualizacji mikrokodów oprogramowania sprzętu zostanie uzgodniony z Zamawiającym w terminie do 30 dni kalendarzowych przed przystąpieniem do ww. prac, a wykonanie aktualizacji nastąpi po uzyskaniu akceptacji Zamawiającego.

Wskazać należy, że Zamawiający pismem z dnia 12 września 2018 r. zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał: *„zgodnie z § 3 ust. 18 Wzoru Umowy Wykonawca ma dostarczyć wszelkie części zamienne i materiały do naprawy sprzętu, które są niezbędne do jego utrzymania w należyтым stanie technicznym oraz mikrokody (oprogramowanie układowe), które są dostępne i zalecane przez producenta sprzętu. W związku z powyższym Zamawiający żąda wyjaśnień czy złożona oferta zapewnia Zamawiającemu prawa do aktualizacji mikrokodów dostępnych i zalecanych przez producenta, które zostaną opublikowane w okresie obowiązywania Umowy.”*

W odpowiedzi z dnia 17 września 2018 r., Przystępujący poinformował: *„Odnosząc się bezpośrednio do zadanego pytania wyjaśniam:*

- 1. § 3 ust. 18 Wzoru Umowy brzmi: „Wykonawca dostarczy wszelkie części zamienne i materiały do naprawy sprzętu, które są niezbędne do jego utrzymania w należyтым stanie technicznym oraz mikrokody (oprogramowanie układowe), które są dostępne i zalecane przez producenta sprzętu.” Wzór Umowy nakłada zatem na Wykonawcę obowiązek dostarczenia Zamawiającemu mikrokodów, które są dostępne” - tzn. zostały udostępnione przez producenta. Nie nakłada jednak na Wykonawcę obowiązku nabywania licencji (uzyskiwania praw) na te mikrokody. Żaden punkt wzoru umowy nie nakłada na wykonawcę takiego obowiązku, a wszystkie punkty, które mogły by w sposób jawny lub domniemany taki obowiązek na wykonawcę nałożyć zostały w wyniku uwzględnienia odwołania wykreślone.*
- 2. Złożona oferta zapewnia mikrokody (wraz z uzyskaniem uprawnień do ich instalacji) w tym znaczeniu, że mikrokody zostaną pozyskane i zainstalowane albo zainstalowane przez Konsorcjum CUD-CPU w sytuacjach określonych umową. Wykonawca zapewni mikrokody jeżeli ich instalacja będzie konieczna i niezbędna dla usunięcia awarii serwisowanych urządzeń. Koszty tak pojętych wymian mikrokodu są uwzględnione w cenach części.*

3. *Złożona oferta nie zapewnia aktualizacji mikrokodów w rozumieniu „wykonanie modyfikacji programu” modyfikacje takie może wykonać dysponent praw autorskich lub osoba przez niego wskazana.*

4. *Złożona oferta nie zapewnia dostarczenia jakichkolwiek mikrokodów, które zostały wydane (udostępnione) przez producenta przed wejściem w życie umowy. Taki wymóg istniał w pierwotnej wersji wzoru umowy jednakże został wykreślony przez Zamawiającego w wyniku uznania odwołania.*

Skład orzekający uwzględniając powyższe ustalenia, jak również stanowiska stron prezentowane na rozprawie, dowody złożone przez Odwołującego oraz dokumentację postępowania uznał, iż obowiązkiem wykonawców było zapewnienie Zamawiającemu mikrokodów, które są dostępne i zalecane przez producenta. Takie oczekiwanie Zamawiającego wynika wprost z treści żądania wyjaśnień od Przystępującego, cyt. *„czy złożona oferta zapewnia Zamawiającemu prawa do aktualizacji mikrokodów dostępnych i zalecanych przez producenta”*.

Zgodnie bowiem z wymogiem zawartym w § 3 ust. 18 wzoru umowy, wykonawcy zobowiązani zostali do dostarczenia Zamawiającemu „dostępnych” mikrokodów. Skład orzekający podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający przy tak sformułowanym wymogu nie ograniczył obowiązku wykonawców do dostarczenia mu mikrokodów, tylko do tych które zostały wydane po zawarciu umowy, ale oczekiwał dostarczenia również mikrokodów wydanych przed zawarciem umowy. Wykonawca miał bowiem obowiązek dostarczenia mikrokodów, które zostały udostępnione przez producenta oprogramowania i które są dostępne. Odwołujący wykazał w postępowaniu, iż obecnie dostępne są aktualne zalecane przez producenta mikrokody, które wobec wyraźnego brzmienia ust. 18 winny zostać Zamawiającemu dostarczone, a tym samym oświadczenie Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 17 września 2018 r., iż *„złożona oferta nie zapewnia dostarczenia jakichkolwiek mikrokodów, które zostały wydane (udostępnione) przez producenta przed wejściem w życie umowy”* powoduje, że złożona przez niego oferta jest niezgodna z treścią § 3 ust. 18 wzoru umowy i w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko składu orzekającego o obowiązku zapewnienia Zamawiającemu aktualizacji mikrokodów znajduje również potwierdzenie w § 3 ust. 17 wzoru umowy, zgodnie z którym jeżeli podczas realizacji usługi serwisu, jeżeli będzie to konieczne, po uzyskaniu zgody Zamawiającego wykonawca dokona instalacji dostępnych i zalecanych w danym czasie ulepszeń technicznych sprzętu w celu zapewnienia jego poprawnego działania lub podwyższenia jego wydajności. Wykonawca zainstaluje także uaktualnienie wewnętrznego oprogramowania sprzętu.

W ocenie składu orzekającego z powyższych przepisów wzoru umowy, wynika w sposób bezsprzeczny, iż na wykonawcach ciążył obowiązek zapewnienia Zamawiającemu dostępu do aktualizacji posiadanego przez niego mikro kodu maszynowego. Okoliczność, iż Zamawiający usunął zapis w którym wymagał aktualizacji mikro kodów co 90 dni, czy przepis, w którym zawarty był harmonogram przeprowadzania aktualizacji oraz pozostawił wykonawcy decyzję, kiedy taka konieczność aktualizacji zachodzi, nie powoduje, iż Zamawiający zrezygnował z wymagania w zakresie dostarczenia mikro kodów. Tym samym wykonawca kalkulując cenę oferty winien był, po pierwsze, przewidzieć możliwość dostarczania Zamawiającemu mikro kodów, a po drugie, winien był dokonać ich wyceny i wliczyć ich koszt do ceny ofertowej za wykonanie zamówienia.

Izba w tym zakresie uznaje za zasadne stanowisko prezentowane przez Odwołującego, iż dokonane w treści SIWZ zmiany wyłączyły jedynie konieczny udział w dostarczeniu mikro kodów spółki IBM umożliwiając ich nabycie od innych podmiotów. Jednakże nie wyeliminowały one konieczności zapewnienia Zamawiającemu dostępu do mikro kodów. Zresztą sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że jeżeli wykonawca stwierdzi, iż zachodzi konieczność zmiany oprogramowania sprzętu, to dopiero w takiej sytuacji zobowiązany będzie on do dostarczenia mikro kodów oraz, że aktualizację do mikro kodu do urządzeń IBM można również nabyć od niezależnych dostawców usług serwisowych, którzy zawarli z IBM umowy o nabycie części zamiennych i aktualizacji kodu maszynowego. Powyższe stanowisko Zamawiającego w ocenie składu potwierdza, iż wykonawcy zobligowani byli do dostarczenia mikro kodów. Zamawiający wskazywał jednak, inaczej niż Odwołujący, że ich nabycie może następować nie tylko wyłącznie od producenta, tj. spółki IBM, ale także od innych niezależnych dostawców.

Powyższe stanowisko, jak wyżej wskazano znajduje wprost uzasadnienie w wezwaniu Zamawiającego, skierowanego do Przystępującego w dniu 12 września 2018r. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wyraźnie oczekuje potwierdzenia, czy złożona oferta zapewnia Zamawiającemu prawa do aktualizacji mikro kodów dostępnych i zalecanych przez producenta, które zostaną opublikowane w okresie obowiązywania umowy, potwierdza, iż taki obowiązek istniał.

Skład orzekający Izby uznał, że w świetle § 3 ust. 18 i 21 wzoru umowy, dodatkowo wspieranych ust. 17 wykonawca zobligowany był skalkulować ewentualne ryzyko związane z koniecznością dokonania takiej aktualizacji i posiadania wsparcia producenta.

Zauważyć także należy, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami i wymaganiami zawartymi w SIWZ, w tym pozyskania mikro kodów w przypadkach określonych umową. Zamawiający pozostawił w gestii wykonawcy źródło z którego w razie wystąpienia konieczności aktualizacji mikro kodów, wykonawca je nabędzie.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że Przystępujący oświadczając w piśmie z dnia 17 września 2018 r., iż „Złożona oferta nie zapewnia aktualizacji mikrokodów w rozumieniu „wykonanie modyfikacji programu” (...); „Złożona oferta nie zapewnia dostarczenia jakichkolwiek mikrokodów, przez producenta przed wejściem w życie umowy”” złożył ofertę niezgodną w treścią SIWZ, dlatego też jego oferta winna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nawet jeśli uznać, jak wskazał Przystępujący w odpowiedzi z dnia 17 września 2018r., iż „zapewni mikrokody jeżeli ich instalacja będzie konieczna i niezbędna dla usunięcia awarii serwisowanych urządzeń” to uwzględniając cenę oferty Przystępującego (ok. 1,3 mln zł) i koszt związany z zapewnieniem możliwości dokonywania aktualizacji mikrokodów wykazany przez Odwołującego (ok. 1 mln zł), to skład orzekający uznał, iż powyższe również potwierdza, że Przystępujący nie zapewnił aktualizacji mikrokodów maszyn.

Odnosząc się w tym miejscu do stanowiska Przystępującego prezentowanego na rozprawie jak również zawartego w piśmie z dnia 17 września 2018 r., iż „IBM – będący producentem serwerów, których postępowanie dotyczy – poinformował o zakończeniu sprzedaży jakichkolwiek opcji (w tym mikrokodów) do tych serwerów z dniem 31 grudnia 2017r.” to podkreślić należy, iż na powyższą okoliczność Przystępujący nie przedłożył żadnego dowodu. Ponadto - co istotne - powyższemu twierdzeniu Przystępującego przeczą dowody złożone przez Odwołującego, tj. pismo IBM Polska sp. z .o.o. z dnia 7 września 2018 r. oraz z dnia 19 listopada 2018 r., z którego wynika, że „dla bibliotek taśmowych TS3500, nieobjętych gwarancją, istnieją tylko dwie możliwości legalnego pozyskania (...) aktualizacji lub poprawek mikrokodowych”. Z pisma ww. firmy z dnia 29 sierpnia 2018 r. wynika ponadto, że spełnienie warunku wskazanego we wzorze umowy (§ 3 ust. 18) wymaga zakupienia w IBM bezpośredniego lub poprzez kanał dystrybucyjny IBM wsparcia serwisowego. Ponadto IBM wskazało, iż dla obecnie zainstalowanych na bibliotekach taśmowych TS3500 zalecane są aktualnie przez producenta konkretnie wskazane przez Odwołującego wersje mikrokodów. Z powyższych dowodów wynika więc, że producent serwerów nadal dokonuje aktualizacji mikrokodów znajdujących się w bibliotece taśmowej TS3500.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający uznał, iż Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zaniechując odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, iż nie spełniała ona wskazanych wyżej wymogów określonych we wzorze umowy stanowiącym tom nr 2 SIWZ.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, wskazać należy, że Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 5 593 693,14 zł, która była tożsama z

kwotą, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

- 1) oferta Odwołującego opiewała na kwotę brutto: 2 828 975,40 zł;
- 2) oferta Przystępującego opiewała na kwotę brutto: 1 359 027,00 zł;
- 3) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie i More Blue Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę brutto: 6 826 481,55 zł.

W zakresie tego zarzutu Izba wskazuje, że jego rozpoznanie nie ma wpływu na wynik rozstrzygnięcia Izby, gdyż spełnienie chociażby jednej ze wskazanych przesłanek odrzucenia oferty skutkuje odrzuceniem oferty jako całości. Jednakże zauważenia wymaga kwestia, że brak zaoferowania aktualizacji mikrokodów, a tym samym brak wyceny istotnego elementu treści oferty powoduje niewątpliwie niedoszacowanie oferty i wystąpienie sytuacji, że zaoferowana cena nie pokryje kosztu prawidłowego wykonania zamówienia, a więc powoduje rażąco niską cenę oferty Przystępującego. Na potwierdzenie powyższego wskazać należy za Odwołującym, że koszt zapewnienia możliwości dokonywania aktualizacji mikrokodów, gdyby nabyć je od formy IBM wynosi około 1 ml złotych. Nawet gdyby przyjąć, że koszt takiego nabycia od innych autoryzowanych dostawców byłby niższy to i tak stanowiłby znaczą kwotę, którą trudno uznać, aby była zarezerwowana w cenie oferty Przystępującego, której cena netto oscylowała ok 1 ml złotych za wykonanie całości zamówienia, co stanowiło ok. 1/5 kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Jednakże podkreślić należy, że pomimo powyższego stanowiska, nie przedłożono żadnego dowodu na okoliczność wykazania wysokości ceny za taką usługę w ofercie Przystępującego i czy różni się ona od ceny wskazywanej przez Odwołującego. W związku z powyższym Izba dała wiarę stanowisku Odwołującego, że Przystępujący nie skalkulował w cenie oferty kosztów związanych z koniecznością dokonywania aktualizacji mikrokodów, która wynikała z § 3 ust. 18 wzoru umowy.

Tym samym skład orzekający uznał, że rację ma Odwołujący, iż Konsorcjum składając wyjaśnienia w sprawie elementów kalkulacji ceny oferty nie udowodniło realności zaopatrzenia Konsorcjum w mikrokody dla bibliotek taśmowych oraz nie wskazało wartości zakupu mikrokodów dla bibliotek pozostając przy ogólnych zapewnieniach Zamawiającego o objęciu ceną oferty mikrokodów.

W konsekwencji Izba uznała, iż w kalkulacji ceny oferty Przystępujący pominął istotny czynnik kosztotwórczy, co powoduje, iż złożona przez niego oferta była ofertą z rażąco niską ceną i podlegała także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Okoliczność, iż Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w decydowaniu kiedy przeprowadzenie takiej aktualizacji jest obowiązkowe nie miała natomiast wpływu na konieczność przewidzenia tej pozycji przy sporządzaniu oferty.

Sygn. akt KIO 2316/18

Na marginesie Izba zauważa, iż pozostałych dwóch wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu nie miała wątpliwości odnośnie powyższego wymogu, dlatego też ceny złożonych przez nich ofert były cenami znacznie wyższymi. Ponadto w trakcie postępowania wprost wskazywali na obowiązek zawarcia umowy z producentem sprzętu, bowiem brak takiej umowy skutkować będzie niemożliwością realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: