

**Sygn. akt: KIO 1629/18**

**WYROK**

**z dnia 31 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. **przez odwołującego:** Integrated Solutions Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10 a; 01-230 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Narodowy Fundusz Zdrowia (centrala) ul. Grójecka 186; 02-390 Warszawa

**przy udziale wykonawców:**

1. Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 137; 02-231 Warszawa;
2. Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Równoległa 2; 02-235 Warszawa

przystępujących do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Integrated Solutions Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10 a; 01-230 Warszawa i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Integrated

Solutions Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10 a; 01-230 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Integrated Solutions Sp. z o.o. ul. Skierniewicka 10 a; 01-230 Warszawa kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Narodowy Fundusz Zdrowia (centrala) ul. Grójecka 186; 02-390 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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

Odwołanie zostało złożone w związku z prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez NFZ Centrala na „Usługi serwisowe dla środowiska serwerów x86 wraz z osprzętem, świadczone na rzecz Centrali NFZ i jednostek organizacyjnych Zamawiającego (dotyczy środowiska HP)”.

Zamawiający nadal sprawie znak: BAG.261.1.19.2018.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017 poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” zaskarżając czynności i zaniechania zamawiającego w wyżej opisanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę wskazał na swój interes w uzyskaniu zamówienia i na to, że na skutek zaniechań i czynności zamawiającego niezgodnych z ustawą może ponieść szkodę. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na ostatnim miejscu ale jako jedyna spełniała wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”, „specyfikacja”) w tym w opisie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”).

Odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z siwz oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, podlegającej odrzuceniu. Uniemożliwiło to odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Mając na względzie powyższe odwołujący kwituje, że jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., F.H.U. „Diament”, Betacom S.A., IT Solution Factor Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o. jako niezgodnych z siwz, z uwagi na to, że oferty te nie obejmują licencji serwisowych producenta niezbędnych do świadczenia usług serwisowych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego bez naruszania praw osób trzecich;

Na podstawie tak sformułowanego zarzutu odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu;

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert;

3. Odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., F.H.U. „Diament”, Betacom S.A., IT Solution Factor Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o. jako niezgodnych z siwz;

4. Przeprowadzenie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący otrzymał informację o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania dnia 2 sierpnia 2018 r., wobec czego termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy został zachowany.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dn. 13 sierpnia 2018 r., zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi serwisowe dla środowiska serwerów x86 wraz z osprzętem, świadczone na rzecz Centrali NFZ i jednostek organizacyjnych Zamawiającego (dotyczy środowiska HP)”. Dnia 2 sierpnia 2018 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając ofertę wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. jednocześnie na kolejnych miejscach sklasyfikował oferty wykonawców F.H.U. „Diament”, Betacom S.A., IT Solution Factor Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o. Czynność zamawiającego jest niezgodna z ustawą z następujących względów.

### **1. Niezgodność ofert z siwz**

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią siwz - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom, gdyż dany wykonawca nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez zamawiającego w siwz wymagania. Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy złożone oferty odpowiadają treści siwz.

Specyfikacja (wraz z wyjaśnieniami) jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z jednej strony określa wymagania,

które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom Zamawiającego, z drugiej zaś - granice, w jakich może poruszać się Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się Zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż Zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie.

W orzecznictwie eksponuje się formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikającą z niego konieczność bezwzględnego egzekwowania obowiązku odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji - w szczególności wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28.10.2005 r., sygn. akt V Ca 398/05 (niepubl.), w którym sąd przypomniał, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy.

Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 września 2017 r. sygn. KIO 1774/17, w sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta podlega odrzuceniu nie tylko z uwagi na ochronę uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, które zamierza zrealizować poprzez udzielenie zamówienia, lecz również ze względu na zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żąda, aby w ramach umowy Wykonawca przywrócił pełną sprawność naprawionego sprzętu. Wymaganie takie wynika wprost z § 2 ust. 3 Projektu Umowy (zał. nr 2 do siwz). Wymóg taki potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na pyt. nr 8 z dn. 26 czerwca 2018 r., podtrzymując wymaganie przywrócenia pełnej sprawności naprawionego sprzętu, a dopuszczając jedynie dokonanie naprawy poza lokalizacją Zamawiającego, we własnym serwisie wykonawcy, jeśli naprawa w lokalizacji Zamawiającego okaże się niemożliwa.

W dokumentacji postępowania Zamawiający zamieścił tabelę sprzętu, z której wynika, że dysponuje on sprzętem różnego wieku i różnych generacji. W tym czasie oprogramowanie narzędziowe (zwane dalej „firmware”) tych urządzeń było wielokrotnie modyfikowane przez producenta (Hewlett Packard), czego skutkiem jest to, że nowy sprzęt będzie miał zupełnie inną wersję firmware niż pozostała infrastruktura. W konsekwencji cały system nie będzie funkcjonować prawidłowo, co jest równoznaczne z brakiem możliwości przywrócenia pełnej sprawności posiadanemu przez Zamawiającego sprzętowi.

Naprawa podzespołów w posiadanej przez Zamawiającego infrastrukturze opiera się na wymianie ich na nowe urządzenia. Część z urządzeń wyposażona jest we własne, preinstalowane fabrycznie, standardowe oprogramowanie narzędziowe. Aby współpracować prawidłowo z naprawianą infrastrukturą musi nastąpić instalacja i uzgodnienie firmware wraz z infrastrukturą, w której ma zostać zainstalowany wymieniany podzespół. Takie czynności mogą dotyczyć zdecydowanej większości podzespołów objętych umową serwisową. Oznacza to, że dla przywrócenia wymaganej przez Zamawiającego pełnej sprawności naprawianego sprzętu niezbędne będzie dokonanie aktualizacji, ewentualnie pobranie poprawek do firmware dla urządzeń wstawianych w miejsce podzespołów, które uległy awarii.

Warunki, na których możliwe jest pobranie i używanie poprawek, rozszerzeń, programów usuwających błędy, lub podobnych aktualizacji określa Pkt 6 tiret trzecie Umowy licencyjnej użytkownika końcowego HPE (dalej „EULA”). Zgodnie z przywołanym postanowieniem HPE zastrzega prawo do udostępniania takich aktualizacji wyłącznie klientom, którzy zawarli umowę o świadczenie pomocy technicznej.

W konsekwencji jedynie wykupienie kontraktu serwisowego dedykowanego przez producenta dla danego klienta pozwala na swobodną ingerencję w firmware, która jest niezbędna dla dokonania naprawy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Brak takiej możliwości uniemożliwia przeprowadzenie skutecznej naprawy, zgodnej z OPZ, bez naruszania praw osób trzecich.

Zgodnie z Rozdz. XV siwz cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia. Niezależnie od tego, czy wymaganie uwzględnienia umowy o świadczenie pomocy technicznej HPE zostało wyrażone wprost w specyfikacji, wykonawca działający jako profesjonalista na rynku musi być świadomy tego,

jakiego rodzaju licencje są wymagane dla zapewnienia usług spełniających wymagania Zamawiającego.

Innymi słowy, jedynie Wykonawca który wykupi dedykowany kontrakt serwisowy może wykonać naprawę prawidłowo i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego bez naruszania praw osób trzecich. Z naszej wiedzy wynika, że tylko oferta Integrated Solutions Sp. z o.o. obejmuje taki kontrakt. Tym samym należy uznać, że oferty wykonawców Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., F. H. U. „Diament”, Betacom S.A., IT Solution Factor Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o. są niezgodne z siwz i jako takie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Mając na względzie powyższe, zważywszy na to, że oferty wykonawców Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., F. H. U. „Diament”, Betacom S.A., IT Solution Factor Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o. są niezgodne z siwz i nie obejmują licencji niezbędnych do świadczenia usług serwisowych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, wnoszę jak na wstępie.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie 27 sierpnia 2018 r.

#### ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE

Działając w imieniu Zamawiającego, w nawiązaniu do odwołania wniesionego przez wykonawcę — Integrated Solutions sp. z o. o., na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 z późn. zm.) (dalej: „Ustawa” lub „PZP”), niniejszym: Wnoszę o pozostawienie odwołania bez rozpoznania, lub odrzucenie odwołania;

Na wypadek uznania przez Izbę wniosku z pkt. 1 za bezzasadny, wnoszę o oddalenie odwołania w całości;

III. wnoszę o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odpowiedź na odwołanie zawiera następującą argumentację formalną i prawną.

1, W ocenie Zamawiającego, odwołanie powinno zostać pozostawione bez rozpoznania lub odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Powyższe wynika z faktu, iż odwołanie nie zostało podpisane. Jak wynika z konsekwentnego stanowiska doktryny oraz z utrwalonej linii orzeczniczej sądów powszechnych, za podpis należy uważać „językowy znak graficzny, złożony własnoręcznie, zawierający co najmniej nazwisko (niekoniecznie imię) składającego usytuowany pod tekstem oświadczenia woli. A contrario inicjałów (które mają postać parafy) nie można uznać za podpis, ponieważ stanowią

one zbyt wątpliwą podstawę do dokonania identyfikacji osoby (Z. Radwański, System Prawa Prywatnego, t. 2, 2008 Nb 49 — 51, s. 130). Podpis powinien niewątpliwie stanowić znak graficzny indywidualizujący osobę w obrocie i co do zasady wywodzący się od co najmniej nazwiska osoby, która go składa (zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 13 września 2012 r., sygn. ACa 480/12, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. IV CSK 78/09). Nie ulega wątpliwości, że podpis powinien być w całości własnoręczny, nie ma więc żadnego znaczenia, czy dany znak graficzny został postawiony przy pieczęci imiennej, czy też samodzielnie zamieszczony w treści dokumentu. Nie ulega wątpliwości, że znak postawiony pod treścią odwołania w żaden sposób nie spełnia powyższych kryteriów.

2. Fakt, iż znak graficzny postawiony pod treścią odwołania jest co najwyżej parafą, potwierdzają też inne okoliczności. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż ten sam znak (wraz z pieczęcią imienną) znajduje się na każdej stronie odwołania i załączników. Zwyczajowo w ten sposób dokonuje się tzw. parafowania dokumentu, czyli potwierdzenia jego integralności i przygotowania do podpisu. Co więcej, znak graficzny na stronie 5 odwołania postawiony został w miejscu przypadkowym, bez wskazania intencji złożenia podpisu, co również jest charakterystyczne jedynie dla parafowania dokumentów.

3 Powyższe oznacza, że odwołanie, które zgodnie z art. 180 ust. 4 powinno zostać wniesione bądź w postaci papierowej z własnoręcznym podpisem, bądź w postaci elektronicznej, z podpisem kwalifikowanym, nie zostało w terminie złożone we właściwej formie. W ocenie Zamawiającego sytuacja taka oznacza, że odwołanie dotknięte jest nieusuwalnym brakiem formalnym, a zatem — stosownie do art. 187 ust 1 pkt 1 PZP, nie może podlegać rozpoznaniu. Ewentualnie, przedmiotowy stan faktyczny może zostać zakwalifikowany jako wniesienie odwołania przez osobę, która nieb może zostać zidentyfikowana, z uwagi na brak złożenia podpisu, a więc odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. W takiej sytuacji konsekwencją powinno być odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2.

4. Niezależnie od powyższego, odwołanie jest w ocenie Zamawiającego bezzasadne i wniesione przez Odwołującego wyłącznie dla przewłoki postępowania.

5 W pierwszej kolejności Zamawiający stwierdza, że cena zaoferowana przez Odwołującego, w wysokości 4.641.968,74 zł., jest ponad pięciokrotnie wyższa niż kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (861.000 zł.), niemal trzykrotnie wyższa, niż kwota zaoferowana przez kolejnego wykonawcę z najwyższą ceną (1.721.385,00 zł.) i ponad dziesięciokrotnie wyższa, niż kwota zaoferowana przez wykonawcę, którego oferta została wybrana (419.055,00 zł). W celu uniknięcia wątpliwości, Zamawiający oświadcza, że — w wypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania — nie ma możliwości



zwiększenia finansowania przedmiotu zamówienia do kwoty nawet zbliżającej się do wartości zaoferowanej przez Odwołującego. Jest więc oczywiste, że Odwołujący działa w pełnym przekonaniu, że jedynym możliwym skutkiem teoretycznego uwzględnienia odwołania, byłoby unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe oznacza, że w przedmiotowym postępowaniu nie ma żadnej możliwości narażenia Odwołującego na szkodę, ponieważ niezależnie od rozstrzygnięcia odwołania, jego oferta nie zostanie wybrana.

6 Przechodząc do omówienia zarzutów Odwołującego, Zamawiający stwierdza, że odwołanie oparte jest o całkowicie błędną tezę, iż Zamawiający wymagał w SIWZ zaoferowania wsparcia producenta dla oprogramowania (firmware) urządzeń. Na tym założeniu Odwołujący oparł zarzuty skierowane przeciwko ocenie wszystkich ofert, poza jego własną. Jak już powiedziano, jest to założenie nieprawdziwe, bowiem z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika wymaganie zaoferowania i świadczenia wsparcia producenta dla firmware urządzeń. Przeciwnie, z SIWZ wyraźnie wynika, że przedmiotem zamówienia jest serwis wyłącznie sprzętowy, a Zamawiający nie wymaga dokonywania aktualizacji czy instalacji poprawek oprogramowania. Wynika to w szczególności z następujących postanowień:

a. ust. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest świadczyć serwis dla elementów sprzętowych,

b. 52 ust. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ (Wzór Umowy), zgodnie z którym w ramach realizacji umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń,

oraz z faktu, iż w żadnym miejscu SIWZ nie został przewidziany obowiązek dokonywania jakichkolwiek czynności dotyczących oprogramowania.

Zamawiający zaprzecza także, jakoby konieczność zaoferowania wsparcia producenta wynikała z przytoczonego przez Odwołującego postanowienia § 2 ust. 3 wzoru umowy albo z odpowiedzi na pytanie nr 8 z dn. 26 czerwca 2018 r. Jak już powiedziano, wymaganie z § 2 ust. 3 wzoru umowy (zmodyfikowane przywołaną odpowiedzią), potwierdza jedynie, że obowiązkiem Wykonawcy jest przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętowej. Wymaganie to może być zrealizowane na różne sposoby, w szczególności poprzez zastąpienie uszkodzonego podzespołu takim samym, sprawnym zespołem. Operacja taka — wbrew stanowisku Odwołującego — nie wymaga jakiegokolwiek ingerencji w oprogramowanie urządzenia czy środowiska, w którym urządzenie jest zainstalowane. Powyższe ukształtowanie SIWZ stanowi świadomą decyzję Zamawiającego i jest wynikiem zamiaru kontynuacji serwisu, który do dnia 31.05.2018 r. był świadczony przez Wykonawcę Itprojekt Sp. z o.o., w oparciu o umowę z dnia 01.06.2016 r. Serwis ten był świadczony właśnie

wyłącznie w zakresie sprzętowym, bez aktualizacji czy poprawek oprogramowania. Przedmiotem zamówienia jest serwis dla urządzeń, które już dłuższy czas funkcjonują u Zamawiającego i są to usługi pogwarancyjne. Urządzenia te będą stopniowo wycofywane z eksploatacji, natomiast celem Zamawiającego jest zapewnienie utrzymania istniejącego stanu przez jak najdłuższy okres. Dla osiągnięcia tego celu nie jest konieczne dokonywanie zmian w oprogramowaniu środowiska informatycznego objętego serwisem. Wręcz przeciwnie, zmiany takie powodowałyby konieczność poniesienia bardzo znacznych kosztów i wymagałyby zapewne przeprowadzenia dodatkowych zakupów związanych z aktualizacją oprogramowania. Zamawiający nie jest więc taką aktualizacją zainteresowany.

7. Okolicznościami, które pośrednio potwierdzają słuszność stanowiska Zamawiającego, są także następujące fakty:

a. Z zestawienia cen zaoferowanych przez łącznie 6 wykonawców wynika, że istnieje bardzo duża rozbieżność pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego, a cenami oferowanymi przez pozostałych wykonawców. Powyższe pozwala przyjąć założenie, że najprawdopodobniej przyczyną tak znaczącej różnicy jest fakt, iż wyłącznie odwołujący zamierza wykupić i świadczyć na rzecz zamawiającego wsparcie producenta dla oprogramowania. To z kolei oznacza, że wyłącznie odwołujący zinterpretował SIWZ w taki sposób, iż wsparcie takie jest konieczne. Biorąc pod uwagę, iż pięciu Wykonawców założenia takiego nie przyjęło, wydaje się uprawniona teza, że SIWZ jest w tym obszarze jednoznaczny i to nie wszyscy wykonawcy poza odwołującym przyjęli błędne założenia, lecz to Odwołujący nieprawidłowo interpretuje wymagania.

b. Warunki świadczenia serwisu dla urządzeń wskazanych w SIWZ nie ulegają zmianie w stosunku do warunków obowiązujących dotychczas, wynikających z przywołanej powyżej umowy zawartej z Itprojekt Sp. z o.o. Umowa ta realizowana była zgodnie z założeniami zamawiającego wyłącznie poprzez dokonywanie napraw sprzętowych. Wymagane parametry serwisowe (w tym kluczowy czas naprawy) były dotrzymywane, a Wykonawcy nie naliczono w związku z realizacją umowy jakichkolwiek kar umownych. Równocześnie, Zamawiający nie poniósł ciężaru uiszczenia jakichkolwiek opłat związanych ze wsparciem dla oprogramowania i w toku realizacji umowy nie były wykonywane jakiegokolwiek czynności w stosunku do oprogramowania. Oznacza to, że wbrew stanowisku Odwołującego, świadczenie serwisu sprzętowego dla urządzeń objętych przedmiotowym zamówieniem, jest w praktyce możliwe i nie prowadzi do naruszenia jakichkolwiek praw osób trzecich.

Pismo przystępującego z dnia 27 sierpnia 2018 roku.

PISMO PRZYSTĘPUJĄCEGO FUJITSU

Działając w imieniu Przystępującego — Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie — w niniejszym piśmie przedstawiam uzupełniająco stanowisko przystępującego w odniesieniu do postawionego przez odwołującego zarzutu.

Przystępujący podtrzymuje wniosek o oddalenie odwołania z uwagi na bezpodstawność postawionego zarzutu i przedstawia szerszą argumentację na poparcie swojego stanowiska:

I. Brak wymagania zamawiającego w zakresie formalnego wsparcia serwisowego Hewlett Packard (dalej jako: „HP”)

1. Wymaga podkreślenia, że przedmiotem zamówienia są usługi serwisowe dla środowiska serwerów x86 wraz z osprzętem, świadczone na rzecz Centrali NFZ i jednostek organizacyjnych Zamawiającego (dotyczy środowiska HP). Innymi słowy, wykonawca będzie dokonywał napraw serwisowych serwerów firmy HP posiadanych przez zamawiającego zgodnie z listą sprzętu stanowiącą załącznik nr 1 do przyszłej umowy.

2. Zamawiający w § 2 ust. 3 pierwotnego projektu umowy zawarł następujące postanowienie:

W ramach realizacji umowy, zgodnie z określonymi warunkami umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń, w miejscu ich instalacji, bez naruszenia praw osób trzecich”.

3. W związku z w/w postanowieniem wpłynęło zapytanie, na które zamawiający udzielił odpowiedzi:

Pytanie 8

Dot. § 2 ust 3 „W ramach realizacji umowy, zgodnie z określonymi warunkami umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń, w miejscu ich instalacji, bez naruszenia praw osób trzecich”

Z treści tego powyższego zapisu wynika, że nie ma możliwości naprawy urządzenia w serwisie Wykonawcy i w naszej ocenie jest to zapis sprzeczny z treścią pkt 5 „Załącznika nr 1”. Prosimy o doprecyzowanie, że w sytuacji gdy naprawa wymaga naruszenia praw osób trzecich np. producenta Zamawiający zrezygnuje z żądania takiej naprawy wobec Wykonawcy

Odpowiedź

Zamawiający modyfikuje § 2 pkt. 3 umowy (załącznik nr 2 do Specyfikacji) w następujący sposób:

Zgodnie z punktem 5 załącznika nr 1 do umowy:

W ramach realizacji umowy, zgodnie z określonymi warunkami umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń, w miejscu ich instalacji, bez naruszenia praw osób trzecich. treść dotychczasowa — dopisek Przystępującego)

(dodany przez zamawiającego fragment poniżej — dopisek Przystępującego)

naprawa na miejscu okaże się niemożliwa Wykonawca ma możliwość naprawy we własnym serwisie. W przypadku, kiedy wymagany jest dłuższy czas na usunięcie awarii niż wskazany w §5 lub naprawa w miejscu instalacji urządzenia jest niemożliwa, Zamawiający dopuszcza podstawienie na czas naprawy sprzętu o nie gorszych parametrach funkcjonalnych i eksploatacyjnych. Sprzęt zastępczy Wykonawca zapewnia na własny koszt. W takim przypadku, usunięcie awarii nie może przekroczyć 14 dni roboczych od momentu zgłoszenia awarii. Po usunięciu awarii, dyski i pamięci flash z urządzenia zastępczego pozostają w miejscu instalacji sprzętu.

4. Zatem z powyższego wynika, że pytanie wykonawcy wskazywało po 1) na to, że zgodnie z pierwotną treścią umowy nie ma możliwości serwisowania sprzętu w siedzibie wykonawcy, a po 2), że wnosił do zamawiającego o doprecyzowanie, że w przypadku gdyby naprawa serwera wzmagała naruszenia praw osób trzecich np. producenta, to zamawiający zrezygnuje z żądania takiej naprawy wobec Wykonawcy

5. Zamawiający w dodanym fragmencie § 2 ust. 3 w odniesieniu do zadanego pytania wskazał, że jeżeli naprawa na miejscu okaże się niemożliwa wykonawca ma możliwość naprawy we własnym serwisie. Zatem zamawiający usunął wątpliwości co do tego, że dopuszcza naprawę w serwisie własnym wykonawcy. Usunięto w ten sposób sprzeczność z Załącznikiem nr 1 do SIWZ — Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia — który w pkt. 5 od początku wprost dopuszczał świadczenie usług serwisowych w serwisie wykonawcy. Zamawiający poza tym podtrzymał zapis z projektu umowy zgodnie, z którym przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętowej nie może naruszać praw osób trzecich. Nic ponadto z tego fragmentu umowy i odpowiedzi zamawiającego na pytanie nie wynika.

6. Wymaga przy tym szczególnego podkreślenia, że zamawiający w żadnym punkcie SIWZ (lub załączników do SIWZ) nie zawarł wymagania, aby wykonawca miał wykupiony kontrakt serwisowy ze strony HP. Nie wynika to również z w/w fragmentu umowy. W żadnym miejscu nie ma też wymagania, aby serwis wykonawcy miał autoryzację producenta itp. Co więcej, z § 2 ust. 3 wprost wynika, że przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętowej może się odbywać w serwisie wykonawcy, a nie serwisie producenta.

7. Oznacza to, że zamawiający nie stawiał żadnego szczególnego wymagania w tym zakresie, poza ogólnym i całkowicie racjonalnym postanowieniem, z którego wynika, że serwis nie może odbywać się w sposób naruszający prawa osób trzecich.

Już samo to powinno wystarczyć do oddalenia odwołania Z zapisów dokumentacji przetargowej wynika bowiem, że wykonawca obowiązany był jedynie złożyć w formularzu ofertowym oświadczenie woli (pkt. 4 i 6) potwierdzając, że przyjmuje wszystkie warunki SIWZ i wzoru umowy co Przystępujący uczynił:

- (4) „Oświadczam, że akceptuję wszystkie wymagania określone w załączniku nr 1 do Specyfikacji „Opis przedmiotu zamówienia”.
- (6) „Oświadczam, że bez zastrzeżeń przyjmuję przedstawione przez Zamawiającego warunki umowne realizacji zamówienia określone we wzorze umowy załączonym do specyfikacji. Zobowiązuję się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”

Wykonawca będzie więc w pełni odpowiedzialny przed zamawiającym za należyte wykonanie umowy zgodnie z jej wszystkimi postanowieniami. Zamawiający na etapie realizacji przewidział w przypadku nienależytego wykonania umowy naliczenie kar umownych, wcześniejsze rozwiązanie itp. Przewidują to § 7 i § 9 projektu umowy. Zatem, mówiąc kolokwialnie, na etapie postępowania przetargowego, jak również po zawarciu umowy, zamawiający nie wymaga i nie interesuje go czy wykonawca ma wsparcie serwisowe HP byleby umowa była wykonywana bez naruszenia praw osób trzecich. Przystępujący oświadczył poprzez formularz ofertowy, że nie zgłasza zastrzeżeń do treści siwz (w tym projektu umowy) a więc zapewnił zamawiającego, że będzie przestrzegał również § 2 ust. 3 projektu umowy. W jaki sposób to uczyni, to już zamawiającego formalnie nie może interesować i nie może domagać się takich informacji od oferentów. Kwestia weryfikacji sposobu wykonania umowy to już etap po zawarciu umowy i przystąpieniu do jej realizacji. Wymaga przy tym podkreślenia, że Przystępujący uwzględnił wszystkie koszty wykonania zamówienia.

Zatem stawianie zarzutu zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP jest absurdalne, gdyż zamawiający nie ma żadnych podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. Podobnie nie ma żadnych podstaw do przeprowadzenia. procedury z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, „względnie art. 87 ust. 1 Pzp, skoro nie wymagał wsparcia HP ani żadnych dokumentów w tym zakresie, Oferta Przystępującego jest kompletna.

Już samo to jest podstawą do oddalenia odwołania. Przystępujący formalnie rzecz biorąc nie musi się bowiem w tym momencie tłumaczyć się przed zamawiającym ani tym bardziej odwołującym, w jaki sposób będzie realizował umowę tak aby było to zgodne z prawem.

Pomimo tego, z ostrożności, w kolejnym punkcie niniejszego pisma, Przystępujący wyjaśni w jaki sposób będzie umowę realizował nie naruszając przy tym praw żadnych innych podmiotów.

#### Sposób realizacji zamówienia przez Przystępującego

1. Należy wskazać, że Odwołujący przyjął całkowicie błędne założenia, zarówno kształtując swą ofertę, jak i stawiając zarzuty powstałym wykonawcom. Widać to już jeżeli weźmiemy pod uwagę wartość szacunkową zamówienia oraz zestawienie ofert w tym postępowaniu. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 700 000 zł. Co więcej, kwota ta była JAWNA od początku postępowania gdyż znajduje się w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. 11.1.5):

Szacunkowa całkowita wartość: Wartość bez VAT: 700 000.00 PLN

Cztery z sześciu ofert nie przekraczają 1 mln zł, jedna oferta zawiera kwotę 1,7 mln natomiast oferta Odwołującego opiewa na kwotę przekraczającą mln zł. Czym kierował się Odwołujący proponując takie wynagrodzenie, pomimo tego, że JAWNA była kwota szacunkowej wartości zamówienia (700 tys zł) trudno stwierdzić. Jeżeli wsparcie serwisowe HP kosztowało go tak wiele, to potwierdza to, iż oferta została przygotowana w sposób nieadekwatny do wymagań. Innymi słowy, know-how Odwołującego nie pozwala mu obejść się bez wsparcia firmy HP i to determinuje nierealne, „rażąco wysokie” wynagrodzenie którego oczekuje. Tymczasem przedmiot zamówienia można wykonać prawidłowo bez udziału producenta oprogramowania. Odwołujący nie może obciążać zamawiającego lub konkurencyjnych wykonawców sposobem realizacji zamówienia jaki sam przyjął na potrzeby własnej oferty.

2. Odwołujący wskazuje na str. 4 odwołania, że sprzęt objęty serwisem jest w różnym wieku, w tym czasie zmieniało się oprogramowanie narzędziowe (tzw. firmware). Z tego względu obecnie produkowany komponent serwera, który będzie podlegał wymianie, będzie miał inną wersję firmware niż pozostała infrastruktura. W konsekwencji, aby współpracować prawidłowo z naprawianą infrastrukturą, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, „musi nastąpić” instalacja i uzgodnienie firmware wymienianego elementu z infrastrukturą (serwerem) na którym ten podzespół ma być zamontowany. Zatem dla przywrócenia pełnej sprawności naprawianego sprzętu, jak utrzymuje odwołujący, niezbędne będzie dokonanie aktualizacji, ewentualnie pobranie poprawek do firmware dla urządzeń wstawianych w miejsce podzespołów, które uległy awarii.

Dalej na str. 5 Odwołujący konkluduje, że Jedynie Wykonawca, który wykupi dedykowany kontrakt serwisowy może wykonać naprawę prawidłowo i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego bez naruszenia praw osób trzecich”. Jest to stwierdzenie całkowicie błędne i nieprawdziwe.

3. Wymaga podkreślenia, że zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie przewiduje obowiązku dokonywania aktualizacji, poprawek do firmware. Nie jest to zatem „niezbędne”, lecz przeciwnie. całkowicie zbędne, pod warunkiem oczywiście, że nie zostaną naruszone prawa HP. Do wykonania zamówienia nie jest konieczne posiadanie wsparcia serwisowego HP

Jedynym wymaganiem zamawiającego w tym zakresie — wskazanym w § 2 ust. 3 projektu umowy - jest ogólne zobowiązanie wykonawcy do: „przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń”. Zamawiający nie wymusza przy tym na wykonawcy jakiegoś konkretnego sposobu przeprowadzania napraw np. poprzez aktualizację lub jakąkolwiek ingerencję w firmawre.

Sposób rozumienia pojęcia „przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń” został dokładnie przedstawiony przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 3 (pismo z dnia 26.06.2018 r.):

Pytanie 3

Dot. § 2 ust. 3: „W ramach realizacji umowy, zgodnie z określonymi warunkami umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń, w miejscu ich instalacji, bez naruszenia praw osób trzecich”

Prosimy o doprecyzowanie co Zamawiający rozumie przez „przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętowej”? Czy jest to przywrócenie pełnej/ udostępnionej przez producenta funkcjonalności urządzenia w warstwie sprzętowej/ czy też wiąże się to z odtworzeniem jakichkolwiek elementów konfiguracyjnych np. połączenia logiczne, odtwarzanie danych. systemów operacyjnych ?

Odpowiedź

Poprzez przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętowej Zamawiający rozumie przywrócenie pełnej udostępnionej przez producenta funkcjonalności urządzenia w warstwie sprzętowej,

Zatem zamawiający nie pozostawił żadnej wątpliwości jak rozumieć treść projektu umowy. Zadający pytanie wprost domagał się odpowiedzi, czy serwisowanie wiąże się z odtworzeniem jakichkolwiek elementów konfiguracyjnych wskazując na połączenia logiczne, odtwarzanie danych, systemów operacyjnych czy też zamawiającemu chodzi po prostu o przywrócenie

pełnej funkcjonalności w warstwie sprzętowej. Zamawiający w odpowiedzi wprost wskazał, że poprzez przywrócenie pełnej funkcjonalności rozumie przewrócenie pełnej udostępnionej przez producenta funkcjonalności urządzenia w warstwie sprzętowej. Innymi słowy wprost potwierdzono, że zamawiający nie wymaga żadnej ingerencji w oprogramowanie narzędziowe, nie przewiduje żadnego obowiązku jego aktualizacji, poprawek etc., jedyne co go interesuje to efekt końcowy, który ma polegać na tym, że uszkodzone urządzenie po naprawie będzie działało jak przed awarią.

4. Taki sposób naprawy - nie wymagający zmian w warstwie firmawre - przyjął w swej ofercie Przystępujący, jak również prawdopodobnie wszyscy pozostali wykonawcy, z wyjątkiem Odwołującego. Wymaga w tym miejscu wyjaśnienia, że najczęściej awarii w serwerach ulegają komponenty mechaniczne takie jak twarde dyski czy wentylatory. W przypadku twardego dysku posiada on firmware, który musi być „kompatybilny” z firmware serwera (w uproszczeniu BIOS). Przystępujący nie potrzebuje wsparcia HP aby ustalić jakiego typu twardego dysku uległ awarii. Po tym jak to ustalili, dostarcza i montuje w urządzeniu dokładnie taki sam dysk, tj. zawierający firmware — fabrycznie wgrany - identyczny do tego, który jest na uszkodzonym dysku. Innymi słowy dostarcza sprawny, posiadający gwarancję wykonawcy dysk, który został wyprodukowany w czasie, w którym używano odpowiedniego dla serwisowanego serwera firmware. W ten prosty sposób nie ma ŻADNEJ potrzeby ingerencji (aktualizacji etc) firmware. Taka ingerencja być może byłaby konieczna w przypadku wymiany dysku na inny, który zawiera inną wersję firmawre. Wówczas w niektórych przypadkach wsparcie serwisowe HP byłoby wskazane. W przypadku realizacji umowy przez Przystępującego taka sytuacja nie wystąpi gdyż jak już wskazano, za każdym razem zostanie dostarczony komponent z TAKIM SAMYM fabrycznym firmware jak na uszkodzonym elemencie lub z właściwym czyli dopuszczonym i zalecanym przez producenta do danego rozwiązania fabrycznym firmware. Przystępujący naprawy prowadzi zgodnie ze sztuką i najlepszą praktyką serwisową więc zalecania producentów (jeśli takie są ) stosujemy i jest to dla nas normalna praktyka w takich sprawach.

Nie będzie zatem żadnych problemów z „kompatybilnością” i nie będzie potrzeby dokonywać jakichkolwiek operacji na oprogramowaniu (aktualizacji, łatek, rozszerzeń, poprawek), które naruszyłyby prawa HP. Co więcej, Przystępujący za każdym razem dostarczy komponent wyprodukowany przez HP, z oryginalnym, preinstalowanym fabrycznie oprogramowaniem. Nie są to żadne „zamienniki” etc. co wynika między innymi właśnie z tego, że konieczne jest aby firmware był zgodny z serwerem. Konieczne jest zatem dostarczenie sprzętu HP. Tym samym nie jest uzasadniony zarzut Odwołującego ze strony 5 odwołania, gdzie sugerował on jakoby Przystępujący Fujitsu nie uwzględniło wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Wręcz



przeciwnie, Przystępujący uwzględnił wszystkie niezbędne koszty, przy czym wsparcie techniczne HP jako zbędne się do nich nie zalicza.

5. Warto podkreślić, że Przystępujący Fujitsu ma doświadczenie w realizacji podobnych zamówień dla różnych instytucji publicznych. Przykładowo serwisował sprzęt HP dla Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego oraz Izby Celnej w Łodzi i dzięki przyjętej wyżej opisanej metodzie realizacji przedmiotu zamówienia nigdy nie doszło do jakiegokolwiek naruszenia praw HP czy innego podmiotu. Nigdy HP ani inny podmiot nie wystąpił z roszczeniami czy to przeciw zleceniodawcy czy też przeciw Fujitsu.

6. Ponadto Przystępujący zwraca uwagę, co już wcześniej było sygnalizowane, że wartość szacunkowa ustalona przez zamawiającego (700 tys. zł) nie pozostawia wątpliwości, że nie wymagał on wsparcia serwisowego HP. W zakładanej kwocie nie jest możliwe zapewnienie takiego wsparcia. Z tego względu Przystępujący, oraz prawdopodobnie pozostali wykonawcy poza Odwołującym, zdecydowali się przyjąć inny sposób realizacji zamówienia (wyżej opisany), całkowicie zgodny z wymaganiami SIWZ a jednocześnie pozwalający na realizację zamówienia bez udziału firmy HP i bez naruszenia praw tego podmiotu.

7. Dodatkowo podkreślamy, że w roku 2016 ten sam zamawiający (NFZ) przeprowadził przedmiotowo tożsame postępowanie na serwis urządzeń w środowisku serwerów HP o numerze BAG.261.1.2.2016. Nazwa postępowania była identyczna jak obecnego przetargu: „usługi serwisowe dla środowiska serwerów x86 wraz z osprzętem świadczone na rzecz Centrali NFZ i jednostek organizacyjnych Zamawiającego (dotyczy środowiska HP)”. OPZ i warunki umowy były tożsame do przewidzianych obecnie. Z tego względu dokumentację z postępowania z 2016 r. możemy z powodzeniem potraktować, jako dodatkowe wskazówki interpretacyjne dla obecnego przetargu z 2018 r. Link do dokumentacji z postępowania z 2016 r. [http://nfz.gov.pl/bio/zamowienia\\_publiczne/oniosze\\_-261-1-2-2016,6438.h tml](http://nfz.gov.pl/bio/zamowienia_publiczne/oniosze_-261-1-2-2016,6438.h tml)

Wartość szacunkowa ustalona została wówczas na kwotę 980.000,00 zł netto, przy czym w 2016 r. umowa miała być zawarta na okres 24 miesięcy, a nie 12 miesięcy jak w obecnym postępowaniu (przy wartości szacunkowej 700.000,00 zł netto). Wartość szacunkowa w tamtym postępowaniu również wskazywała na to, że wsparcie HP nie jest wymagane.

Zamawiający w 2016 r. również nie wymagał wsparcia serwisowego ze strony HP czy innych podmiotów. Potwierdzają to wprost pytania i odpowiedzi zamawiającego

(pismo z dnia 14.04.2016 r.): Pytanie 1:

Punkt 13 siwz „INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKIE POWINNY ZOSTAĆ

DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO” Prośba o doprecyzowanie dokumentów, jakie Wykonawca ma dostarczyć. potwierdzających wykupienie wsparcia na oprogramowanie wymienione Załączniku nr 1 do Specyfikacji np.: dla urządzenia o numerze seryjnym SG18DXV434.

Odpowiedź:

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi serwisowej dla środowiska serwerów x86 wraz z osprzętem. Lista sprzętu do serwisowania została określona w Załączniku nr 1. Zamawiający nie wyspecyfikował w niej wykupienia wsparcia na oprogramowanie ponieważ nie jest ono przedmiotem postępowania. Zamawiający oczekuje realizacji usług serwisowych do sprzętu wyspecyfikowanego w Załączniku nr 1 oraz zgodnie z S 2 ust. 2 umowy „przywrócenia pełnej (funkcjonalności sprzętu, bez naruszania praw osób trzecich”.

Pytanie 16:

Umowa par. 2 pkt 2 „W ramach realizacji umowy, zgodnie z określonymi warunkami umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej/ funkcjonalności sprzętu, bez naruszania praw osób trzecich,” Jak zamawiający rozumie przywrócenie pełnej/ funkcjonalności sprzętu Czy jest to przywrócenie pełnej, udostępnionej przez producenta sprzętu funkcjonalności sprzętu jako takiego, czy też wiąże się to z odtworzeniem jakichkolwiek elementów konfiguracyjnych?

Odpowiedź:

Zamawiający oczekuje przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętu z zastrzeżeniem, że przy wykonaniu naprawy nie może naruszać praw osób trzecich. Skuteczność naprawy i przywrócenia sprzętu do pełnej funkcjonalności znajduje swoje odzwierciedlenie w protokole częściowym wystawianym na koniec miesiąca podpisywanym przez strony umowy

Zatem Zamawiający wyraźnie wskazał w postępowaniu z 2016 r., że nie wymaga wsparcia serwisowego od podmiotów trzecich. Co więcej, wyraźnie podkreślono, że jedyne co wymaga, to aby przywrócenie pełnej sprawności sprzętu nie naruszało praw osób trzecich a więc analogicznie jak w obecnym postępowaniu z 2018 r.

Przystępujący Fujitsu w roku 2016 złoży ofertę i choć wygrała inna firma, to z tamtego postępowania Przystępujący wiedział już jakie oczekiwania ma zamawiający i jak w związku z tym jak należy kształtować ofertę, zwłaszcza że zostało to potwierdzone w odpowiedziach na pytania zadane w obecnym postępowaniu z 2018 r., a cytowanych przez Przystępującego na początku niniejszego pisma (pytanie nr 3). Odwołujący w przetargu z 2016 udziału nie brał. Warto podkreślić ponownie, że wówczas zamawiający również nie wymagał wsparcia HP i

wykonawca Itprojekt, który uzyskał to zamówienie, zgodnie z wiedzą Przystępującego również nie miał takiego wsparcia. Nie przeszkodziło mu to przez dwa lata realizować należycie zamówienie nie naruszając przy tym praw firmy HP.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Sam odwołujący na wstępie uzasadnienia odwołania wskazał, że postanowienia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. odnoszą się do treści oferty, która jest sprzeczna z określonymi w SIWZ postanowieniami co do przedmiotu oferty, czy też sposobu wykonania zamówienia, przywołując również art.66 k.c. (art.66 § 1k.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy).

Wywodząc swoje uzasadnienie odwołujący zaznaczył, że źródłem badania co do spełnienia obowiązków w zakresie treści składanej oferty są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zwłaszcza gdy postanowienia SIWZ i zawartość merytoryczna nie odpowiada opisanemu przedmiotowi zamówienia albo sposobowi wykonania przedmiotu zamówienia. Według odwołującego taka sytuacja ma miejsce, gdyż wykonawcy wymienieni w odwołaniu a wyprzedzający jego ofertę w rankingu ofert nie złożyli oświadczenia o treści, odpowiadającej wymaganiom SIWZ to znaczy nie złożyli licencji serwisowych uzyskanych od producenta HP lub jego przedstawiciela. Odwołujący zwraca uwagę, że zamawiający badając oferty pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ powinien na taką okoliczność zwracać uwagę oraz dalej w swoich wywodach odwołujący stwierdza „Przed wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w SIWZ zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny zawartych w SIWZ. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie”. Tak można podsumować ratio legis odwołującego co do podniesionego zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w związku z nie odrzuceniem wszystkich ofert pozostałych poza ofertą odwołującego.

Odwołujący doprecyzowując okoliczności podniesionych zarzutów, co do ofert konkurentów a sprowadzających się do braku posiadania licencji serwisowych od producenta HP, wskazuje na następujące opisy przedmiotu zamówienia w SIWZ jak również na konsekwencje formalne i prawne z nich wynikające.

Przede wszystkim odwołujący wskazał na obowiązujący formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przywołując wyroki KIO i sądu), co ma zwłaszcza odniesienie do sytuacji gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i co skutkować powinno bezwzględnym odrzuceniem oferty.

Konieczność posiadania licencji na serwis od producenta HP odwołujący wywodzi z obowiązku umownego wykonawcy do przywrócenia pełnej sprawności naprawianego sprzętu to jest § 2 ust. 3 Projektu Umowy (zał. nr 2 do siwz). Zamawiający wymóg potwierdził y w odpowiedzi na pyt. nr 8 z dn. 26 czerwca 2018 r., podtrzymując wymaganie przywrócenia pełnej sprawności naprawionego sprzętu, dopuszczając jedynie dokonanie naprawy poza lokalizacją zamawiającego, we własnym serwisie wykonawcy, jeśli naprawa w lokalizacji zamawiającego będzie niemożliwa.

Również powołuje okoliczność, że zamawiający zamieścił tabelę sprzętu, z której wynika, że dysponuje on sprzętem różnego wieku i różnych generacji. W tym czasie oprogramowanie narzędziowe (zwane dalej „firmware”) tych urządzeń było wielokrotnie modyfikowane przez producenta (Hewlett Packard), czego skutkiem jest to, że nowy sprzęt będzie miał zupełnie inną wersję firmware niż pozostała infrastruktura. W konsekwencji cały system nie będzie funkcjonować prawidłowo, co jest równoznaczne z brakiem możliwości przywrócenia pełnej sprawności posiadanemu przez Zamawiającego sprzętowi.

Dalej odwołujący wywodzi „Naprawa podzespołów w posiadanej przez Zamawiającego infrastrukturze opiera się na wymianie ich na nowe urządzenia. Część z urządzeń wyposażona jest we własne, preinstalowane fabrycznie, standardowe oprogramowanie narzędziowe. Aby współpracować prawidłowo z naprawianą infrastrukturą musi nastąpić instalacja i uzgodnienie firmware wraz z infrastrukturą, w której ma zostać zainstalowany wymieniany podzespół. Takie czynności mogą dotyczyć zdecydowanej większości podzespołów objętych umową serwisową. Oznacza to, że dla przywrócenia wymaganej przez Zamawiającego pełnej sprawności naprawianego sprzętu niezbędne będzie dokonanie aktualizacji, ewentualnie pobranie poprawek do firmware dla urządzeń wstawianych w miejsce podzespołów, które uległy awarii. Warunki, na których możliwe jest pobranie i używanie poprawek, rozszerzeń, programów usuwających błędy, lub podobnych aktualizacji określa Pkt 6 tiret trzecie Umowy licencyjnej użytkownika końcowego HPE (dalej „EULA”). Zgodnie z przywołanym postanowieniem HPE zastrzega prawo do udostępniania takich aktualizacji wyłącznie klientom, którzy zawarli umowę o świadczenie pomocy technicznej. W konsekwencji jedynie wykupienie kontraktu

serwisowego dedykowanego przez producenta dla danego klienta pozwala na swobodną ingerencję w firmware, która jest niezbędna dla dokonania naprawy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Brak takiej możliwości uniemożliwia przeprowadzenie skutecznej naprawy, zgodnej z OPZ, bez naruszania praw osób trzecich.

Odwołujący też podnosi zagadnienie wyceny oferty i konieczności uwzględnienia w niej kosztów zakupu licencji serwisu od HP w związku naprawami czy też instalowaniem do istniejącego sprzętu nowych podzespołów (Zgodnie z Rozdz. XV siwz cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia. Niezależnie od tego, czy wymaganie uwzględnienia umowy o świadczenie pomocy technicznej HPE zostało wyrażone wprost w specyfikacji, wykonawca działający jako profesjonalista na rynku musi być świadomy tego, jakiego rodzaju licencje są wymagane dla zapewnienia usług spełniających wymagania Zamawiającego).

Podsumowując wywody odwołujący stwierdza, że tylko Wykonawca który wykupi dedykowany kontrakt serwisowy może wykonać naprawę prawidłowo i zgodnie z wymaganiami zamawiającego bez naruszania praw osób trzecich. Według posiadanych informacji wynika, że tylko oferta odwołującego obejmuje kontrakt.

Zamawiający z kolei powołując się na kontrakt serwisu zawarty z poprzednim wykonawcą, którym była spółka ITProjekt sp. z o.o. stwierdził między innymi Warunki świadczenia serwisu dla urządzeń wskazanych w SIWZ nie ulegają zmianie w stosunku do warunków obowiązujących dotychczas, wynikających z przywołanej powyżej umowy zawartej z Itprojekt Sp. z o.o. Umowa ta realizowana była zgodnie z założeniami zamawiającego wyłącznie poprzez dokonywanie napraw sprzętowych. Wymagane parametry serwisowe (w tym kluczowy czas naprawy) były dotrzymywane, a Wykonawcy nie naliczono w związku z realizacją umowy jakichkolwiek kar umownych. Równocześnie, Zamawiający nie poniósł ciężaru uiszczenia jakichkolwiek opłat związanych ze wsparciem dla oprogramowania i w toku realizacji umowy nie były wykonywane jakiegokolwiek czynności w stosunku do oprogramowania. Oznacza to, że wbrew stanowisku Odwołującego, świadczenie serwisu sprzętowego dla urządzeń objętych przedmiotowym zamówieniem, jest w praktyce możliwe i nie prowadzi do naruszenia jakichkolwiek praw osób trzecich. Ponadto pełnomocnik zamawiającego przywołał postanowienia co do zakresu umowy, z którego to wynika, że Zamawiający stwierdza, że odwołanie oparte jest o całkowicie błędną tezę, iż Zamawiający wymagał w SIWZ zaoferowania wsparcia producenta dla oprogramowania (firmware) urządzeń. Na tym założeniu Odwołujący oparł zarzuty skierowane przeciwko ocenie wszystkich ofert, poza jego własną. Jak już powiedziano, jest to założenie nieprawdziwe,

bowiem z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika wymaganie zaoferowania i świadczenia wsparcia producenta dla firmware urządzeń. Przeciwnie, z SIWZ wyraźnie wynika, że przedmiotem zamówienia jest serwis wyłącznie sprzętowy, a Zamawiający nie wymaga dokonywania aktualizacji czy instalacji poprawek oprogramowania. Wynika to w szczególności z następujących postanowień:

- a. ust. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest świadczyć serwis dla elementów sprzętowych,
- b. § 2 ust. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ (Wzór Umowy), zgodnie z którym w ramach realizacji umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń, oraz z faktu, iż w żadnym miejscu SIWZ nie został przewidziany obowiązek dokonywania jakichkolwiek czynności dotyczących oprogramowania.

Zbieżne stanowisko z zamawiającym przedstawił wykonawca wybrany, który w złożonym piśmie procesowym przedstawił szereg argumentów na poparcie twierdzenia, że zamawiający nie wymagał licencji na serwisowanie sprzętu od producenta HP i jednocześnie zdefiniował w odpowiedziach na pytanie co rozumie przez przywrócenie pełnej sprawności technicznej serwisowanego sprzętu, jak poniżej.

Brak wymagania zamawiającego w zakresie formalnego wsparcia serwisowego Hewlett Packard (dalej jako: „HP”)

Wymaga przy tym szczególnego podkreślenia, że zamawiający w żadnym punkcie SIWZ (lub załączników do SIWZ) nie zawarł wymagania, aby wykonawca miał wykupiony kontrakt serwisowy ze strony HP. Nie wynika to również z w/w fragmentu umowy. W żadnym miejscu nie ma też wymagania, aby serwis wykonawcy miał autoryzację producenta itp. Co więcej, z § 2 ust. 3 wzoru umowy wprost wynika, że przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętowej może się odbywać w serwisie wykonawcy, a nie serwisie producenta. Oznacza to, że zamawiający nie stawiał żadnego szczególnego wymagania w tym zakresie, poza ogólnym i całkowicie racjonalnym postanowieniem, z którego wynika, że serwis nie może odbywać się w sposób naruszający prawa osób trzecich.

Zatem, mówiąc kolokwialnie, na etapie postępowania przetargowego, jak również po zawarciu umowy, zamawiający nie wymaga i nie interesuje go czy wykonawca ma wsparcie serwisowe HP byleby umowa była wykonywana bez naruszenia praw osób trzecich. Przystępujący oświadczył poprzez formularz ofertowy, że nie zgłasza zastrzeżeń do treści siwz (w tym projektu umowy) a więc zapewnił zamawiającego, że będzie przestrzegał również § 2 ust. 3 projektu umowy. W jaki sposób to uczyni, to już zamawiającego formalnie nie może interesować i nie może domagać się takich informacji od oferentów. Kwestia weryfikacji

sposobu wykonania umowy to już etap po zawarciu umowy i przystąpieniu do jej realizacji. Wymaga przy tym podkreślenia, że Przystępujący uwzględnił wszystkie koszty wykonania zamówienia.

Zatem stawianie zarzutu zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP jest absurdalne, gdyż zamawiający nie ma żadnych podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. Podobnie nie ma żadnych podstaw do przeprowadzenia procedury z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. „względnie art. 87 ust. 1 Pzp, skoro nie wymagał wsparcia HP ani żadnych dokumentów w tym zakresie, Oferta Przystępującego jest kompletna.

Przystępujący formalnie rzecz biorąc nie musi się bowiem w tym momencie tłumaczyć się przed zamawiającym ani tym bardziej odwołującym, w jaki sposób będzie realizował umowę tak aby było to zgodne z prawem.

Tymczasem przedmiot zamówienia można wykonać prawidłowo bez udziału producenta oprogramowania. Odwołujący nie może obciążać zamawiającego lub konkurencyjnych wykonawców sposobem realizacji zamówienia jaki sam przyjął na potrzeby własnej oferty.

Odwołujący wskazuje na str. 4 odwołania, że sprzęt objęty serwisem jest w różnym wieku, w tym czasie zmieniało się oprogramowanie narzędziowe (tzw. firmware). Z tego względu obecnie produkowany komponent serwera, który będzie podlegał wymianie, będzie miał inną wersję firmware niż pozostała infrastruktura. W konsekwencji, aby współpracować prawidłowo z naprawianą infrastrukturą, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, „musi nastąpić” instalacja i uzgodnienie firmware wymienianego elementu z infrastrukturą (serwerem) na którym ten podzespół ma być zamontowany. Zatem dla przywrócenia pełnej sprawności naprawianego sprzętu, jak utrzymuje odwołujący, niezbędne będzie dokonanie aktualizacji, ewentualnie pobranie poprawek do firmware dla urządzeń wstawianych w miejsce podzespołów, które uległy awarii. Dalej na str. 5 Odwołujący konkluduje, że Jedynie Wykonawca, który wykupi dedykowany kontrakt serwisowy może wykonać naprawę prawidłowo i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego bez naruszenia praw osób trzecich”. Jest to stwierdzenie całkowicie błędne i nieprawdziwe.

Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie przewiduje obowiązku dokonywania aktualizacji, poprawek do firmware. Nie jest to zatem „niezbędne”, lecz przeciwnie. całkowicie zbędne, pod warunkiem oczywiście, że nie zostaną naruszone prawa HP. Do wykonania zamówienia nie jest konieczne posiadanie wsparcia serwisowego HP.

Jedynym wymaganiem zamawiającego w tym zakresie — wskazanym w § 2 ust. 3 projektu umowy - jest ogólne zobowiązanie wykonawcy do: „przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń”. Zamawiający nie wymusza przy tym na wykonawcy jakiegos

konkretnego sposobu przeprowadzania napraw np. poprzez aktualizację lub jakąkolwiek ingerencję w firmawre.

Dot. § 2 ust. 3: „W ramach realizacji umowy, zgodnie z określonymi warunkami umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętowej urządzeń, w miejscu ich instalacji, bez naruszenia praw osób trzecich” Prosimy o doprecyzowanie co Zamawiający rozumie przez „przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętowej”? Czy jest to przywrócenie pełnej/ udostępnionej przez producenta funkcjonalności urządzenia w warstwie sprzętowej/ czy też wiąże się to z odtworzeniem jakichkolwiek elementów konfiguracyjnych np. połączenia logiczne, odtwarzanie danych. systemów operacyjnych ? Odpowiedź

Poprzez przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętowej Zamawiający rozumie przywrócenie pełnej udostępnionej przez producenta funkcjonalności urządzenia w warstwie sprzętowej, Zatem zamawiający nie pozostawił żadnej wątpliwości jak rozumieć treść projektu umowy. Zadający pytanie wprost domagał się odpowiedzi, czy serwisowanie wiąże się z odtworzeniem jakichkolwiek elementów konfiguracyjnych wskazując na połączenia logiczne, odtwarzanie danych, systemów operacyjnych czy też zamawiającemu chodzi po prostu o przywrócenie pełnej funkcjonalności w warstwie sprzętowej. Zamawiający w odpowiedzi wprost wskazał, że poprzez przywrócenie pełnej funkcjonalności rozumie przywrócenie pełnej udostępnionej przez producenta funkcjonalności urządzenia w warstwie sprzętowej. Innymi słowy wprost potwierdzono, że zamawiający nie wymaga żadnej ingerencji w oprogramowanie narzędziowe, nie przewiduje żadnego obowiązku jego aktualizacji, poprawek etc., jedyne co go interesuje to efekt końcowy, który ma polegać na tym, że uszkodzone urządzenie po naprawie będzie działało jak przed awarią. Taki sposób naprawy - nie wymagający zmian w warstwie firmawre - przyjął w swej ofercie Przystępujący, jak również prawdopodobnie wszyscy pozostali wykonawcy, z wyjątkiem Odwołującego. Wymaga w tym miejscu wyjaśnienia, że najczęściej awarii w serwerach ulegają komponenty mechaniczne takie jak twarde dyski czy wentylatory. W przypadku twardego dysku posiada on firmware, który musi być „kompatybilny” z firmware serwera (w uproszczeniu BIOS). Przystępujący nie potrzebuje wsparcia HP aby ustalić jakiego typu twardego dysku uległ awarii. Po tym jak to ustalili, dostarcza i montuje w urządzeniu dokładnie taki sam dysk, tj. zawierający firmware — fabrycznie wgrany - identyczny do tego, który jest na uszkodzonym dysku. Innymi słowy dostarcza sprawny, posiadający gwarancję wykonawcy dysk, który został wyprodukowany w czasie, w którym używano odpowiedniego dla serwisowanego serwera firmware. W ten prosty sposób nie ma ŻADNEJ potrzeby ingerencji (aktualizacji etc) firmware. Taka ingerencja być może byłaby konieczna w przypadku wymiany dysku na inny, który zawiera inną wersję firmawre. Wówczas w niektórych przypadkach wsparcie serwisowe HP byłoby wskazane. W przypadku realizacji umowy przez Przystępującego taka sytuacja nie wystąpi gdyż jak już wskazano, za każdym razem zostanie



dostarczony komponent z TAKIM SAMYM fabrycznym firmware jak na uszkodzonym elemencie lub z właściwym czyli dopuszczonym i zalecanym przez producenta do danego rozwiązania fabrycznym firmware. Przystępujący naprawy prowadzi zgodnie ze sztuką i najlepszą praktyką serwisową więc zalecania producentów (jeśli takie są) stosujemy i jest to dla nas normalna praktyka w takich sprawach. Nie będzie zatem żadnych problemów z „kompatybilnością” i nie będzie potrzeby dokonywać jakichkolwiek operacji na oprogramowaniu (aktualizacji, łatek, rozszerzeń, poprawek), które naruszyłyby prawa HP. Co więcej, Przystępujący za każdym razem dostarczy komponent wyprodukowany przez HP, z oryginalnym, preinstalowanym fabrycznie oprogramowaniem. Nie są to żadne „zamienniki” etc. co wynika między innymi właśnie z tego, że konieczne jest aby firmware był zgodny z serwerem. Konieczne jest zatem dostarczenie sprzętu HP. Tym samym nie jest uzasadniony zarzut Odwołującego ze strony 5 odwołania, gdzie sugerował on jakoby Przystępujący Fujitsu nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Wręcz przeciwnie, Przystępujący uwzględnił wszystkie niezbędne koszty, przy czym wsparcie techniczne HP jako zbędne się do nich nie zalicza. Warto podkreślić, że Przystępujący Fujitsu ma doświadczenie w realizacji podobnych zamówień dla różnych instytucji publicznych. Przykładowo serwisował sprzęt HP dla Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego oraz Izby Celnej w Łodzi i dzięki przyjętej wyżej opisanej metodzie realizacji przedmiotu zamówienia nigdy nie doszło do jakiegokolwiek naruszenia praw HP czy innego podmiotu. Nigdy HP ani inny podmiot nie wystąpił z roszczeniami czy to przeciw zleceniodawcy czy też przeciw Fujitsu.

Zamawiający w 2016 r. również nie wymagał wsparcia serwisowego ze strony HP czy innych podmiotów. Potwierdzają to wprost pytania i odpowiedzi zamawiającego (pismo z dnia 14.04.2016 r.): Pytanie 1: Punkt 13 siwz „INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKIE POWINNY ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO” Prośba o doprecyzowanie dokumentów, jakie Wykonawca ma dostarczyć. potwierdzających wykupienie wsparcia na oprogramowanie wymienione Załączniku nr 1 do Specyfikacji np.: dla urządzenia o numerze seryjnym SG18DXV434. Odpowiedź: Przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi serwisowej dla środowiska serwerów x86 wraz z osprzętem. Lista sprzętu do serwisowania została określona w Załączniku nr 1. Zamawiający nie wyspecyfikował w niej wykupienia wsparcia na oprogramowanie ponieważ nie jest ono przedmiotem postępowania. Zamawiający oczekuje realizacji usług serwisowych do sprzętu wyspecyfikowanego w Załączniku nr 1 oraz zgodnie z S 2 ust. 2 umowy „przywrócenia pełnej (funkcjonalności sprzętu, bez naruszania praw osób trzecich”.

Pytanie 16: Umowa par. 2 pkt 2 „W ramach realizacji umowy, zgodnie z określonymi warunkami umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia pełnej/ funkcjonalności

sprzętu, bez naruszania praw osób trzecich,” Jak zamawiający rozumie przywrócenie pełnej funkcjonalności sprzętu Czy jest to przywrócenie pełnej, udostępnionej przez producenta sprzętu funkcjonalności sprzętu jako takiego, czy też wiąże się to z odtworzeniem jakichkolwiek elementów konfiguracyjnych? Odpowiedź: Zamawiający oczekuje przywrócenia pełnej funkcjonalności sprzętu z zastrzeżeniem, że przy wykonaniu naprawy nie może naruszać praw osób trzecich. Skuteczność naprawy i przywrócenia sprzętu do pełnej funkcjonalności znajduje swoje odzwierciedlenie w protokole cząstkowym wystawianym na koniec miesiąca podpisywanym przez strony umowy

Na rozprawie przeprowadzono dowód z

oświadczenia z dn. 27 sierpnia 2018 r. wystawione przez HP Enterprise Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pismo skierowane do p. M. P. na adres odwołującego, w którym stwierdza się, że na poczet zamówienia, tylko odwołujący posiada dedykowany kontrakt serwisowy. Z oświadczenia wynika, że jedynie odwołujący uzyskał w wyniku złożonej oferty dostęp do poprawek oprogramowania wbudowanego wraz z usługami naprawy sprzętu, co stanowi całościową ofertę serwisu HP, w którym to oświadczeniu wymienia się przedmiotowe postępowanie. Z treści drugiego oświadczenia również z dnia 27.08.2018 r. wynika, że sam fakt posiadania statusu partnera serwisowego nie daje prawa do modyfikacji oraz dystrybucji oprogramowania narzędziowego i wbudowanego dla urzędzeń HP bez dedykowanego kontraktu serwisowego. Jednocześnie uzupełniająco oświadcza, że żaden z wykonawców nie wystąpił o taki kontrakt. Dodatkowo radca prawny zwracając uwagę na udzielone odpowiedzi przez zamawiającego i przystępującego zwraca uwagę na stanowisko zamawiającego, z którego wynika, że nie interesuje go zagadnienie poprawek oprogramowania, a z wypowiedzi przystępującego Fujitsu wynika, że w sytuacji awarii dostarczy firmware. Zwraca uwagę, że zwłaszcza wiek posiadanego sprzętu i oprogramowania bardzo uprawdopadnia konieczność działania z uwagi na możliwość awarii, a podkreślam, że bez dedykowanego kontraktu serwisowego nie można bez naruszenia tych cudzych praw ingerować w oprogramowanie, co w przypadku awarii może okazać się konieczne.

### **Izba zważyła**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie udowodnił, że w celu wykonania zamówienia koniecznym jest posiadanie pełnego zakresu licencji producenta HP. Obowiązek posiadania takiej licencji jak wnioskuje odwołujący nie wynika ani z postanowień SIWZ co wykazali zamawiający i przystępujący, jak również odwołujący nie udowodnił, że obowiązek posiadania licencji jest niezbędnym dla wykonania pełnego zakresu serwisu przewidzianego w SIWZ. Reasumując z dokonanych powyżej ustaleń na podstawie postanowień SIWZ przedmiotowy serwis obejmuje naprawę

sprzętu a nie obejmuje poprawek, rozszerzeń, modernizacji czy też uzupełnień zainstalowanego na sprzęcie oprogramowania. Owszem odwołujący ma prawo wykupić pełen zakres serwisu usług u producenta sprzętu HP na zasadzie podwykonawstwa na co wskazywał zamawiający. Niemniej jest to jego suwerenna decyzja co do sposobu wykonania usługi i przyjętego sposobu realizacji usługi, którego nie może wymuszać od innych konkurentów. W tak sformułowanych postanowieniach SIWZ odnoszących się do przedmiotu zamówienia nazwanego usługą serwisu, wykonawca odpowiada za osiągnięcie efektu na poziomie dotychczasowym to jest przed awarią. Z przytoczonych powyżej odpowiedzi zamawiający udzielając wyjaśnień na zadane pytania stwierdzał, że przez utrzymanie pełnej funkcjonalności w przypadku awarii rozumie przywrócenie funkcjonalności na takim samym poziomie jak przez awarię sprzętu. Tym samym usługa serwisu nie ma na celu ulepszenia, poprawiania dotychczasowych funkcji sprzętu serwisowanego. Na podstawie złożonych wyjaśnień czy to w pismach procesowych, czy to w wyjaśnieniach na rozprawie wynika, że przedmiotowa usługa ma charakter odtworzeniowy.

Reasumując odwołujący nie wykazał naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy co do sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Z kolei rozważania w uzasadnieniu odwołania na niemożność wykonania usługi za cenę zaoferowaną są bezprzedmiotowe co do ich rozstrzygnięcia w związku z nie postawieniem w odwołaniu zarzutu rażąco niskiej ceny.

Tym samym odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy co powoduje brak podstaw do uwzględnienie odwołania w myśl obowiązującego art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) w związku z § 5 ust.3 pkt 1) w zw. z § 3 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. z 2018r. poz. 972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego wynagrodzenie 3.600,00 zł. dla pełnomocnika procesowego zamawiającego według faktury vat złożonej na rozprawie.

**Przewodniczący:** .....

