

WYROK
z dnia 2 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015r. przez **odwołującego** Konsorcjum wykonawców: Chimide Polska Sp. z o.o. ul. Żuławskiego 4/6; 02-641 Warszawa (Lider Konsorcjum) oraz Zakład Doskonalenia Zawodowego w Krakowie ul. Wybickiego 3a; 31-261 Kraków (Członek Konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Skarb Państwa, Minister Finansów reprezentowany przez Dyrektora Izby Celnej w Olsztynie; ul. Dworcowa 1; 10-413 Olsztyn

z udziałem: Ascomp S.A. z siedzibą w Niepołomicach, ul. Grabska 11; 32-005 Niepołomice przystępującego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje zamawiającemu ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa, Minister Finansów reprezentowany przez Dyrektora Izby Celnej w Olsztynie; ul. Dworcowa 1; 10-413 Olsztyn

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Chimide Polska Sp. z o.o. ul. Żuławskiego 4/6; 02-641 Warszawa (Lider Konsorcjum) oraz Zakład Doskonalenia

Zawodowego w Krakowie ul. Wybickiego 3a; 31-261 Kraków (Członek Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa, Ministra Finansów reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Olsztynie; ul. Dworcowa 1; 10-413 Olsztyn na rzecz Chimide Polska Sp. z o.o. ul. Żuławskiego 4/6; 02-641 Warszawa (Lider Konsorcjum) oraz Zakład Doskonalenia Zawodowego w Krakowie ul. Wybickiego 3a; 31-261 Kraków (Członek Konsorcjum) kwotę 18.600 **zł** 00 **gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Olsztynie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 roku za pismem z dnia 18 maja 2015 roku w związku z odrzuceniem oferty odwołującego w postępowaniu ogłoszonym w dniu 7 marca 2015 roku przez zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2015/S 047-080822 na zakup elementów aktywnych sieci LAN na potrzeby Projektu „program e-Cło”.

Użycie zwrotu „ustawa Pzp” lub „ustawa” oznacza ustawę z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2013r. poz. 907 z późn. zm.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. i art.7 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp. w związku z odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący zażądał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 20 maja 2015 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 23 maja 2015 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 1 czerwca 2015 roku odwołujący złożył pismo procesowe odnosząc się do argumentacji uczestnika procesu i podtrzymując swoją argumentacją z odwołania składając w poczet dowodu w sprawie – wyciąg Polityka sprzedażowa Cisco – źródło <http://www.cisco.com/c/en/us/products/eos-eol-policy.html>

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Podstawę faktyczną rozstrzygnięcia stanowi czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego w związku z postanowieniami SIWZ na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Czynności tej zamawiający dokonał w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego.

O czynnościach powyższych zamawiający powiadomił oferentów pismem z dnia 7 maja 2015 roku.

W piśmie tym zamawiający zawiadamia o odrzuceniu oferty odwołującego i dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego za kwotę 3.418.853,12 złotych i o okresie gwarancji 60 miesięcy.

W pierwszej części uzasadnienia zamawiający wskazał przyczyny odrzucenia oferty odwołującego podając, że po zapoznaniu się z ofertą odwołującego stwierdził, iż oferuje on okres gwarancji 300 miesięcy to jest 25 lat.

Dalej zamawiający przedstawia przebieg postępowania wyjaśniającego w stosunku do oferty odwołującego jak poniżej.

W dniu 20 kwietnia 2015 roku zamawiający wystąpił do odwołującego w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ według jego wiedzy producent sprzętu Cisco, którego sprzęt odwołujący zaoferował zapewnia wsparcie serwisowe producenta oraz dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware itp. na okres nie dłuższy niż 60 miesięcy od daty zakupu. W dniu 22 kwietnia 2015 roku odwołujący odpowiadając na wątpliwości zamawiającego wskazał, że oferowany na dzień złożenia oferty sprzęt firmy Cisco znajduje się w oficjalnej dystrybucji oraz posiada wsparcie serwisowe zgodnie z wymaganiami Specyfikacji (SIWZ). Jednocześnie odwołujący wskazał, że dostawa będzie pochodziła z autoryzowanego kanału dystrybucji na rynek Polski, gwarancja 300 miesięczna będzie wykonywana przez konsorcjum w oparciu o własny magazyn serwisowy przypisany do zamówienia, dostarczone do zamawiającego urządzenia będą nowe, oryginalnie zapakowane, z aktualnym systemem operacyjnym oraz firmware. Ponadto odwołujący zaznaczył, że zgodnie z polityką producenta gwarancja na przełączniki sieciowe Cisco jest dożywotnia a informacja o tym znajduje się na stronie internetowej producenta i wynika z niej, że czas gwarancji sprzętowej działa tak długo, jak pierwotny użytkownik będzie właścicielem lub będzie korzystał z produktu. Ponadto zamawiający podkreślił, że odwołujący zapewnia dostęp do części serwisowych zaoferowanych przełączników tak długo jak Izba Celna w Olsztynie będzie korzystała z zakupionych w ramach postępowania urządzeń. Jednocześnie odwołujący wskazał, że wsparcie gwarancyjne firmy Cisco jest ograniczone do 5 lat od dnia zakończenia produkcji danego urządzenia oraz, że na dzień składania ofert nie było i aktualnie nie ma informacji o zaprzestaniu produkcji.

Zamawiający w ramach dalszej procedury postępowania wyjaśniającego w oparciu o art.87 ust.1 ustawy Pzp. w dniu 22 kwietnia 2015 roku wezwał do wyjaśnienia odwołującego w zakresie aktualizacji systemu operacyjnego i firmware to jest czy wykonawca zapewni przez okres 300 miesięcy dostęp do aktualizacji systemu operacyjnego i firmware oraz w jaki sposób będzie to realizowane. W dniu 23 kwietnia 2015 roku odwołujący poinformował przywołując punkt III SIWZ, że przedmiotem zamówienia objęte przełączniki mają spełniać następujące wymagania:

- a) być fabrycznie nowe;
- b) być wolne od wad prawnych;
- c) posiadać zainstalowane najnowsze oprogramowanie;
- d) pochodzić od jednego producenta;
- e) być jednolite w danej konfiguracji;
- f) być modelami znajdującymi się w oficjalnej dystrybucji producenta na dzień składania ofert oraz posiadać wsparcie serwisowe producenta, (dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware, itp.);
- g) posiadać oznakowanie CE;
- h) być dostarczone w opakowaniach fabrycznie nowych, których przechowywanie przez zamawiającego nie jest wymagane do zachowania udzielonej gwarancji.

Wykonawca czyli odwołujący jednocześnie wskazał zamawiającemu, że zwłaszcza z punktu f nie wynika przez jaki okres zamawiający oczekuje dostępu do aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware oraz, że na dzień składania ofert przełączniki sieciowe posiadają dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware oraz, że wszelkiego rodzaju aktualizacje będą udostępniane zamawiającemu przez portal odwołującego na wniosek upoważnionych do tego osób przez zamawiającego tak długo jak będzie producent je publikował.

Zamawiający przywołał rozdział III pkt f oraz załącznik nr 3 do SIWZ pkt 2 f gdzie określił dwa odrębne wymogi dotyczące zamawianego sprzętu. Z pierwszego wymogu dostarczany sprzęt musiał znajdować się w oficjalnej dystrybucji producenta na dzień składania ofert, co gwarantuje zamawiającemu sprzęt sprawny technicznie, że będzie spełniał obowiązujące standardy, będzie pochodził z legalnego kanału dystrybucyjnego, będą dostępne do niego części zamienne i wsparcie serwisowe producenta co najmniej przez okres minimalnej gwarancji (polityka tzw. ograniczonej gwarancji dożywotniej to jest wsparcie przez okres 5 lat od daty wycofania z dystrybucji - End Of Sale).

Zgodnie z drugim wymogiem również wynikającym z rozdziału III pkt f. oraz Załączniku nr 3 do SIWZ punkt 2 f zamawiający żądał zapewnienia do dostarczanego sprzętu wsparcia serwisowego producenta (dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego i aktualizacji firmware, itp.). Przy czym w wyjaśnieniach z dnia 31 marca 2015

roku zamawiający doprecyzował, że w ramach wsparcia wymaga bezpośredniego dostępu do pomocy technicznej producenta, możliwości samodzielnego pobierania oprogramowania i dostępu do bazy wiedzy, dokumentacji i grup dyskusyjnych w ramach niepublicznych stron WWW producenta. Wymóg ten miał gwarantować zamawiającemu bezpośredni dostęp do aktualizacji oprogramowania, który to aspekt wsparcia serwisowego zamawiającego jest istotny i kluczowy dla bezpieczeństwa eksploatacji zakupywanego sprzętu. Dostęp do aktualizacji oprogramowania zapewnia eliminację wykrytych błędów oraz niezawodność działania i utrzymanie celnej funkcjonalności sprzętu.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia stwierdził, że odwołujący zapewnia jedynie, że oferowany sprzęt będzie pochodził z legalnego kanału dystrybucji oraz, że odwołujący będzie w stanie zapewnić warunki gwarancyjne oraz serwis gwarancyjny w oparciu o własną kare i magazyn serwisowy. Natomiast w kwestii wsparcia serwisowego odwołujący dążył do wykazania, że wystarczające jest ono na dzień składania ofert. Natomiast wykonawca wskazuje, że zamawiający nie precyzuje długości okresu dostępu do aktualizacji oprogramowania oraz że będą one udostępniane zamawiającemu nie bezpośrednio ale przez portal odwołującego, na wniosek osób upoważnionych, tak długo jak producent będzie je publikował.

W ocenie zamawiającego nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, ponieważ oczywistą intencją zamawiającego jest dostęp do wsparcia serwisowego, do podzespołów zamiennych, aktualizacji. Jedynym okresem dotyczącym zdarzeń przyszłych, określonym w SIWZ jest okres gwarancji wymagany minimum przez 36 miesięcy. Dlatego też wsparcie serwisowe producenta musi być dostępne w okresie zaproponowanej gwarancji, w tym przypadku 25 lat. (300 miesięcy).

W posumowaniu zamawiający stwierdza, że odwołujący nie gwarantuje wsparcia serwisowego producenta przez oferowany okres gwarancji to jest 25 lat. Nie zapewnia również bezpośredniego dostępu do pomocy technicznej producenta, możliwości samodzielnego pobierania oprogramowania i dostępu do bazy wiedzy, dokumentacji i grup dyskusyjnych w ramach niepublicznych stron WWW producenta. Udostępnianie aktualizacji poprzez portal wykonawcy jest niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz mogłoby narazić zamawiającego na spory prawne związane z naruszeniem praw własności intelektualnej i roszczeniami strony trzeciej. Ponadto zgodnie z wymogiem określonym w załączniku nr 3 do SIWZ pkt 3c, zamawiający nie dopuszcza zaoferowania sprzętu, którego zainstalowanie powodowałoby ponoszenie dodatkowych nakładów finansowych lub innych opłat o charakterze licencyjnym od których byłaby uzależniona możliwość użytkowania dostarczonego sprzętu w pełnym zakresie funkcjonalnym. W przypadku braku dostępu do aktualizacji oprogramowania, konieczne byłoby zakupienie takiej usługi przez zamawiającego w celu zapewnienia pełnej funkcjonalności sprzętu.

Izba uwzględniając wnioski dowodowe strony i uczestnika postępowania oraz z urzędu przeprowadziła dowody z dokumentów jak poniżej dokonując następujących ustaleń.

Przedmiot zamówienia opisany jest w rozdziale III SIWZ i wynika z niego, że przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa 186 (stu osiemdziesięciu sześciu) zestawów zarządzanych przełączników sieciowych gigabit Ethernet warstwy 2 oraz 3 w 17 konfiguracjach. Minimalne wymagania dotyczące zestawów przełączników, ich konfiguracji oraz wymaganych parametrów funkcjonalno-technicznych określone zostały w Załączniku nr 3 do SIWZ – specyfikacja funkcjonalno-techniczna. Szczegółowy opis, zakres i zasady realizacji przedmiotu zamówienia został określony w Załączniku nr 9 do SIWZ – wzór umowy.

Zamawiający określił, wśród wymagań co do oferowanych zestawów przełączników, że muszą być modelami znajdującymi się w oficjalnej dystrybucji producenta na dzień składania ofert oraz posiadać wsparcie serwisowe producenta (dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware, itp.).

Szczegółowy opis warunków dostawy został określony w Załączniku nr 9 do SIWZ – wzór umowy.

W ramach zamówienia wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia usług serwisu gwarancyjnego na zasadach określonych w specyfikacji funkcjonalno-technicznej oraz we wzorze umowy. Okres gwarancji wynosi minimum 36 miesięcy (rozdział III pkt 3 str. 4 SIWZ).

Oferowane zestawy przełączników muszą spełniać następujące wymagania:

- a) być fabrycznie nowe;
- b) być wolne od wad prawnych;
- c) posiadać zainstalowane najnowsze oprogramowanie;
- d) pochodzić od jednego producenta;
- e) być jednolite w danej konfiguracji;
- f) być modelami znajdującymi się w oficjalnej dystrybucji producenta na dzień składania ofert oraz posiadać wsparcie serwisowe producenta, (dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware, itp.);
- g) posiadać oznakowanie CE;
- h) być dostarczone w opakowaniach fabrycznie nowych, których przechowywanie przez zamawiającego nie jest wymagane do zachowania udzielonej gwarancji.

Warunki dostawy: Szczegółowy opis warunków dostawy został określony w Załączniku nr 9 do SIWZ – wzór umowy.

W rozdziale XIV Opis kryteriów i sposób oceny ofert zamawiający ustalił dwa poziomy oceny ofert to jest 85 % cena i okres gwarancji -15 % przy czym okres gwarancji nie może być

krótszy niż 36 miesięcy. Rozdział XV Umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie oraz w specyfikacji i zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o określone kryteria wyboru.

Załącznik nr 3 do SIWZ Specyfikacja funkcjonalno-techniczna dzieli się na wymagania ogólne - dotyczy wszystkich zestawów przełączników i ich wyposażenia i zawiera opis przeznaczenia; wymagania generalne (jak w SIWZ rozdział III w tym lit. f – znajduje się w oficjalnej dystrybucji producenta na dzień składania ofert oraz posiada wsparcie serwisowe producenta – dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware itp.); wymagania funkcjonalne; integracja, testowanie i odbiór; termin realizacji oraz warunki płatności; gwarancja i serwis (minimalny okres gwarancji na sprzęt, liczony od dnia podpisania danego protokołu zdawczo- odbiorczego, wynosi 36 miesięcy. Szczegółowe warunki gwarancji i serwisu określone są we wzorze umowy. Dalej w tym załączniku do SIWZ zamawiający zamieścił wymagane parametry techniczne.

Zał. nr 9 do SIWZ – Wzór umowy w § 4 i 5 umowy zawiera warunki gwarancji i serwisu gwarancyjnego. W § 4 umowy zamawiający wymaga wpisania okresu gwarancji przy zastrzeżeniu, że minimum wynosi 36 miesięcy oraz, że sprzęt objęty jest usługą serwisu gwarancyjnego (pomyłkowo wpisano „prewencyjnego”) zgodnie z wymogami określonymi przez producenta. Z kolei w § 5 umowy regulowane są usługi gwarancyjne przez wykwalifikowany serwis, miejsce świadczenia usług, czas reakcji serwisu, warunki usuwania usterek w terminie dłuższym niż 5 dni, 14 dni, zasady ponoszenia kosztów świadczenia usług serwisu gwarancyjnego, zapewnienie dostępu do serwisu na wskazane w umowie WWW. za pomocą formularza on-line oraz telefonicznie.

Zamawiający przed złożeniem ofert dokonał szeregu odpowiedzi na pytania w trybie art.38 ustawy jak poniżej.

Zresztą sam zamawiający w toku procesu przywoływał udzielone odpowiedzi w dniu 31 marca 2015 roku.

Na pytanie nr 15 Czy klient wymaga aby sprzęt pochodził z autoryzowanego kanału dystrybucyjnego i czy w związku z tym będzie wymagał poświadczenia pochodzenia przez przedstawicielstwo producenta w Polsce. Zamawiający udzielił odpowiedzi. Tak zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Zamawiający nie wymaga złożenia do oferty dodatkowego dokumentu w tym zakresie. Z kolei na pytanie nr 21 Czy zamawiający w ramach suportu wymaga bezpośredniego dostępu do pomocy technicznej producenta, możliwości samodzielnego pobierania oprogramowania i dostępu do bazy wiedzy, dokumentacji i grup dyskusyjnych w ramach niepublicznych stron WWW. producenta, Zamawiający udzielił odpowiedzi - Tak.

W dniu 3 kwietnia 2015 roku jako reakcja na udzielone odpowiedzi w dniu 31 marca 2015 roku jeden z wykonawców zaprotestował do zamawiającego w związku z udzielonymi odpowiedziami jak poniżej.

Przywołano pytanie nr 15 i udzieloną odpowiedź co do wymagania, iż sprzęt ma pochodzić z autoryzowanego kanału dystrybucji producenta. I dalsze tego typu stwierdzenia. Wykonawca protestując przeciw tego rodzaju odpowiedziom powołał się na dyrektywy unijne obowiązujące to jest Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady; Dyrektywa 2004/17/WE i Dyrektywa 2007/66/WE zmieniająca dyrektywę 89/665/EWG, przywołał podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, nazwał wymóg autoryzowanych kanałów dystrybucji producentów jako bezprawne. Żądając zmiany obecnego stanowiska zamawiającego oraz potwierdzenia, że zamawiający dopuszcza sprzęt nie tylko zakupiony przez oficjalny/autoryzowany kanał sprzedaży lecz przez każdy legalny kanał sprzedaży jeśli będzie objęty wymaganą gwarancją w Polsce. Zamawiający udzielił odpowiedzi, że nie żąda i nie zadał aby wykonawca był związany jakąkolwiek formą prawną z producentem lub jego przedstawicielem. W SIWZ nie znajdowały się zapisy w tym zakresie. Ani też nie zostały wprowadzone (przywołał zmianę SIWZ w dniu 31 marca 2015 roku). Potwierdzeniem powyższego jest również odpowiedź na pytanie nr 2 udzielona w dniu 31 marca 2015 roku, z której wynika, że nie ma wymogu świadczenia usług serwisu gwarancyjnego bezpośrednio przez producenta sprzętu.

W dniu 15 kwietnia 2015 roku do zamawiającego wystąpił przystępujący w sprawie to jest wykonawca wybrany, który zakwestionował ofertę odwołującego z racji, że zaoferowany okres gwarancji nie zapewni zamawiającemu gwarancji w pełnym zakresie w tym zakresie bezpośredniego dostępu do pomocy technicznej producenta itd. przez okres 25 lat a co najwyżej przez okres 60 miesięcy czyli przez okres 5 lat. Bowiem wykonawca ma możliwość wykupienia od producenta usługi Smartnet na okres maksymalnie 60 miesięcy i jest to jedyna usługa wsparcia oferowana przez producenta na sprzęt objęty oferta. Może też świadczyć gwarancję samodzielnie, przy czym aby spełnić wymagania SIWZ musi być autoryzowanym partnerem producenta, a dostęp do bazy wiedzy i spełnienie innych warunków SIWZ również nie będzie trwało dłużej niż 60 miesięcy. Dlatego też przystępujący zażądał odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Wskutek zawiadomienia przystępującego z dnia 15 kwietnia 2015 roku zamawiający wszczął wobec odwołującego procedurę wyjaśniającą, opisana w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 7 maja 2015r. jak powyżej.

Dla przedstawienia chronologii postępowania zamawiającego w tym miejscu Izba dokonuje ustaleń jak poniżej.

W dniu 20 kwietnia 2015 roku zamawiający wystąpił do odwołującego w trybie art.87 ust.1 ustawy wskazując na rozdział III SIWZ, iż oferowane zestawy przełączników muszą być

modelami znajdującymi się w oficjalnej dystrybucji producenta na dzień składania ofert oraz posiadać wsparcie serwisowe producenta to jest dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware, itp. Z wiedzy zamawiającego wynika, że firma CISCO, której urządzenia są oferowane zapewnia wsparcie serwisowe przez 60 miesięcy a nie jak w ofercie odwołującego żądając w tym zakresie wyjaśnień.

W dniu 22 kwietnia 2015 roku odwołujący udzielił zamawiającemu wyjaśnień powołując się na SIWZ, rozdział III SIWZ zgodnie z którym oferent ma zapewnić dostawę urządzeń z oficjalnego kanału dystrybucji producenta zapewniając wsparcie serwisowe opisane w SIWZ. Potwierdzając, że gwarancja 300 miesięczna będzie wykonywana przez nasze konsorcjum w oparciu o własny magazyn serwisowy przypisany do zamówienia. Jak wyżej w piśmie zamawiającego o odrzuceniu oferty z dnia 7 maja 2015 roku, powołał się na gwarancję dożywotnią producenta opisując jej zasady to jest obowiązywanie jej tak długo jak zamawiający będzie używał dostarczonych przełączników sieciowych. Ponadto nadmienił, że jeszcze przez pięć lat od zakończenia produkcji funkcjonuje wsparcie serwisowe producenta. Ponadto, że na dzień składania ofert nie było i nie ma aktualnie informacji o zakończeniu produkcji. Naprawy gwarancyjne będą realizowane zgodnie z wzorem umowy dołączonym do SIWZ.

W uzupełnieniu zamawiający w dniu 22 kwietnia 2015 roku wystąpił do odwołującego w trybie art.87 ust.1 ustawy czy zapewnia dostęp do aktualizacji systemu operacyjnego i firmware zostanie zapewniony przez cały okres trwania gwarancji to jest przez 300 miesięcy oraz w jaki sposób będzie to realizowane.

W dniu 23 kwietnia 2015 roku odwołujący udzielił odpowiedzi przywołując rozdział III Przedmiot zamówienia SIWZ przywołując postanowienia lit. f. oferowane zestawy przełączników muszą być modelami znajdującymi się w oficjalnej dystrybucji producenta na dzień składania ofert oraz posiadać wsparcie serwisowe producenta (dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware, itp.).

Powyższych ustaleń Izba dokonała na podstawie wskazanych w pismach procesowych stron i uczestnika postępowania dokumentów oraz dokumentów z urzędu, znajdujących się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego za potwierdzeniem zgodności z oryginałem przez kierownika zamawiającego.

Izba przyjęła również w poczet dowodów pismo dostarczone na rozprawie z dnia 01.06.2015 roku przez odwołującego, z którego wynika, że wymienione w nim urządzenia Cisco nie zostały wycofane z produkcji i sprzedaży, oraz podlegają gwarancji i w przypadku zakupu usługi serwisowej takiej usłudze. Na dzień sporządzenia pisma data end- of –life czy

end-of-support dla tych urządzeń nie jest znana wystawione w imieniu Cisco Systems Poland Sp. z o.o. ul. Domaniewska 39B; 02-672 Warszawa.

Izba również przyjęła w poczet dowodów dołączony do pisma procesowego odwołującego z dnia 1 czerwca 2015 roku wydruk ze strony internetowej: <http://WWW.Cisco.com/c/en/us/products/e-os-eol-policy.html> Koniec Cyklu Życia Produktu: Przegląd.

Izba nie przyjęła w poczet dowodów jako bezprzedmiotowe w sprawie wydruki ze strony internetowej Cisco dla przełączników odnawianych z certyfikatem Cisco, z uwagi, że w myśl SIWZ przełączniki mają być fabrycznie nowe.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba na podstawie przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego w oparciu o SIWZ i złożoną ofertę odwołującego, nie stwierdziła podstaw do uznania złożonej oferty przez odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego okresu gwarancyjnego na okres 300 miesięcy czyli 25 lat. Po pierwsze zamawiający określił tylko i wyłącznie dolny pułap okresu trwania gwarancji to jest 36 miesięcy bez określania górnego pułapu. Po drugie postanowienia w tym zakresie SIWZ to jest § 4 i 5 wzoru umowy określają obowiązki dostawcy w zakresie gwarancji, których braku możliwości wypełnienia odwołującemu nie wykazano a odwołujący zapewnił ich wykonanie w trybie art.87 ust.1 ustawy. Po trzecie gwarancji udziela sprzedawca a nie producent, który udziela tylko tzw. wsparcia serwisowego to jest zapewnienia części zamiennych oraz aktualizacji systemu operacyjnego jak i firmware (rozdział III SIWZ).

Po czwarte postanowienia SIWZ w tym wzór umowy jak i Specyfikacja funkcjonalno – techniczna są dokumentami jednoznacznie brzmiącymi i ograniczonymi w swej treści co do obowiązków gwarancyjnych (powyżej cytowane).

W ocenie Izby zamawiający nie potrafi oddzielić dwóch zagadnień, które powinien traktować oddzielnie a mianowicie usługi gwarancji świadczonej przez sprzedawcę na rzecz zamawiającego i wsparcia serwisowego producenta świadczonego dla sprzedawcy. Podstawą do otrzymania wsparcia serwisowego jest zakup sprzętu u producenta, u którego sprzedawca wykupuje usługę serwisową dla zakupionego sprzętu celem udzielenia gwarancji zamawiającemu. Jak już wyżej Izba podkreśliła gwarancji udziela sprzedawca na rzecz zamawiającego wykupując w tym celu wsparcie serwisowe u producenta. Zakres wsparcia serwisowego jest określony w SIWZ (rozdział III SIWZ) a również gwarancja jest

określona (§ 4 i 5 wzoru umowy – zał. 9 do SIWZ). Słusznie odwołujący udzielając wyjaśnień zamawiającemu w trybie art.87 ust.1 ustawy wyjaśnił, że dla zamówienia przedmiotowego zorganizuje magazyn serwisowy z częściami zamiennymi jak również zapewni od producenta wszelkie aktualizacje programu operacyjnego jak i firmware. Izba w świetle postanowień SIWZ nie znajduje usprawiedliwienia dla oczekiwań zamawiającego po złożeniu ofert co do bezpośredniego aktualizowania u producenta programów operacyjnych czy firmware dla sprzętu. Zamawiający ma prawo oczekiwać usługi gwarancyjnej od sprzedawcy a nie od producenta a sprzedawca w ramach usługi gwarancyjnej ma obowiązek zapewnić sprawność i funkcjonalność zakupionego sprzętu przez zagwarantowanie części zamiennych czy też aktualizacji oprogramowań. Z kolei użycie w SIWZ zwrotu "itp." co do zakresu wsparcia serwisowego producenta leży w gestii sprzedawcy a nie zamawiającego. Natomiast nie ma znaczenia dla realizacji gwarancji czy produkt będzie w sprzedaży przez 25 lat czy też będą w tym okresie aktualizacje oprogramowań. Bowiern jak długo będzie produkt miał aktualizacje oprogramowania tak długo sprzedawca ma obowiązek zamawiającemu je dostarczać.

Izba w świetle postanowień SIWZ a również k.c. nie znajduje podstaw do uwzględnienia oczekiwań zamawiającego bezpośredniego korzystania z gwarancji u producenta. Producent nie jest i nie będzie stroną dla zamawiającego chyba, że złoży zamawiającemu bezpośrednio ofertę.

Izba również nie uznała za uprawnione ograniczenie podmiotów składających ofertę tylko do oficjalnych/autoryzowanych przedstawicieli producenta (czego zamawiający oczekiwał udzielając wyjaśnień w dniu 31 marca 2015 roku) a z czego się wycofał się w piśmie z dnia 3 kwietnia 2015 roku.

Co nie oznacza, że zamawiane produkty nie muszą pochodzić z oficjalnych kanałów dystrybucji producenta. Niemniej mogą je dostarczać nie tylko autoryzowani przedstawiciele producenta. Taki też stanowisko wyraził w piśmie z dnia 3 kwietnia 2015 roku zamawiający. Zarzut przeciw złożonej ofercie jako sprzecznej z treścią SIWZ związany jest z zaferowaniem przez odwołującego okresu 25 lat gwarancji. Powszechnie uznawany jest pogląd w oparciu o prawa rynku, że najdłuższym okresem gwarancji jest okres 60 miesięcy czyli 5 lat. Niemniej o długości gwarancji i warunkach jej realizacji decyduje sprzedawca zgodnie z art. 577 i następnymi k.c. w związku z art.14 ustawy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający w SIWZ a w szczególności we wzorze umowy ustanawia warunki gwarancji i takowe warunki gwarancji ustalił w tym postępowaniu we wzorze umowy to jest § 4 i 5 umowy. Również zamawiający w rozdziale III SIWZ określił na czym ma polegać wsparcie serwisowe producenta określając je jako: dostęp do podzespołów zamiennych, aktualizacji systemu operacyjnego, aktualizacji firmware itp. Z tak sformułowanych warunków nie wynika, że to zamawiający ma bezpośrednio u producenta

mieć dostęp do podzespołów zamiennych czy do aktualizacji systemu operacyjnego i firmware. W myśl postanowień SIWZ to oferowane zestawy przełączników muszą być modelami znajdującymi się w oficjalnej dystrybucji producenta na dzień składania ofert oraz posiadać wyżej opisane wsparcie serwisowe producenta.

Odwołujący składając oświadczenie Cisco wykazał, że oferowane przełączniki na dzień składania oferty jak i na dzień oświadczenia to jest na dzień 1 czerwca 2015 roku nie zostały wycofane z produkcji i sprzedaży i mają gwarancję. Z kolei z przedłożonej polityki sprzedaży producenta wynika, że po zaprzestaniu produkcji jeszcze przez pięć lat producent zapewnia części zamienne. Natomiast cykl życia zamawianych produktów nie jest znany tylko przewidywany. Przywołując tak zwaną gwarancję dożywotnią producenta to od zamawiającego zależy długość świadczenia gwarancji przez odwołującego. Skoro odwołujący złożył gwarancję na 25 lat to ma zobowiązanie wobec zamawiającego przez ten okres. Tylko zamawiający może zdecydować o wygaśnięciu gwarancji przed upływem 25 lat gdyby wcześniej wycofał z użycia przedmiotowe przełączniki sieciowe.

Reasumując powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zaoferowanie 25 lat gwarancji w ofercie odwołującego nie narusza treści postanowień SIWZ. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę cenową jak i gwarancyjną w związku z tym posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy (protokół postępowania sporządzony przez zamawiającego).

Naruszenia przez zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w związku z odrzuceniem oferty odwołującego ma istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 złotych tytułem zwrotu uiszczonego wpisu i 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie przedłożonego rachunku vat.

Przewodniczący: