

Sygn. akt: KIO 123/23

WYROK
z dnia 30 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2023 r. przez wykonawcę COMP spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy ul. Jutrzenki 116 (02-230 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie przy Al. Jana Pawła II 70 (00-175 Warszawa)

przy udziale wykonawcy IT Solution Factor spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Popularnej 4/6 (02-473 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę COMP spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Zakup usług informatycznych w zakresie wsparcia technicznego dla elementów infrastruktury IT oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego wykorzystywanego przez ARiMR (UWT) dla sprzętu DELL w okresie do 31.12.2024* o numerze referencyjnym: DPiZP.2610.22.2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2022 r., pod numerem 2022/S 169-478374.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 16 stycznia 2023 r. wykonawca COMP S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „ITSF”), pomimo, iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia gdyż wykonawca ten nie złożył dokumentu o którym mowa w pkt IV.1.2.8.1 SWZ, tj. oświadczenia lub innego dokumentu Producenta Sprzętu lub jego przedstawiciela na Polskę lub oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu (dla pozycji dla których serwis producenta będzie świadczony, zgodnie z Załącznikiem nr 2a do ppu, stanowiących Załącznik nr 7 do SWZ) potwierdzających, że wykonawca jest uprawniony do sprzedaży serwisu producenta Sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania lub oświadczenia producenta Sprzętu, że wykonawca jest autoryzowanym serwisem producenta Sprzętu DelleMC;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ITSF, pomimo, iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykonawca zaoferował niezgodny z SWZ sposób realizacji zamówienia;

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż wykonawca ITSF złożył wprowadzające w błąd zapewnienie, iż sprzęt naprawiany przez niego i w sposób przez niego opisany będzie objęty wsparciem producenta;

ewentualnie,

4) art. 107 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania ITSF do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt IV.1.2.8.1 SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu i w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez ITSF, ewentualnie wezwanie ITSF do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt IV.1.2.8.1. SWZ;
- ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Zgodnie z informacjami zawartymi w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty złożona przez niego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta złożona przez ITSF zostałaaby odrzucona, a w konsekwencji to oferta odwołującego zostałaaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. W ocenie odwołującego nie mógł zatem budzić wątpliwości fakt, że objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez niego szkody polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty ITSF z powodu niespełniania wymagania określonego w pkt IV.1.2.8.1. SWZ odwołujący wskazał, że żaden ze złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 października 2022 r. dokumentów i oświadczeń nie był oświadczeniem ani dokumentem wymaganym przez zamawiającego zgodnie z treścią ww. punktu. W ocenie odwołującego z treści wymagania określonego w pkt IV.1.2.8.1. SWZ wynikało, iż zamawiający oczekiwał dokumentu dedykowanego do tego konkretnego postępowania. Wskazuje na to żądanie, aby oświadczenie/dokument miał charakter spersonalizowany, tj. dotyczył pozycji dla których serwis producenta będzie świadczony, zgodnie z Załącznikiem nr 2a do ppu, stanowiącym Załącznik nr 7 do SWZ. Wskazuje na to również użycie określenia „Sprzętu” i „Oprogramowania” z wielkiej litery, co oznacza, że zamawiającemu niewątpliwie chodziło o ten konkretny Sprzęt i Oprogramowanie, które posiada. Ponadto, zamawiający, oprócz przywołanego wskazania w nawiasie, zawarł w OPZ i Umowie definicje zarówno Sprzętu jak i Oprogramowania. Ponadto oświadczenie/dokument miało jednoznacznie potwierdzać jedną z okoliczności:

- uprawnienie wykonawcy do sprzedaży serwisu producenta Sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania;
- okoliczność bycia autoryzowanym serwisem producenta Sprzętu Dell EMC.

Tymczasem, w opinii odwołującego, ITSF załączył do oferty tylko ogólną informację o posiadaniu statusu GOLD, która w ogóle nie zawierała informacji do czego uprawniony jest wykonawca, a jedynie suchą informację, iż „spełnił wymagania programu i wymagania biznesowe, aby się zakwalifikować jako złoty dostawca rozwiązań w ramach programu partnerskiego Dell Technologies”. Informacja ta nie jest ani oświadczeniem producenta, ani innym dokumentem, o którym mowa w pkt IV.1.2.8.1 SWZ, gdyż niczego nie potwierdza, z wyjątkiem okoliczności, iż wykonawca spełnił wymagania dla partnera GOLD. Dopiero kolejne, złożone na wezwanie dokumenty, próbują wyjaśnić, jakie uprawnienia wynikają z faktu posiadania partnerstwa GOLD. Jednak również nie są to dokumenty oczekiwane przez zamawiającego:

- wydruk ze strony – potwierdza jedynie fakt posiadania partnerstwa GOLD;
- fragment umowy ze strony – potwierdza jedynie, że produkty i usługi udostępniane użytkownikowi do odsprzedaży przez firmę Dell Technologies mogą być kupowane wyłącznie za pośrednictwem autoryzowanego dystrybutora firmy Dell Technologies („Dystrybutora”), lub na podstawie specjalnego upoważnienia umownego - bezpośrednio od firmy Dell;
- korespondencja mailowa w żaden sposób nie odnosi się do Sprzętu i Oprogramowania posiadanego przez zamawiającego, a zawiera jedynie ogólne stwierdzenie o możliwości sprzedaży produktów „z portfolio firmy Dell”;
- oświadczenie własne nie spełnia wymogów postawionych przez zamawiającego, gdyż ITSF nie jest żadnym z podmiotów wymienionych, przez zamawiającego w SWZ uprawnionych do złożenia tego oświadczenia. Wbrew bowiem sugestii płynącej z treści wyjaśnień, ITSF nie jest „przedstawicielem” producenta w Polsce, a jedynie jego partnerem o statusie GOLD. Jedynym przedstawicielem producenta w Polsce jest Dell sp. z o.o. Co znamienne, ITSF nie wskazuje wprost w wyjaśnieniach, iż jest „przedstawicielem” DELL, jednak formułuje wyjaśnienia w taki sposób, że ich czytelnik odnosi wrażenie, iż bycie „partnerem” jest tożsame z byciem „przedstawicielem”;
- również treść oświadczenia nie odpowiada stanowi rzeczywistości, gdyż ITSF nie jest uprawniony do sprzedaży „autoryzowanego serwisu producenta”.

Podsumowując, zdaniem odwołującego, żaden z przedstawionych dokumentów/oświadczeń nie odpowiada wymaganiu postawionemu przez zamawiającego w SWZ, gdyż nie odnosi się do Sprzętu i Oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia. Tym samym treść oferty ITSF jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto, pomimo, iż ITSF był wzywany, w trybie art. 107 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia dokumentu, to ponieważ w wyniku wezwania samodzielnie uzupełnił szereg dokumentów i w oparciu o te dokumenty zamawiającego ocenił spełnianie wymagań, tym samym „wyczerpał” możliwość ich jednokrotnego uzupełnienia. Oferta ITSF na obecnym etapie powinna zostać odrzucona bez dodatkowego

wezwania do uzupełnienia dokumentów, z uwagi na jednokrotny charakter czynności uzupełniania dokumentu.

Jeśli chodziło o stanowisko dotyczące zaniechania odrzucenia oferty ITSF z powodu zaferowania wykonania zamówienia w sposób niezgodny z SWZ, odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia udzielone przez ITSF w piśmie z dnia 8 grudnia 2022 r. potwierdzają, iż wykonawca ten zamierza realizować zamówienie w sposób niezgodny z SWZ. Ponadto, wykonawca udzielając odpowiedzi wybiórczo traktuje wymagania postawione przez zamawiającego tak aby uzasadniały przyjęty przez niego sposób realizacji zamówienia, który biorąc pod uwagę wszystkie wymagania SWZ nie jest zgodny z tymi wymaganiami.

W pierwszej kolejności, w opinii odwołującego, szczególnego podkreślenia wymaga, iż wbrew twierdzeniu ITSF, w postępowaniu wymagany jest serwis producenta lub serwis autoryzowanego przedstawiciela serwisowego producenta Sprzętu. Wynikało to, zdaniem odwołującego, wprost z postanowień pkt IV.1.2.8.1. Zatem wbrew twierdzeniu ITSF, wykonawcy, w celu realizacji umowy, mieli obowiązek zapewnienia „serwisu producenta” lub „serwisu autoryzowanego przedstawiciela serwisowego producenta”. Wymaganie to było jednoznaczne i zostało potwierdzone przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 6 października 2022 r. Potwierdzenie konieczności zapewnienia serwisu producenta wynika również z wymagań Załącznika nr 1 do Umowy określającego Szczegółowy sposób świadczenia UWT, pkt II.6. Niezależnie od powyższego, w Załączniku nr 2a, zamawiający wyraźnie określił, iż wymagany jest serwis producenta (Kolumna H) oraz podał zakres i czas wymaganego serwisu producenta (Kolumna G).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2022 r. ITSF, jednoznacznie oświadcza, iż zamierza samodzielnie realizować usługi (posiłkując się jedynie serwisem producenta) i jednocześnie, cytując wybrane fragmenty Umowy, próbuje wykazać, iż takie było oczekiwanie zamawiającego. Z argumentacją przywołaną przez ITSF, w ocenie odwołującego, nie sposób się jednak zgodzić. Po pierwsze błędne jest twierdzenie, iż serwis może być świadczony przez wykonawcę, a nie przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela serwisowego producenta ITSF wywodzi to twierdzenie z faktu, iż zamawiający używa w Umowie sformułowania „wykonawca” a nie „podwykonawca”. Twierdzeniu temu przeczy jednak wymaganie określone w pkt IV.1.2.8.1. SWZ, a także przywołane powyżej postanowienia Umowy i OPZ (Załącznik nr 1 i 2a do Umowy). Po drugie błędne jest również twierdzenie, że wykonawca może skorzystać z podwykonawcy, ale nie ma takiego obowiązku - twierdzenie ITSF jest wprost sprzeczne z SWZ, która wymaga zapewnienia „serwisu producenta” lub „autoryzowanego przedstawiciela serwisowego producenta”. Po trzecie wykonawca niebędący producentem ani autoryzowanym przedstawicielem serwisowym producenta, zobowiązany jest do wykupienia u producenta „pakietu serwisowego”.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że z punktu widzenia sposobu realizacji Umowy bardzo istotnym elementem jest, wymagany przez zamawiającego gwarantowany czas naprawy liczony od momentu wysłania zgłoszenia do wykonawcy. Czas ten jest bardzo krótki i wynosi 6 godzin liczonych od momentu wysłania zgłoszenia awarii przez zamawiającego przy zagwarantowaniu dostępności serwisu przez 7 dni w tygodniu przez 24 godziny na dobę. Odwołujący zaznaczył, że pakiety serwisowe możliwe do zakupienia w Dell przez partnerów nie gwarantują naprawy w ciągu 6 godzin od zgłoszenia awarii, gdyż są realizowane w tym trybie dopiero po zweryfikowaniu uszkodzenia i wykonaniu ewentualnych zaleceń konsultantów wsparcia technicznego Dell (skutecznym przyjęciu zgłoszenia do realizacji) co znacznie wydłuża faktyczny czas naprawy. Co więcej w warunkach świadczenia serwisu producenta nie ma bezwzględnego zobowiązania do zakończenia naprawy w określonym czasie, a jedynie zobowiązanie do rozpoczęcia naprawy w określonym czasie. Zagwarantowanie czasu naprawy w ciągu 6 godzin od zgłoszenia jest możliwe do wykonania tylko przez podmiot posiadający status Autoryzowanego Partnera Serwisowego Dell, który dokona szybszej kwalifikacji w celu naprawy gwarancyjnej sprzętu w wymaganym w SWZ czasie. Poza sporem pozostaje okoliczność, iż ITSF nie jest Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Dell. Ponadto nie ma możliwości, żeby kwalifikację naprawy i jej szybsze dokonanie (np. w oparciu o własny magazyn części) mógł zrobić jakikolwiek Partner Dell nie mający statusu Autoryzowanego Partnera Serwisowego Dell, a takiego ITSF nie posiada. W konsekwencji, gdyby naprawa dokonywana była przez ITSF w oparciu o posiadany własny stok części, to po stwierdzeniu przez TechSupport, że w urządzeniu dokonano nieautoryzowanej ingerencji (np. wymieniono HDD, RAM, Płytę, inny komponent) Dell TechSupport odmówi wsparcia dla tych urządzeń, dla których miała miejsce nieautoryzowana ingerencja. Tym samym zaproponowany przez ITSF w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2022 r. sposób naprawy wprost potwierdza, iż nie jest on zgodny z wymaganiami zamawiającego. W szczególności:

- błędne jest twierdzenie, iż określony przez zamawiającego gwarantowany czas naprawy dotyczy wykonawcy, a nie producenta (ust. 2 zdanie pierwsze Załącznika nr 1 do wzoru umowy) - jest to bowiem czas „usunięcia Awarii”, który obejmuje obligatoryjnie serwis producenta;

- błędne jest również twierdzenie, że jeżeli potrzebne będzie zaangażowanie producenta, np. z powodu publikacji nowej wersji oprogramowania, to zamawiający dopuszcza wydłużenie czasu usunięcia Awarii, z uwagi na prace potrzebne do wykonania przez producenta (tak ust. 2 zdanie 2 i 3). Rzeczywiście zamawiający przewidział wydłużenie czasu usunięcia Awarii w takiej sytuacji, jednak wyjątku tego nie można rozciągać na każdy przypadek zaangażowania producenta. Przyjęcie takiej interpretacji pozbawiałoby całkowicie sensu wskazywanie w

Załączniku nr 2a do Umowy czasów usunięcia Awarii (Kolumna I) oraz wymagania konieczności zaoferowania serwisu producenta dla Sprzętu wskazanego w tym załączniku;

- zgodzić się należy, iż ust. 10 Załącznika nr 1 do Umowy (OPZ) dopuszcza możliwość zapewnienia zamiennego sprzętu o parametrach równoważnych co ma nastąpić w czasie usunięcia Awarii (do 6 godzin). Jednak dotyczy to tylko sytuacji, w których usunięcie awarii nie będzie technicznie możliwe w Lokalizacji Usługobiorcy.

Odwołujący wyjaśnił, że ITSF podnosi również w wyjaśnieniach, iż Załącznik nr 2a i nr 2b do umowy nie wymagał zapewnienia naprawiania awarii przez producenta do 6 godzin oraz oświadczył, iż nie jest mu potrzebne aby producent zapewniał czas usunięcia awarii w 6 godzin gdyż posiada własne zasoby, stwierdzając iż „Tylko tacy wykonawcy musieliby zwrócić się, do producenta o wykupienie serwisu, który usuwa awarie w 6 godzin, którzy nie mają własnego centrum serwisowego i części zapasowych i są uzależnieni w swoich usługach od producenta lub jego innego autoryzowanego serwisu. My z powodu liczby pracowników (łącznie firma zatrudnia prawie 100 osób, a są jeszcze liczni podwykonawcy) i posiadanych zasobów (centrum serwisowe), możemy realizować usuwanie naprawy w 6 godzin sami”. W tym kontekście odwołujący podkreślił, że do realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, techniczna możliwość jego realizacji, na którą powołuje się ITSF (liczba pracowników, centrum serwisowa) nie jest wystarczająca. Do prawidłowej realizacji zamówienia konieczne jest bowiem posiadanie uprawnień serwisowych, tj. zapewnienie serwisu producenta sprzętu lub autoryzowanego serwisu producenta o czym wprost stanowi m.in. pkt IV.1.2.8.1. SWZ oraz inne postanowienia wskazane powyżej. Właśnie w tym celu, tj. w celu potwierdzenia możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę zgodnie z ww. wymaganiami zamawiający żądał oświadczenia/dokumentu spersonalizowanego dedykowanego dla tego postępowania i obejmującego Sprzęt i oprogramowanie zamawiającego zgodnie z Załącznikiem nr 2a do ppu, stanowiących Załącznik nr 7 do SWZ, dodatkowo pochodzącego od ściśle określonych podmiotów. ITSF takiego dokumentu ani oświadczenia nie załączył. Ponadto, aby móc zaoferować sprzedaż pakietów serwisowych producenta, niezbędne jest posiadanie oferty producenta na te usługi. ITSF, pomimo wezwania do wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2022 r., nie powołuje się na posiadanie takiej oferty (a jedynie wskazuje, iż „wykupi maksymalny dostępny na rynku dla Wykonawcy zgodnie z posiadanymi uprawnieniami handlowymi serwis producenta Dell w celu uzupełnienia własnych usług Wykonawcy”), zatem w ocenie odwołującego ITSF takiej oferty nie posiada. Brak oferty producenta uniemożliwia oficjalną „odsprzedaż” jego usług. Zdaniem odwołującego wszystkie ww. okoliczności potwierdzają, iż ITSF zaoferował świadczenie usługi w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Dodatkowo, ITSF wprowadził zamawiającego w błąd oświadczając, iż naprawiany sprzęt będzie objęty wsparciem producenta.

W części uzasadnienia dotyczącej konieczności odrzucenia oferty ITSF z powodu niespełnienia wymagania określonego w pkt IV.1.2.8.1. SWZ, zaoferowania wykonania zamówienia w sposób niezgodny z SWZ, a także z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Izby, ocena spełnienia wymagań postawionych w SWZ powinna zostać dokonana w oparciu o ich literalne brzmienie. Zapobiega to uznaniowości na etapie oceny ofert. Ponadto, nie jest również dopuszczona rozszerzająca, nieznajdująca odzwierciedlenia w literalnym brzmieniu, interpretacja wymagań SWZ oraz dokonana w oparciu o nią ocena oferty. Takie podejście zamawiającego mogłoby bowiem doprowadzić do sytuacji, w której potencjalny wykonawca, po zapoznaniu się z postawionymi wymaganiami, odstąpi od udziału w postępowaniu, gdy tymczasem podczas oceny ofert, zamawiający, w stosunku do innych wykonawców niespełniających postawionych wymagań, dokonuje oceny ich spełnienia w sposób rozszerzający, akceptując brak spełnienia postawionych wymagań. Brak egzekwowania postawionych wymagań narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Stosownie zaś do treści art. 7 pkt 29 Pzp warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia. Wobec tego niespełnianie przez oferowane usługi wymagań wyspecyfikowanych w SWZ należy traktować jako niezgodność z warunkami zamówienia, a zatem oferta ITSF powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Ponadto, złożone przez ITSF zapewnienie, iż sprzęt naprawiany w sposób zaproponowany przez niego w ofercie będzie objęty wsparciem producenta, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody, w tym o świadczonych usługach. Tym samym oferta ITSF powinna również zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W odniesieniu do kwestii zaniechania wezwania ITSF do uzupełnienia dokumentów, odwołujący podniósł, że działając z ostrożności procesowej, należy wskazać, iż w przypadku, w którym Izba uzna, iż ITSF, pomimo, iż samodzielnie, bez wezwania, złożył szereg dokumentów na potwierdzenie wymagań opisanych w pkt IV.1.2.8.1. z powodu braku formalnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, może być wezwany do ich uzupełnienia, oraz wskazał, iż zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia tych oświadczeń, czym naruszył art. 107 ust. 2 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 25 stycznia 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania. Do odpowiedzi na odwołanie zostały załączone dowody.

Tego samego dnia również wykonawca zgłaszający przystąpienie przekazał pismo procesowe wraz z załącznikami.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 23 stycznia 2023 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - wyjaśnienia treści SWZ z dnia 6 października 2022 r.;
 - ofertę złożoną przez przystępującego;
 - oświadczenie producenta z dnia 12 października 2022 r., które dotyczyło partnerstwa handlowego, złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień;
 - wezwanie do wyjaśnień z dnia 19 października 2022 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 107 ust. 4 Pzp;

- wyjaśnienia wraz z załącznikami złożone przez przystępującego w dniu 25 października 2022 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
 - wezwanie do wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2022 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 187 Pzp;
 - wyjaśnienia złożone przez przystępującego w dniu 8 grudnia 2022 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 4 stycznia 2023 r.;
- 2) dokument załączony do odpowiedzi na odwołanie pt.: *Przewodnik po programie partnerskim DELL*;
- 3) dokumenty załączone do pisma procesowego przystępującego:
- *Przewodnik po programie partnerskim dla dostawców rozwiązań*;
 - wydruk z <https://www.delltechnologies.com/partner/pl-pl/partner/find-a-partner.html>;
 - korespondencję z dnia 3 listopada 2022 r. prowadzoną za pośrednictwem poczty elektronicznej wraz z tłumaczeniem na język polski;
 - wydruk ze strony internetowej artykułu pt. *Instrukcja użycia do Dell TechDirect*;
 - umowę z dnia 16 kwietnia 2018 r. zawartą pomiędzy przystępującym, a Skarbem Państwa – Prokuraturą Krajową wraz z załącznikami;
 - umowę nr 77/DI/2022/2610 zawartą pomiędzy przystępującym, a Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa;
- 4) dokument złożony przez odwołującego w dniu 26 stycznia 2023 r. tj. oświadczenie z dnia 23 stycznia 2023 r. podpisane przez przedstawiciela Dell Sp. z o.o.

Izba ustaliła co następuje

W pkt IV.1 2.8.1. SWZ zamawiający wskazał, że:

W celu potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający żąda złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

2.8.1. oświadczenie lub inny dokument Producenta Sprzętu lub jego przedstawiciela na Polskę lub oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu (dla pozycji dla których serwis producenta będzie świadczony, zgodnie z Załącznikiem nr 2a do ppu, stanowiących Załącznik nr 7 do SWZ) potwierdzające, że Wykonawca jest uprawniony do sprzedaży serwisu producenta Sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania lub oświadczenie producenta Sprzętu, że Wykonawca jest autoryzowanym serwisem producenta Sprzętu DellEMC;

UWAGA: Jeżeli Wykonawca niełoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia

lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia.

Ponadto:

- w pkt 5 rozdziału II Warunki ogólne świadczenia UWT dla Oprogramowania Załącznika nr 1 do ppu (str. 34 SWZ) zamawiający zdefiniował w jakim zakresie wymagane jest wsparcie producenta dla posiadanego Sprzętu IT wraz z Oprogramowaniem: *Wymagania w zakresie Oprogramowania dla Sprzętu wymienionego w Załączniku nr 2a do Umowy, stosuje się zgodnie z zapisami w kolumnie „Zakres i czas obowiązywania wymaganego serwisu producenta”. W zakresie Sprzętu oznaczonego opisem „serwis Sprzętu (Hardware`u) przez cały okres Umowy”, nie stosuje się postanowień ust. 1 oraz ust. 2. Dla Sprzętu oznaczonego opisem „Do 08.2024 serwis Sprzętu (Hardware`u) oraz Oprogramowania (Software`u), od 09.2024 serwis Sprzętu (Hardware`u)” postanowienia ust. 1 oraz ust. 2 stosuje się w okresie objęcia serwisem producenta w zakresie Oprogramowania to jest do 08.2024 oraz dla Sprzętu oznaczonego opisem „Do 02.2024 serwis Sprzętu (Hardware`u) oraz Oprogramowania (Software`u), od 03.2024 serwisu Sprzętu (Hardware`u)” w kolumnie „Zakres i czas obowiązywania wymaganego serwisu producenta” postanowienia ust. 1 oraz ust. 2 stosuje się w okresie objęcia serwisem producenta w zakresie Oprogramowania to jest do 02.2024. W przypadku Awarii Oprogramowania dla Sprzętu wymienionego w Załączniku nr 2a do Umowy, który w pozycjach w kolumnie „Zakres i czas obowiązywania wymaganego serwisu producenta” oznaczony jest opisem „serwis Sprzętu (Hardware`u) przez cały okres Umowy”, „Do 02.2024 serwis Sprzętu (Hardware`u) oraz Oprogramowania (Software`u), od 03.2024 serwis Sprzętu (Hardware`u)” oraz „Do 08.2024 serwis Sprzętu (Hardware`u) oraz Oprogramowania (Software`u), od 09.2024 serwis Sprzętu (Hardware`u)”. Usługodawca na wniosek Usługobiorcy dostarczy wersję Oprogramowania, która była używana w momencie wystąpienia Awarii, w terminie 2 Dni Roboczych od otrzymania wniosku (zgłoszenia) Usługobiorcy.;*

- w pkt 6 rozdziału II Warunki ogólne świadczenia UWT dla Oprogramowania Załącznika nr 1 do ppu (str. 34 SWZ) zamawiający wskazał:

6. Dla Sprzętu wymaga się dostarczenia, w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy, oświadczenia producenta Sprzętu:

1) potwierdzające prawo do korzystania z aktualizacji Oprogramowania zgodnie z ust. 1 i 2 zgodnie;

2) potwierdzające objęcie serwisem producenta Sprzętu przez czas obowiązywania wskazany w kolumnie „Zakres i czas obowiązywania wymaganego serwisu producenta” w załączniku 2a do Umowy;

3) wskazujące numer kontraktu serwisowego producenta.

W załączniku 2a do Umowy *Zakres i czas obowiązywania wymaganego serwisu producenta*, został zawarty w kolumnie oznaczonej lit. G. W treści przedmiotowej kolumny zamawiający wskazał – *serwis Sprzętu (Hardware`u) przez cały okres Umowy*. Tymczasem czas usunięcia awarii został określony w kolumnie oznaczonej lit. I.

W dniu 6 października 2022 r. zamawiający opublikował wyjaśnienia do treści SWZ. Treść pytania nr 1 oraz odpowiedź na to pytanie przedstawiały się następująco:

Pytanie 1

Zamawiający wymaga wykupienia wsparcia serwisowego producenta co znacząco ogranicza konkurencję. W przypadku takiego zapisu, to producent ustala cenę po jakiej sprzeda swoją usługę przez co ofertę może złożyć tylko firma Dell lub dedykowany partner. Firma Dell nie "maga wykupienia usługi serwisowej aby pobierać mikrokody (firmware) do swoich urządzeń nawet po upływie okresu gwarancji, w związku z tym istnieje wiele profesjonalnych firm specjalizujących się w serwisie infrastruktury IT. Firmy serwisowe oferują równoważny poziom usług serwisowych w Polsce zarówno w obsłudze samego zgłoszenia, jak i czasu usunięcia awarii, dostępu do własnym paneli zgłoszeniowych czy helpdesk. Poziom usług serwisu prywatnego można sprawdzić poprzez referencje, które są wystawiana przez urzędy. ministerstwa czy inne podmioty rządowe/ prywatne, można to uznać za parametr punktacji postępowania. Mając na uwadze powyższe oraz konkurencyjność postępowania. wnioskujemy o wykreślenie zapisów o wsparciu producenta lub zapisów równoważnych. Takie zmiany umożliwiając złożenie oferty przez niezależny serwis spowoduje zwiększenie konkurencyjności postępowania a tym samym oszczędności środków publicznych przeznaczonych na ten cel.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

Ponadto w ostatnim akapicie przedmiotowych wyjaśnień zamawiający wskazał:

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że dopuści serwis (po dacie końcowej serwisu producenta) na podstawie stosowanego dokumentu od producenta potwierdzającego EOS, który będzie wykonywany przez Wykonawcę oraz nie będą dostępne aktualizacje oprogramowania. Ponadto, w przypadkach gdzie producent nie zapewnia wymaganego SLA (6 godz. (24x7x365)) Zamawiający dopuści serwis wykonawcy opierający się na serwisie producenta celem zapewnienia terminu naprawy.

Przystępujący w pkt 4 złożonej oferty przedstawił dokument producenta sprzętu wskazujący, że posiada status partnera producenta DELL na poziomie Gold.

Pismem z dnia 19 października 2022 r. przystępujący został wezwany na podstawie art. 107 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień załączonego wraz z ofertą dokumentu producenta sprzętu „DELL Technologies Gold Partner” tj. wskazania jakie uprawnienia posiada Wykonawca wynikające z powyżej wskazanego dokumentu producenta.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 25 października 2022 r. W treści wyjaśnień przystępujący wskazał m. in.:

(...) niniejszym potwierdzamy, że Wykonawca IT Solution Factor Sp. z o.o. jest uprawniony do sprzedaży serwisu producenta Sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania. Na dowód posiadanych uprawnień Wykonawca:

1. Załączył do oferty certyfikat potwierdzający partnerstwo na poziomie Gold z firmą Dell Technologies. Z faktu posiadania statusu Gold, zgodnie z polityką Dell Technologies, takie partnerstwo daje uprawnienie do sprzedaży serwisu producenta Sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania. Ten dokument już powinien wystarczyć na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Możecie też Państwo to niezależnie potwierdzić w Dell Technologies .

2. Dodatkowo, składamy kolejny dowód: wydruk ze strony producenta Dell Technologies, na którym widzimy jako oficjalny partner Dell Technologies na stronie firmy pod adresem:

<https://dellcommunities.force.com/FindAPartner/s/partnerdetails?language=pl&country=us&partnerType=findareseller&partnerTrackId=a9n1B000000gd1bQAA>

Jest tam zawarta informacja, że IT Solution Factor Sp. z o.o. posiada autoryzację Dell Technologies Gold Partner, dzięki czemu jest autoryzowana do sprzedaży pełnego portfolio produktów i usług Dell Technologies - w tym usług serwisowych.

Wydruk ze strony stanowi oddzielny załącznik.

3. Składamy jeszcze jeden dokument na fakt posiadania umowy partnerskiej z Dell Technologies, która znajduje się pod adresem: <https://www.delltechnologies.com/partner/pl-pl/partner/terms-and-conditions.htm>, a z której wynika uprawnienie dla naszej firmy do oferowania Państwu i sprzedaży serwisu producenta Sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania. Wynika to między innymi z fragmentu:

(...)

Tłumaczenie: „2.2 Zakupy. Produkty i usługi udostępniane użytkownikowi do odsprzedaży przez firmę Dell Technologies mogą być kupowane wyłącznie za pośrednictwem autoryzowanego dystrybutora firmy Dell Technologies („Dystrybutora”), chyba że zostaniecie wyraźnie upoważnieni przez firmę Dell Technologies, z zastrzeżeniem odpowiedniej Umowy zamawiania firmy Dell Technologies, na zakup produktów i usługi bezpośrednio od Dell Technologies.”

Treść całej umowy wraz z tłumaczeniem znajduje się w załączniku do pisma.

4. Na potwierdzenie naszych uprawnień posiadamy także korespondencje z firmą Dell Technologies która stanowi osobny załącznik wraz z tłumaczeniem

5. Dodatkowo Zamawiający w SWZ żądał złożenia na potwierdzenie wymagań: „Oświadczenia lub innego dokumentu Producenta Sprzętu lub jego przedstawiciela na Polskę lub oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu” zgodnie z zapisem jako oficjalny partner firmy Dell składamy oświadczenie w odrębnym załączniku.

Do ww. wyjaśnień przystępujący załączył dokumenty, które zostały wskazane w ich treści.

Do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 107 ust. 4 Pzp został wezwany także odwołujący. W ramach wyjaśnień złożył m. in. oświadczenie producenta z dnia 13 października 2022 r. dotyczące partnerstwa handlowego. W treści przedmiotowego oświadczenia producent wskazał, że:

- firma COMP S.A. jest autoryzowanym partnerem handlowym firmy Dell na poziomie Platinum Partner.
- Partnerstwo handlowe uprawnia firmę COMP S.A. do sprzedaży rozwiązań firmy Dell EMC, m.in. do sprzedaży serwisu producenta sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania.

Pismem z dnia 5 grudnia 2022 r. przystępujący został wezwany wyjaśnienia treści oferty. W wezwaniu zamawiający zadał przystępującemu dwa pytania:

1. W jaki sposób Wykonawca będzie realizował naprawę sprzętu w ramach realizacji umowy, skoro producent nie zapewnia usunięcia awarii w czasie 6 godzin, aby dotrzymać wskazanego SLA?
2. Czy naprawiony sprzęt w ramach realizacji umowy będzie objęty wsparciem producenta?

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 8 grudnia 2022 r. W treści wyjaśnień przystępujący wskazał:

Ad. 1

- Wykonawca ma umowę partnerską z Dell i jest certyfikowanym podmiotem mającym możliwość sprzedaży kontraktów serwisowych Producenta – przez co spełnił między innymi wymogi rozdziału IV 2.8 SWZ i przedstawił na to dowody
- Wykonawca wykupi maksymalny dostępny na rynku dla Wykonawcy zgodnie z posiadanymi uprawnieniami i ustaleniami handlowymi serwis producenta Dell w celu uzupełnienia własnych usług Wykonawcy (w zakresie, w którym jest Dell niezbędny: na przykład aktualizacje oprogramowania), przy czym to wykonawca według zobowiązań z przygotowanego przez Państwa wzoru umowy i dokumentacji przetargowej dokonuje napraw sprzętu w czasie 6 godzin, aby dotrzymać warunki SLA .
- W związku z powyższym wykonawca zapewni własnych pracowników i zabezpieczy części sprzęt zamienny i zamienne ze swojego magazynu, celem zapewnienia wymaganego SLA w terminie 6 godzin.
- Wykonawca dysponuje własnym centrum serwisowym zatrudniającym ludzi realizującym naprawy serwisowe i magazynem serwisowym, w oparciu o który realizuje serwis

pogwarancyjny ok. 2000 urządzeń w skali całego kraju, w tym Dell. Obecne realizowanym serwisem są objęte także urządzenia wykorzystywane przez Zamawiającego, co skutkuje już posiadaniem zapleczem sprzętu i części zamiennych producenta: DELL i wielu innych oraz wiedzą i doświadczeniem wynikającym z wykonywania zbieżnych usług.

• Taki planowany sposób wykonania umowy jest zgodny z umową, ponieważ:

1) usługa wsparcia technicznego (uwt) określona w § 1 pkt 5) wzoru umowy to usługa własna Wykonawcy, ponieważ definicja nie przypisuje obowiązku jej wykonania dla producenta

2) w sytuacjach, jeżeli będzie to potrzebne, to Wykonawca może skorzystać z podwykonawcy, ale Wykonawca nie ma takiego obowiązku i co do zasady, to Wykonawca realizuje usługę, a nie podwykonawca – tak § 3 ust. 2 wzoru umowy

3) Wykonawca przekaze Zamawiającemu listę swoich pracowników, którzy będą świadczyli serwis - tak § 3 ust. 7 wzoru umowy

• Taki planowany sposób realizacji jest zgodny z załącznikiem 1 do wzoru umowy: szczegółowy sposób świadczenia UWT dla sprzętu w pkt I:

1) Czasy awarii z załącznika nr 2a do Umowy – wyznaczają czasy działania dla Wykonawcy, a nie producenta (tak ust. 2 zdanie pierwsze).

2) Jeżeli będzie potrzebne zaangażowanie producenta, np. z powodu publikacji nowej wersji oprogramowania – to wówczas dopuszcza się wydłużenie czasu usunięcia Awarii, z uwagi na prace potrzebne do wykonania przez producenta (tak ust. 2 zdanie 2 i 3)

3) Ust. 3 określa, że Wykonawca może używać części zamiennych jak i odnawialnych – niemających gwarancji producenta

4) Ust. 10 dopuszcza możliwość zapewnienia zamiennego sprzętu o parametrach równoważnych – co ma nastąpić w czasie usunięcia Awarii (do 6 godzin)

5) Ust. 15 przewiduje, że to pracownicy Wykonawcy, którzy posiadają stosowne uprawnienia i certyfikaty będą realizować usługi – a więc nie chodzi o pracowników producenta, a chodzi o pracowników Wykonawcy

• również excel (załącznik 2a i 2b) do umowy nie wymagał zapewnienia naprawiania awarii przez producenta do 6 godzin. Kolumna H stanowi: że ma być „serwis producenta” – oczywiście taki zapewnimy w odpowiednim, wymaganym umową zakresie. Kolumna I stanowi: czas usunięcia awarii – ale nie jest napisane, że usuwanie awarii ma odbywać się przez producenta. Patrząc na całość zobowiązań z różnych dokumentów (wzór umowy, załączniki, itd.), to umowa jest na serwis jest Wykonawcy uzupełniany serwisem producenta, tam gdzie jest to niezbędne

• Co do pytania Zamawiającego – to ani Zamawiający nie wymagał w dokumentacji postępowania, żeby to producent zapewniał czas usunięcia awarii w 6 godzin - ani nie jest nam potrzebne, ponieważ mamy na to własne zasoby.

Tylko tacy wykonawcy musieliby zwrócić się do producenta o wykupienie serwisu, który usuwa awarie w 6 godzin, którzy nie mają własnego centrum serwisowego i części zapasowych i są uzależnieni w swoich usługach od producenta lub jego innego autoryzowanego serwisu. My z powodu liczby pracowników (łącznie firma zatrudnia prawie 100 osób, a są jeszcze liczni podwykonawcy) i posiadanych zasobów (centrum serwisowe), możemy realizować usuwanie naprawy w 6 godzin sami.

• Tak realizowane są na rynku kontrakty serwisowe, między innymi referencyjny kontrakt, który wskazaliśmy w celu udowodnienia spełniania wymogów postępowania i przedstawiliśmy referencję należytego wykonania. W tamtym kontrakcie czas naprawy Awarii (czas usunięcia) był jeszcze szybszy niż u Państwa, bo wynosił 2 godziny na terenie całej Polski, co realizowaliśmy skutecznie przez kilka lat.

Ad.2

• Tak

W dniu 4 stycznia 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*

- art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – *1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. 2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:*

1) osobach kierujących przedsiębiorstwem;

2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;

3) stosowanych cenach;

4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.

3. *Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również postępowanie się:*

1) *nieprzystępującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;*

2) *nieprawdziwymi atestami;*

3) *nierzetelnymi wynikami badań;*

4) *nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług.;*

- art. 107 ust. 2 Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że istota argumentacji odwołującego sprowadzała się do interpretacji wymogu określonego w pkt IV.1 2.8.1. SWZ w kontekście jego spełnienia przez przystępującego. Przede wszystkim odwołujący wskazywał, że przystępujący nie złożył dokumentu, o którym mowa w powyżej wskazanym wymaganiu (zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania, opisany w rozdziale VIII uzasadnienia) oraz zaoferował niezgodny z SWZ sposób realizacji zamówienia (zarzut z pkt 2, opisany w rozdziale IX uzasadnienia). Ostatnie dwa zarzuty (określone w pkt 3 i 4 *petitum* odwołania oraz rozdziałach X i XI uzasadnienia) miały wynikowy charakter w stosunku do dwóch pierwszych zarzutów.

Przechodząc do *meritum* Izba w odniesieniu do pierwszego zarzutu wskazanego w odwołaniu doszła do przekonania, że przedstawiona przez odwołującego interpretacja treści wymagania wskazanego w pkt IV.1 2.8.1. SWZ była niewłaściwa. W ocenie składu orzekającego z brzmienia ww. postanowienia SWZ wynikało, że zamawiający nie wymagał złożenia dokumentu dedykowanego do tego konkretnego postępowania. Z treści wymagania nie wynikał także obowiązek wskazania konkretnego sprzętu i oprogramowania, które będą podlegały serwisowaniu i co do których producent sprzętu miał złożyć oświadczenie. Ponadto przedmiotowe wymaganie nie nakładało konieczności podania w treści dokumentu konkretnych określeń lub zdań (stanowiących np. dokładne powtórzenie treści SWZ).

Jak ustaliła Izba przystępujący złożył wraz z ofertą dokument od producenta Dell – potwierdzający partnerstwo na poziomie Gold. W trakcie badania oferty zamawiający pismem z dnia 19 października 2022 r. zwrócił się do przystępującego z wezwaniem do

wyjaśnienia kwestii uprawnień posiadanych przez tego wykonawcę w związku z przedłożeniem ww. dokumentu. W odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie przystępujący wyjaśnił, że partnerstwo na poziomie Gold zgodnie z polityką Dell Technologies daje uprawnienia do sprzedaży serwisu producenta sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji, a jako potwierdzenie powyższego przystępujący załączył wydruk ze strony producenta Dell Technologies, wyciąg z umowy partnerskiej z Dell Technologies, korespondencję mailową z firmą Dell Technologies oraz oświadczenie własne jako partnera firmy Dell o następującej treści: *firma jest uprawniona do sprzedaży serwisu producenta sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji nowych wersji oprogramowania.*

Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania powyżej wskazanych dokumentów. Jak słusznie wskazał zamawiający w złożonym przez przystępującego oświadczeniu znajdowała się informacja, że jest on Gold partnerem firmy Dell. W wyjaśnieniach przystępujący wskazał na to, co oznacza status Gold partnera w szczególności, że umożliwia on między innymi sprzedaż serwisu producenta. Do wyjaśnień przystępujący załączył wydruk ze strony internetowej: <https://dellcommunities.force.com/FindAPartner/s/partnerdetails?language=pl&country=pl&partnerType=findareseller&partnerTrackId=a9n1B000000gd1bQAA>. W treści opisu firmy, który został zawarty pod ww. adresem internetowym wskazano m. in., że przystępujący posiada *autoryzację Dell Technologies Gold Partner, dzięki czemu jest autoryzowana do sprzedaży pełnego portfolio produktów i usług Dell Technologies - w tym usług serwisowych.*

Izba uznała, że w ten sposób przystępujący wypełnił wymóg zamawiającego co do złożonych dokumentów, gdyż zamawiający dopuszczał, aby wykonawca potwierdził jeden z wymaganych statusów a nie wszystkie, czyli żeby był albo uprawniony do sprzedaży serwisu sprzętu producenta albo do świadczenia tego serwisu samodzielnie albo był autoryzowanym partnerem serwisowym producenta. Spełnienie któregośkolwiek z powyższych wymogów było wystarczające dla zadośćuczynienia wymaganiu zamawiającego. W związku z powyższym przystępujący wykazał w ofercie wraz ze złożonymi wyjaśnieniami, że spełnia wymóg postawiony przez zamawiającego. Ponadto zamawiający i przystępujący w ramach postępowania odwoławczego złożyli dowody, które potwierdziły słuszność czynności zamawiającego. Zarówno zamawiający jak i przystępujący złożyli *Przewodnik po programie partnerskim dla dostawców rozwiązań* (Dell Technologies 2021). Na stronie 6 ww. dokumentu ujęto korzyści dostępne dla partnerów (poziomy Autoryzowany, Gold, Platinum, Titanium). Jak wynikało z tego dokumentu wszyscy partnerzy (w tym przystępujący i odwołujący), niezależnie od poziomu, posiadają prawo do sprzedaży produktów Dell i do rejestracji transakcji. Prawo do sprzedaży produktów Dell i do rejestracji transakcji (a więc

sprzedaży) dowodzi prawa do sprzedaży serwisu producenta Sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania.

Dodatkowo jak ustaliła Izba odwołujący posiada status partnera na poziomie Platinum, co wynikało z załączonych do jego oferty dokumentów. W ramach wyjaśnień treści dokumentu odwołujący złożył oświadczenie producenta z dnia 13 października 2022 r. dotyczące partnerstwa handlowego. W treści przedmiotowego oświadczenia producent wskazał, że odwołujący jest autoryzowanym partnerem handlowym firmy Dell na poziomie Platinum Partner oraz stwierdził, że partnerstwo handlowe uprawnia odwołującego do sprzedaży rozwiązań firmy Dell EMC, m.in. do sprzedaży serwisu producenta sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania. Zgodnie z tym oświadczeniem uprawnienie do sprzedaży serwisu producenta sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu w tym aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania, wynikało z samego faktu posiadania statusu partnera handlowego, a nie z konkretnego poziomu takiego partnerstwa. Tym samym partnerstwo na poziomie Gold z producentem Dell, którym legitymował się przystępujący było wystarczające do uznania spełnienia wymogu zawartego w pkt. IV.1 2.8.1. SWZ.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu odwołujący podniósł, że w przypadku sprzętu firmy Dell nie ma możliwości świadczenia serwisu przez producenta na warunkach wskazanych w SWZ co w związku z gwarantowanym czasem naprawy wynoszącym 6 godzin liczonych od momentu wysłania zgłoszenia awarii przez zamawiającego, powoduje że to wykonawca będzie musiał świadczyć serwis w określonym reżimie (Service Level Agreement: dalej: SLA) bez gwarancji producenta co do tego, że terminy zostaną dotrzymane i jak dalej wywodził odwołujący, implikuje to konieczność posiadania przez wykonawcę statusu autoryzowanego partnera serwisowego producenta.

Jak ustaliła Izba wymóg formułowany przez odwołującego nie znalazł odzwierciedlenia w postanowieniach SWZ. Ponadto zamawiający dopuścił w odpowiedziach na pytania z dnia 6 października 2022 r. (ostatni akapit wyjaśnień), możliwość samodzielnego świadczenia serwisu w oparciu o serwis producenta.

Ponadto zamawiający wprost wskazał w pkt. IV.1 2.8.1. SWZ, że uzna za zgodne z wymaganiami świadczenie zarówno przez wykonawcę uprawnionego do sprzedaży serwisu producenta Sprzętu bądź jego autoryzowanego serwisu, jak i przez wykonawcę który sam jest autoryzowanym serwisem producenta Sprzętu. Tymczasem odwołujący twierdził, że przedmiot zamówienia może być wykonywany zgodnie z SWZ, jedynie przez podmiot spełniający to ostatnie wymaganie, tj. będący autoryzowanym serwisem producenta Sprzętu. Teza ta była zatem sprzeczna w jasnym i niebudzącym wątpliwości brzmieniem ww. fragmentu SWZ, w którym zamawiający wskazał, że uzna za zgodne z wymaganiami

określonymi w opisie przedmiotu zamówienia świadczenia przez podmioty nieposiadające takiego statusu (a więc nie będące autoryzowanym serwisem producenta Sprzętu), a jedynie uprawnione do sprzedaży serwisu producenta bądź jego autoryzowanego serwisu.

W kontekście przedmiotowego zarzutu należało zwrócić także uwagę na okoliczność wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty złożonej w postępowaniu (pismo z dnia 5 grudnia 2022 r.), w ramach którego zamawiający sformułował pytania: w jaki sposób wykonawca będzie realizował naprawę sprzętu w ramach realizacji umowy, skoro producent nie zapewnia usunięcia awarii w czasie 6 godzin, aby dotrzymać wskazanego SLA oraz czy naprawiony sprzęt w ramach realizacji umowy będzie objęty wsparciem producenta?

Przystępujący odpowiedział na powyższe wezwanie w dniu 8 grudnia 2022r. wyjaśniając, że:

a) ma umowę partnerską z Dell i jest certyfikowanym podmiotem mającym możliwość sprzedaży kontraktów serwisowych Producenta;

b) wykupi maksymalny dostępny na rynku dla wykonawcy zgodnie z posiadanymi uprawnieniami i ustaleniami handlowymi serwis producenta Dell w celu uzupełnienia własnych usług wykonawcy (w zakresie, w którym jest Dell niezbędny: na przykład aktualizacje oprogramowania), przy czym to wykonawca według zobowiązań z przygotowanego przez zamawiającego wzoru umowy i dokumentacji przetargowej dokonuje napraw sprzętu w czasie 6 godzin, aby dotrzymać warunki SLA;

c) w związku z powyższym zapewni własnych pracowników i zabezpieczy sprzęt zamienny i części zamienne ze swojego magazynu, celem zapewnienia wymaganego SLA w terminie 6 godzin;

d) dysponuje własnym centrum serwisowym zatrudniającym ludzi realizującym naprawy serwisowe i magazynem serwisowym, w oparciu o który realizuje serwis pogwarancyjny ok. 2000 urządzeń w skali całego kraju, w tym Dell. Obecnie realizowanym serwisem są objęte także urządzenia wykorzystywane przez zamawiającego, co skutkuje już posiadaniem zaplecza sprzętu i części zamiennych producenta: DELL i wielu innych oraz wiedzą i doświadczeniem wynikającym z wykonywania zbieżnych usług.

W ocenie składu orzekającego przedstawiony w wyjaśnieniach sposób świadczenia był zgodny z wymaganiami SWZ, ponieważ:

1) usługa wsparcia technicznego (UWT) określona w § 1 pkt 5) ppu definiowała UWT jako usługę własną wykonawcy i nie przypisywała obowiązku jej wykonania do producenta;

2) czasy awarii z załącznika nr 2a do ppu – określały czas usunięcia awarii gwarantowane przez wykonawcę, a nie producenta w przypadku, gdy awaria będzie dotyczyła oprogramowania, pkt 2 Załącznika nr 1 do ppu określa – *w przypadku Awarii wynikającej z błędu w Oprogramowaniu Usługodawca zobowiązany jest do przywrócenia Sprzętu do stanu sprzed Awarii w czasie wskazanym w Załączniku nr 2a do Umowy. Jednakże, w przypadku,*

gdy usunięcie Awarii jest możliwe tylko na podstawie opublikowanej przez producenta nowej wersji oprogramowania, wówczas dopuszcza się wydłużenie czasu usunięcia Awarii do czasu opublikowania przez producenta poprawionej wersji oprogramowania. W przypadku Sprzętu, który nie jest objęty wsparciem producenta w zakresie Oprogramowania w momencie wystąpienia Awarii Oprogramowania, Usługodawca na wniosek Usługobiorcy dostarczy wersję Oprogramowania, która była używana w momencie wystąpienia Awarii, w terminie 2 Dni Roboczych od otrzymania wniosku (zgłoszenia) Usługobiorcy;

3) pkt 5 w rozdziale II Warunki ogólne świadczenia UWT dla Oprogramowania Załącznika nr 1 do ppu definiował w jakim zakresie wymagane jest wsparcie producenta dla posiadanego Sprzętu IT wraz z Oprogramowaniem (fragment zacytowany powyżej na str. 11);

4) pkt 6 w rozdziale II Warunki ogólne świadczenia UWT dla Oprogramowania Załącznika nr 1 do ppu jasno wskazywał w jakim zakresie i dla którego Sprzętu IT Wykonawca ma wykupić wsparcie (serwis) producenta (fragment zacytowany powyżej na str. 11);

5) załącznik nr 2a do ppu (plik w formacie .xlsx) – zamawiający wskazał, że oczekuje serwisu producenta (kolumna H), podał zakres (sprzęt) i czas (cały czas trwania umowy) wymaganego serwisu producenta (kolumna G), ale nie wymagał, żeby to producent usuwał awarie (kolumna I) – ponieważ nie użył słowa „producent” w treści kolumny I.

Stanowiska odwołującego nie potwierdził również złożony przez niego dowód tj. oświadczenie z dnia 23 stycznia 2023 r. podpisane przez przedstawiciela Dell Sp. z o.o. Przedmiotowy dokument nie odnosił się do jakichkolwiek regulacji, nawet do wewnętrznych dokumentów funkcjonujących u producenta. Niewątpliwie firma Dell będąca producentem o zasięgu globalnym ma wypracowane w ramach ładu korporacyjnego wewnętrzne regulacje, które odnoszą do materii objętej odwołaniem. Brak przywołania w treści ww. oświadczenia takich regulacji skutkowało przyjęciem stanowiska przystępującego, który powołał się na dokumenty pochodzące od producenta czyli *Przewodnik po programie partnerskim dla dostawców rozwiązań*, umowę partnerską oraz informacje ze strony internetowej Dell. Po drugie w treści oświadczenia zawarte zostały nieprecyzyjne określenia. W ostatnim akapicie tego dokumentu użyte zostało sformułowanie dotyczące serwisu gwarancyjnego, stąd nie wiadomo było czego w istocie dotyczy to oświadczenie, ponieważ równie dobrze można było założyć, że dotyczyło ono serwisu gwarancyjnego, co nie miało odniesienia do postanowień SWZ. Po trzecie, treść oświadczenia wskazywała, że na dzień 14 października 2022 r. przystępujący nie posiadał ważnej oferty na pakiet serwisowy Dell na Sprzęt objęty opisem przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta nie miała żadnego znaczenia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, ponieważ zamawiający w dokumentacji postępowania, nie określił wobec wykonawców wymagania posiadania oferty producenta na dzień składania ofert lub złożenia takiego dokumentu wraz z ofertą. Zamawiający wymagał dostarczenia

oświadczenia producenta Sprzętu potwierdzającego objęcie serwisem producenta Sprzętu w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy.

Tym samym Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 2 *petitum* odwołania.

W konsekwencji oddaleniu podlegały pozostałe dwa zarzuty wskazane w odwołaniu, które miały charakter wynikowy. Skoro skład orzekający stwierdził, że oferta przystępującego była zgodna z treścią wymagania określonego w pkt IV.1 2.8.1. SWZ, to nie mogła zostać złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w tym zakresie oraz nie było powodów do wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w ww. wymaganiu SWZ.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: