

Sygn. akt: KIO 1338/18

POSTANOWIENIE
z dnia 24 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 17 lipca 2018 r. i 24 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie - Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz CPU Service sp. z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02 - 862 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa,**

- A. przy udziale wykonawcy: **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1338/18 po stronie zamawiającego,
- B. przy udziale wykonawcy: **IBM Polska Sp. z o.o., ul. Krakowiaków 32, 02-255 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1338/18 po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie - Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz CPU Service sp. z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02 - 862 Warszawa** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Opieka serwisowa Mainframe i bibliotek taśmowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 czerwca 2018 r. pod nr 2018/S 123-279881. Zamawiający w tym samym dniu udostępnił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na własnej stronie internetowej.

Konsorcjum w składzie - Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz CPU Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniosło odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej Pzp, tj.:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości,
2. art. 14 Pzp w zw. z art. 6 k.c., poprzez naruszenia zasady swobody umów i nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania wzoru umowy o zamówienie publiczne,
3. art. 29 i nast. Pzp, poprzez opisanie we Wzorze umowy postanowień utrudniających uczciwą konkurencję, a w szczególności art. 29 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 30 ust. 1-4 oraz ust. 7 i ust. 9 pkt 2 Pzp,
4. art. 36 ust 1 pkt 3 Pzp, poprzez brak opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Tomie III SIWZ - chyba, że Zamawiający potwierdzi, iż zaistniała sytuacja opisana w pkt III uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ, poprzez:

- a. zmianę postanowień Wzoru umowy stanowiącego część SIWZ w taki sposób, by uchylony został faktyczny nakaz uczestniczenia koncernu IBM w realizacji zamówienia,
- b. usunięcie postanowień § 3 pkt 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29 Wzoru umowy stanowiącego część SIWZ,
- c. zmianę postanowień § 3 ust. 7, 9, 23 (ewentualnie) i 28 Wzoru umowy stanowiącego część SIWZ.
- d. zmianę załącznika numer 2 do wzoru umowy,
- e. uzupełnienie postanowień SIWZ o opis przedmiotu zamówienia - chyba, że Zamawiający potwierdzi, iż zaistniała sytuacja opisana w pkt III uzasadnienia niniejszego

odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, tj. ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia, a co najmniej znacząco utrudnia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie, ponieważ w SIWZ znajdują się postanowienia zmuszające do zawarcia odpłatnej umowy z podmiotem trzecim, co podnosi możliwą do zaoferowania cenę, to tym samym złożenie najkorzystniejszej oferty i uzyskanie zamówienia może okazać się niemożliwe. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego warunków w postaci obowiązku współpracy z Działem Wsparcia IBM (producenta). Ponadto, objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie oraz uzyskania zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na świadczeniach serwisowych (naprawczych) dla komputerów klasy mainframe i bibliotek taśmowych oraz asysty i wsparcia technicznego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wprowadził wymóg korzystania z usług koncernu IBM, które są zbędne z punktu widzenia realizacji zamówienia, podwyższają koszt jego wykonania, preferują firmy powiązane z koncernem IBM i - co najważniejsze - wymóg ten jest sprzeczny z prawem.

Zamawiający w treści Wzoru umowy wymaga, aby wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność za działania firmy IBM - zastrzeżone zgodnie z prawem autorskim do wyłącznej dyspozycji IBM.

Nie ma wątpliwości i nie jest obecnie kwestionowane w doktrynie ani w orzecznictwie prawo Zamawiającego do kształtowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. art. 36 Pzp). Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, specyfikacja musi zawierać opis przedmiotu zamówienia oraz istotne postanowienia umowy, ogólne warunki umowy albo wzór umowy.

Obowiązująca w przedmiotowym postępowaniu Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w Tomie I. Rozdział 1, wskazuje:

a. W pkt 5.1. odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, iż: *„Przedmiotem zamówienia są usługi serwisu dla serwerów Maiframe i bibliotek taśmowych posiadanych przez Zamawiającego oraz asysty lub wsparcia technicznego dla Zamawiającego dedykowanych dla sprzętu. Opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Tomie II i III SIWZ.”*

SIWZ zawiera Wzór umowy, choć nie jest on oznaczony jako Tom II. - Odwołujący przyjął, iż jest to omyłka nie mająca wpływu na faktyczne wymagania Zamawiającego - niezależnie od przyjętej systematyki i numeracji - wzór umowy istnieje i obowiązuje.

Ogłoszenie o zamówieniu wskazuje, iż na stronie internetowej Zamawiającego (bip) ma być udostępniony „nieograniczony, pełny i bezpośredni dostęp do dokumentów zamówienia” (tak: pkt 1.3) ogłoszenia). Pozyskana z tego źródła SIWZ w opisie zawartości SIWZ wymienia Tom III Opis przedmiotu zamówienia. Tom III jest przywołany także w treści pkt 5.1. Tomu I SIWZ. W rzeczywistości SIWZ dostępna w ww. miejscu nie zawiera Tomu III.

Zawarty w SIWZ Wzór umowy wraz z załącznikami do tej umowy stanowi zbiór informacji i wymagań określających prawa i obowiązki wykonawcy w sposób adekwatny dla przedmiotu zamówienia. Odwołujący zakłada, iż jest to omyłka nie mająca wpływu na faktyczne wymagania Zamawiającego, czyli opis przedmiotu zamówienia ujęto we wzorze umowy. Działanie takie raczej nie jest praktykowane ale - zdaniem Odwołującego - może być uznane za poprawne. Jeżeli jednak jest inaczej, to Zamawiający winien usunąć błąd w szczególności poprzez uzupełnienie SIWZ o brakujący Tom III i dlatego w petitum odwołania wskazano na naruszenie art. 36 Pzp i konieczność uzupełnienia SIWZ. Sytuacja nie ma jednak wpływu na niniejsze odwołanie, gdyż co do istoty dotyczy ono dostępnej treści SIWZ.

b. W pkt 5.4. odnoszącym się do podwykonawstwa, iż: „a) Zamawiający nie wprowadza zastrzeżenia wskazującego na obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, b) Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców.”

Odwołujący podniósł, że Prawo zamówień publicznych daje Zamawiającemu prawo do kształtowania SIWZ, ale nie jest to prawo nieograniczone. Zamawiający ma prawo i obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia. Może tu wskazywać pożądane parametry i funkcjonalności, a nawet - pod pewnymi warunkami - wskazać konkretny produkt (por. art. 29 ust. 3 Pzp). Zamawiający nie ma jednak prawa narzucać wykonawcom kontrahentów i podwykonawców, nie może narzucać źródeł pozyskania rzeczy i usług. Działanie takie ingeruje w zasadę swobody umów i w prawo swobody działalności gospodarczej w sposób niedopuszczalny Prawem zamówień publicznych lub jakimkolwiek innym aktem prawnym obowiązującym w Polsce.

Z przywołanego pkt 5.4. SIWZ wynika, iż Zamawiający nie wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia co oznacza, iż korzystanie z podwykonawców musi być swobodną decyzją wykonawcy. Pogląd ten potwierdzają inne postanowienia SIWZ. Klauzule pkt 10 i 10.8 SIWZ wyraźnie wskazują na „zamiar” wykonawcy co do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, a zatem decyzja w tym zakresie winna być pozostawiona wykonawcom.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na świadczeniach serwisowych (naprawczych) dla komputerów klasy mainframe i bibliotek taśmowych oraz asysty i wsparcia technicznego. Usługa dotyczy urzędzeń, które nie są objęte rękojmią i/lub gwarancją

producenta, a zatem nie ma ograniczeń wynikających z art. 577§1 i nast. k.c., wywodzonych z dokumentu gwarancyjnego oraz art. 556 i nast. k.c.- wywodzonych z rękojmi.

Zamawiający uznał, iż dla wykonania zamówienia wystarczającym jest dysponowanie dwoma serwisantami posiadającymi doświadczenie w postaci 12 miesięcznego świadczenia serwisu urządzeń klasy IBM Mainframe (tak: pkt 7 SIWZ). Zamawiający nie uznał zatem, iż współpraca z IBM jest warunkiem realizacji zamówienia, ale *de facto* wymaga takiej współpracy, gdyż narzucił wykonawcom obowiązek współdziałania z Działem Wsparcia IBM (§ 3 ust. 20 Wzoru umowy i nast.). Przy aktualnym brzmieniu postanowień Wzoru umowy, wykonawca, który nie będzie chciał lub nie będzie miał możliwości podjąć takiej współpracy będzie pozostał w sprzeczności z umową choć jednocześnie (w ujęciu rzeczowym) będzie mógł ją wykonać w zakresie usuwania wad, asysty i wsparcia.

I. Zarzuty szczegółowe.

1. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 7 Wzoru umowy Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia awarii według swojej deklaracji z oferty jednakże nie później niż w ciągu 12 godzin. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 9, wykonawca ma dokonać wymiany wadliwego elementu w terminie 7 dni.

Postanowienia te są wzajemnie sprzeczne i zapisy wzoru umowy w tym zakresie winny być ujednolicone. Dodatkowo liczenie czasu na usunięcie awarii od momentu jej wystąpienia a nie od momentu jej zgłoszenia powoduje, że wywiązanie się z zobowiązań umownych może być niemożliwe, gdy Zamawiający zgłosi awarię po czasie przewidzianym dla jej usunięcia.

Odwołujący wniósł o modyfikację ust. 7 w następujący sposób: *„Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia awarii sprzętu, nie później niż (zgodnie z ofertą, nie dłużej niż 12 godziny) od wysłania zgłoszenia o awarii sprzętu i oprogramowania. Przez usunięcie awarii rozumie się doprowadzenie sprzętu do stanu w którym realizuje on swoje funkcje użytkowe dostępne z poziomu systemu operacyjnego i aplikacji. Wymiana uszkodzonych elementów obniżających parametry niezawodnościowe nastąpi w terminie określonym w punkcie 9”.*

2. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 9 Wzoru umowy Zamawiający wymaga:

„Wykonawca wymieni sprzęt lub elementy lub podzespoły sprzętu wraz z niezbędnym oprogramowaniem (udzielając lub zapewniając udzielenie licencji), na sprzęt lub elementy lub podzespoły sprzętu o takim samym lub lepszym standardzie i funkcjonalności niż sprzęt lub elementy lub podzespoły sprzętu posiadanego przez Zamawiającego, nowe (wyprodukowane nie wcześniej niż w 2015 r.), nieużywane, wolne od wad.”

Wymaganie użycia części nieużywanych jest nierealne. Nawet producent firma IBM dostarczając urządzenia czy części ze swoich magazynów zawsze zastrzega: *„Części sprzedawane przez IBM mogą być częściami nowymi albo częściami używanymi o jakości części nowych z gwarancją jak za części nowe”.*

Odwołujący wniósł o wykreślenie z wzoru umowy słowa „nieużywane”

3. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 20 Wzoru umowy, wykonawca: *„W ciągu 50 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy Wykonawca przeprowadzi test zdalnego połączenia sprzętu do Działu Wsparcia Technicznego IBM. Test będzie polegać na wygenerowaniu i otworzeniu testowego zgłoszenia PMH w systemie RETAIN.”*

Oczywistym jest, że aby przeprowadzić test połączenia samo połączenie musi istnieć. W konsekwencji, przed testem należałoby zawrzeć umowę z IBM - przedmiotem tej umowy byłoby „wsparcie techniczne”. System RETAIN to system IBM, w którym IBM zbiera, przechowuje i odpłatnie udostępnia informacje nt. błędnego działania komputerów Mainframe. Zgłoszenie błędu do tego systemu to zgłoszenie PMH.

Odwołującemu nie jest potrzebne takie odpłatne wsparcie, a gdyby założyć, iż nie jest on w stanie samodzielnie rozwiązać problemu, to Zamawiający nie może wymagać, aby wykonawca szukał wsparcia akurat w firmie IBM. Wykonawca winien mieć swobodę wyboru podmiotu, który mu takiego wsparcia udzieli. Poza sporem jest, iż opłaty wymagane przez IBM są jednymi z wyższych, jeśli nie najwyższych na rynku. Koszt zawarcia takiej umowy oczywiście podwyższy cenę oferty.

Odwołujący wniósł o zastąpienie tego zapisu zapisem: *„PT ciągu 50 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy Wykonawca przeprowadzi test zdalnego połączenia sprzętu do Systemu zgłoszeń wykonawcy. Test będzie polegać na wygenerowaniu i otworzeniu testowego zgłoszenia awarii w systemie serwisowym Wykonawcy.”*

4. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 21 Wzoru umowy wykonawca: *„W ramach świadczonych usług serwisu Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do:*

1) portali internetowych producenta sprzętu zawierających narzędzia wsparcia elektronicznego. W szczególności narzędzia te muszą umożliwiać przeszukiwanie bazy wiedzy producenta dotyczącej sprzętu oraz uzyskiwanie informacji o zgłoszeniach serwisowych i statusie napraw;

2) laboratoriów producenta sprzętu i oprogramowania sprzętu oraz zlecenie wykonania modyfikacji mikrokodów oprogramowania sprzętu, jeżeli jest to konieczne dla rozwiązania problemu technicznego;

3) zmian konstrukcyjnych i mikroprogramowych producenta sprzętu, przy czym Wykonawca oceni potrzeby ich implementacji w środowisku Zamawiającego oraz zaimplementuje te zmiany w przypadku uzasadnionej potrzeby, za zgodą Zamawiającego. Usługa musi być świadczona w sposób nie naruszający praw autorskich producenta mikrokodów oprogramowania sprzętu,

4) wsparcia producenta obejmujące m.in. dostęp do wsparcia z laboratoriów, fabryk oraz grup deweloperskich producenta urządzeń. ”

Dostęp do usług IBM można uzyskać albo poprzez zawieranie stałych, albo długookresowych umów - są one co do zasady drogie - albo poprzez zlecenie stosownej usługi *ad hoc* wtedy gdy jest to potrzebne. W konsekwencji można zaobserwować prawidłowość polegającą na tym, iż podmioty doświadczone korzystają z opcji wsparcia *ad hoc* - w efekcie koszty są niższe przy takiej samej jakości usługi.

Narzędzia wsparcia elektronicznego, o których mowa w §3 ust. 21 pkt 1 Wzoru umowy mogą ale nie muszą być pomocne przy wykonywaniu zamówienia - zależy to od wiedzy i doświadczenia wykonawcy oraz sposobu świadczenia usługi.

Skoro wykonawca odpowiada za należyte wykonanie umowy to musi sam określić czy informacje z „portali producenta” są mu potrzebne czy nie, gdyż dostęp do tych portali jest odpłatny.

Przeszukiwanie *bazy wiedzy* nie jest celem samym w sobie, a zatem należy założyć, Zamawiający ma zamiar do wykorzystywania stałego *dostępu do portali internetowych producenta* w celu nadzoru nad realizacją zamówienia (?). Innymi słowy wykonawca ma zapłacić koncernowi IBM za informacje, które nie są mu potrzebne dla należytego wykonania umowy. Dodatkowo należy zauważyć, że wykonawca nie jest zobowiązany do usuwania awarii w sposób opisany w bazach IBM (RETAIN), a jedynie do skutecznego wykonania naprawy.

Zamawiający w §3 ust. 21 pkt 2 wymaga już nie tylko dostępu do laboratoriów producenta ale zlecenia producentowi - czyli IBM - modyfikacji programów komputerowych. Także w tym przypadku wymóg taki jest zbędny.

Postanowienia Wzoru umowy zawarte w §3 ust. 21 pkt 4 są zbędne z uzasadnieniem jak dotychczas. Zamawiający ukształtował umowę tak, że wykonawca jest odpowiedzialny za wykonanie umowy (*vide* §3 ust. 21 pkt 34, 35), a zatem winien być odpowiedzialny za sposób wykonania umowy, w tym za dobór podwykonawców.

Umowa nakazuje wykonawcy zachowanie poufności (*vide*: §3 ust. 33 Wzoru umowy) a jednocześnie kwestionowane postanowienia umowy nakazują *de facto* ujawnienie tych wrażliwych informacji koncernowi IBM baz jakiegokolwiek potrzeby.

5. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 22 Wzoru umowy: „Wykonawca zapewni stały dostęp osobom realizującym przedmiot umowy w imieniu Wykonawcy do międzynarodowych baz danych (RETA IN), które zawierają opisy problemów, jakie wystąpiły na świecie oraz opisy sposobów ich rozwiązania.”

Żądanie przedstawione w ww. paragrafie jest zbędne do należytego wykonania umowy. To wykonawca odpowiada za wiedzę i doświadczenie osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia. Zamawiający nie może decydować za wykonawcę z jakich źródeł wiedzy i od jakich dostawców będzie on korzystał przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie wykreślenia tego postanowienia.

6. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 23 Wzoru umowy: *„Jeżeli w trakcie realizacji umowy Zamawiający lub Wykonawca stwierdzi konieczność zmiany oprogramowania sprzętu (w tym wewnętrznego oprogramowania i mikrokodów), za realizację tej zmiany będzie odpowiedzialny Wykonawca”.*

Żądanie przedstawione w ww. paragrafie jest zbędne do należytego wykonania umowy.

Odwołujący wniósł o wykreślenie tego punktu lub ewentualnie modyfikację, poprzez wykreślenie słowa „Zamawiający” i nadanie mu brzmienia: *„Jeżeli w trakcie realizacji umowy Wykonawca stwierdzi konieczność zmiany oprogramowania sprzętu (w tym wewnętrznego oprogramowania i mikrokodów), za realizację tej zmiany będzie odpowiedzialny Wykonawca”.*

7. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 24 Wzoru umowy: *„Wykonawca jest zobowiązany stosować procedury eskalacyjne, o których mowa w ust. 2 pkt 3. Przy rozwiązywaniu problemów o krytycznym znaczeniu Zamawiający zastrzega sobie prawo do bezpośredniego kontaktu z producentem sprzętu”.*

Prawo kontaktu Zamawiającego z producentem sprzętu jest oczywiste i nie podlega ograniczeniom. Zastosowanie procedur eskalacyjnych wskazanych w §3 ust. 2 pkt 3 - umowy nie ma związku z prawami Zamawiającego do kontaktów z producentem. Treść tego postanowienia sugeruje, że wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia Zamawiającemu na własny koszt i ryzyko usług producenta.

Odwołujący wniósł o wykreślenie tego punktu jako bezprzedmiotowego.

8. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 25, 26, 27 Wzoru umowy:

25. *„Wykonawca wykona aktualizację mikrokodów oprogramowania sprzętu nie rzadziej niż raz na 90 dni kalendarzowych do wersji uzgodnionej z Zamawiającym.*

26. *Harmonogram wykonania wszystkich aktualizacji mikrokodów oprogramowania sprzętu zostanie uzgodniony z Zamawiającym w terminie do 50 dni kalendarzowych przed przystąpieniem do ww. prac.*

27. *W przypadku wystąpienia problemów ze sprzętem, wynikających z przeprowadzonej aktualizacji mikrokodów oprogramowania sprzętu Wykonawca niezwłocznie wykona powrót do poprzednich wersji i zapewni rozwiązanie problemów przed ponownym przystąpieniem do wykonania aktualizacji.”*

Żądania przedstawione w ww. paragrafach są zbędne do należytego wykonania umowy. Odwołujący wniósł o nakazanie wykreślenia tego postanowienia.

Zgodnie z załącznikiem do projektu umowy, Zamawiający od podmiotu dotychczas realizującego serwis nie wymagał wprowadzania poprawek do mikrokodów - od początku posiadania tych komputerów (ponad trzysta oczekujących poprawek wskazuje na to, że do

tych komputerów poprawki nie były nigdy wprowadzone). Skoro przez ponad cztery lata Zamawiający obywat się bez tych poprawek i nie powodowało to zaburzeń w użytkowaniu urządzeń, to w pełni potwierdza, że poprawki te są zbędne dla poprawnego użytkowania sprzętu. Co więcej (co Zamawiający sam potwierdza) wprowadzenie tych poprawek niesie za sobą istotne ryzyko wystąpienia problemów.

9) Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 28 Wzoru umowy wykonawca: „Wykonawca zapewni dla Zamawiającego wsparcie techniczne dla sprzętu obejmujące w szczególności:

1) *przeprowadzenie, nie rzadziej niż jeden raz na 90 dni kalendarzowych, analizy w zakresie uaktualnień poziomu firmware'u (mikrokodów oprogramowania sprzętu), analizy konfiguracji oprogramowania dla sprzętu, analizy logów oprogramowania sprzętu. Wynikiem analizy będzie raport (zwany dalej „Raportem z analizy”): a) dla maszyny Mainframe zBC12:*

- *z weryfikacji otwartych problemów, jeżeli takie istnieją,*
- *z weryfikacji poziomów zainstalowanych poprawek MCL oraz ich instalacji i aktywacji najnowszych wersji,*
- *z weryfikacji konfiguracji „ Scheduled operations ”,*
- *z weryfikacji poprawności funkcjonowania RSF,*
- *z weryfikacji statusu „Not in service required state” oraz „Dual power mode ”,*
- *z weryfikacji poprawności działania usługi call home,*
- *z weryfikacji logów hardware i kanałów maszyny, a w przypadku nieprawidłowości - potwierdzenie podjęcia odpowiednich działań;*

b) dla biblioteki taśmowej i ich podzespołów:

- *z weryfikacji poziomów firmware i instalacji oraz aktywacji najnowszych wersji,*
- *ze sprawdzenia poziomów licznika błędów,*
- *z weryfikacji pracy robota,*
- *z weryfikacji poprawności działania usługi cali home,*
- *ze sprawdzenia, czy występują zgłoszone problemy,*
- *z weryfikacji testu opcją „ Control Unit Checkout ”,*
- *z weryfikacji dostępu do napędów oraz kanałów do Mainframe; przy czym każdy Raport z analizy powinien przedstawiać stan sprzętu objętego umową;*

2) *zweryfikowanie poprawności działania sprzętu po wykonaniu usługi wsparcia technicznego oraz przedstawienie Zamawiającemu raportu po wykonanej obsłudze serwisowej. W przedstawionym raporcie musi znaleźć się stwierdzenie, że sprzęt po wykonaniu usługi wsparcia jest sprawny.*

Do wykonania czynności opisanych w niniejszym ustępie nie jest konieczne zgłaszanie odrębnego wniosku przez Zamawiającego. ”

Przywołane postanowienie ingerują w sposób świadczenia usługi i jednocześnie są na tyle nieprecyzyjne, że nie sposób ustalić jakie czynności mają być wykonane, by

Zamawiający uznał należyte wykonanie umowy (w tej części). Przywołane postanowienia po raz kolejny wprowadzają wymóg współpracy z IBM i określają sposób tej współpracy, co jest w cenie odwołującego niedopuszczalne

Odwołujący wniósł o nakazanie usunięcia tych postanowień SIWZ w całości albo co najmniej w zakresie, w jakim dotyczą one współpracy z IBM (obsługi i wgrywania firmware (mikrokodów), realizacji funkcji „cali home”, funkcji RSF)

10. Zgodnie z postanowieniami §3 ust. 29 Wzoru umowy: *„Wykonawca zapewni techniczną pomoc producenta w przypadku napotkania przez Zamawiającego problemów przy instalowaniu produktu nie wskazanego w Załączniku nr i do Umowy lub dotyczących właściwych metod instalacji i uaktualniania autonomicznych aplikacji.”*

Wykonawca jest odpowiedzialny za wykonanie umowy. Zakres umowy (w ujęciu rzeczowym) jest tożsamy z przedmiotem zamówienia. Z przywołanego postanowienia wynika, iż Zamawiający nie musi konsultować z wykonawcą tego kiedy i jaki produkt będzie instalował. Jednocześnie, jeżeli instalacja ta będzie nieudana to wykonawca ma zapewnić wsparcie producenta nawet wtedy, gdy sam mógłby rozwiązać problem. Wykonawca ma zatem zapłacić producentowi za rozwiązanie problemu wygenerowanego przez Zamawiającego. Tego typu odpowiedzialność winna być przypisana do podmiotu, który będzie instalował wskazany produkt. To dostawca winien zapewnić zgodność nowego produktu z istniejącą infrastrukturą. Zamawiający w specyfikacji i umowie z potencjalnym dostawcą winien sobie zagwarantować, że to co będzie dostarczone będzie zgodne z tym co jest i nie zaburzy pracy istniejącej infrastruktury.

Odwołujący wniósł o wykreślenie tego zapisu.

11. Zgodnie z Załącznikiem numer 2 do Wzoru umowy zatytułowanym „raport...”, w kolumnie „Zalecenie” Zamawiający określił dodatkowe wymagania dla wykonawcy nie ujęte ani w SIWZ, ani w treści umowy:

a. *„W przypadku podpisanej umowy serwisowej, czynności do wykonania: uruchomienie opcji "Proprietary Service State" aktualizacja poziomu poprawek mikrokodowych”.*

Opcja "Proprietary Service State" oznacza, że dane urządzenie jest aktualnie serwisowane przez producenta sprzętu, czyli firmę IBM. Zamawiający w tym miejscu wprost wymaga aby usługa serwisu pogwarancyjnego była realizowana przez firmę IBM.

Aktualizacja poziomu poprawek mikrokodowych - Zamawiający wskazał, że nie jest wczytanych w jednym procesorze 349, a w drugim 354 poprawek. Biorąc pod uwagę liczbę poprawek emitowanych przez producenta oznacza to, że poprawki do tych maszyn nie były wczytywane nigdy.

Zgodnie z informacją zawartą w ww. punkcie, maszyny były objęte serwisem producenta do 31 grudnia 2017. Informacje na temat poprawek są pobierane przez komputer tylko w trakcie trwania obowiązującej umowy serwisowej z producentem. Tak więc wskazane

liczby poprawek to stan najpóźniej na dzień zakończenia obowiązywania umowy z IBM. Od roku 2014 (kiedy Zamawiający zakupił komputery będące przedmiotem serwisu w ramach niniejszego zamówienia do dnia zakończenia umowy z IBM (31.12.2017) uzbierało się trzysta kilkadziesiąt poprawek, które nie zostały wczytane. Można więc domniemywać, że to producent - firma IBM uznała wczytywanie poprawek za zbędne i niewłaściwe, a zatem niezasadnym jest wgrywanie tych poprawek obecnie.

Odwołujący wniósł o wykreślenie obydwu wskazanych wymagań.

Producent serwerów będących przedmiotem serwisu ogłosił publicznie o zakończeniu sprzedaży jakichkolwiek opcji (w tym mikrokodów) do tych serwerów z dniem 31 grudnia 2017. Nie ma zatem możliwości legalnego nabycia na rynku (w tym od producenta) żądanych przez Zamawiającego poprawek do mikrokodów. Jedynym podmiotem, który może legalnie (bez naruszania praw autorskich) dostarczyć nieoferowane na rynku do sprzedaży poprawki jest tylko i wyłącznie firma IBM. Poprawki do mikrokodów - o ile okażą się potrzebne - winien zakupić samodzielnie Zamawiający w ramach odrębnego zamówienia „z wolnej ręki” u producenta, a wgranie tych poprawek i pełna odpowiedzialność za ich poprawność winna obciążać producenta - firmę IBM. Wykonawca nie ma prawnej możliwości ingerencji w mikrokozdy - jako przedmiot praw autorskich - tym samym nie ma żadnej możliwości podjęcia działań zaradczych, gdyby okazało się, że poprawki są wadliwe.

W dniu 12 lipca 2018 r. (pismem z dnia 12 lipca 2018 r.) wykonawca: Comparex Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie po stronie Zamawiającego oraz w dniu 13 lipca 2018 r. wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego również po stronie Zamawiającego. Obaj wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania. Przystąpienia zostały zgłoszone stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 13 lipca 2018 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo (z dnia 13 lipca 2018 r.) – odpowiedź na odwołanie, zawierające oświadczenie Zamawiającego, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił powyższe pismo na stronie internetowej.

Żaden z wykonawców, którzy zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 5 Pzp, tj. sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W powyższych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, uwzględniając w szczególności fakt, że uczestnicy postępowania odwoławczego, który przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: