

Sygn. akt: KIO 2819/12

## WYROK

z dnia 7 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 stycznia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2012 r. przez **wykonawcę Qumak – Sekom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3**

przy udziale **wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Kasprzaka 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2819/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym nakazuje dokonanie zaniechanej przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z powodu złożenia nieprawdziwej informacji tj. oświadczenia o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz nakazuje dokonanie zaniechanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Kasprzaka 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że zaoferowany przez tego wykonawcę przedmiot zamówienia w zakresie usług serwisu pogwarancyjnego urządzeń typu „Storage” nie obejmuje zapewnienia dostępu wymaganego przez zamawiającego w pkt II.3.9, 10, 13, 14 rozdziału II siwz

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3 i:**

**2.1.** zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000zł. 00 gr** (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Qumak – Sekom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Szamocka 3** na rzecz **wykonawcy Qumak – Sekom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94** kwotę **zł. 18 600zł. 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Serwis pogwarancyjny elementów i podzespołów środowiska Mainframe Znak sprawy: TZ/370/61/12” zostało wszczęte przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2012r. za numerem 2012/S 203 -334132.

W dniu 8 grudnia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania i o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Kasprzaka 3 (dalej przystępujący). Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Qumak – Sekom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94 (dalej odwołujący).

W dniu 18 grudnia 2012r. na piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie jej odrzucenia.

odwołujący zarzucił zamawiającemu :

- błędne ustalenie stanu faktycznego,
- nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie fundamentalnej zasady określonej w art. 7 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy);
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty , pomimo, iż wskazany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania przetargowego,
- niezastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy wobec przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią siwz;
- niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy wobec przystępującego, jako iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.
- niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy wobec przystępującego, jako iż złożenie przez przystępującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na sprzedaż produktów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- naruszenie art. 8 ustawy, poprzez nieodtajnienie utajnionej części oferty przystępującego.

Odwołujący wskazał, że czynności podjęte przez zamawiającego w toku niniejszego postępowania przetargowego bezpośrednio naruszają interes odwołującego. W przypadku

prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego wybrana zostałaby jako najkorzystniejsza bowiem spełnia wymogi siwz oraz zawiera najniższą cenę z ofert niepodlegających odrzuceniu. Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona przez zamawiającego. Wskutek zaniechania dokonania tych czynności, zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, naruszając jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Z ostrożności odwołujący wskazuje, iż dla interesu nie ma znaczenia kwota jaką przeznaczył zamawiający na realizację zamówienia – wskazał wyrok Izby z dnia 7 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1610/12.

Jednocześnie, w ocenie odwołującego, oczywistym jest, że zamawiający pozbawiając odwołującego możliwości pozyskania tego zamówienia powoduje u niego powstanie szkody polegającej na niemożliwości osiągnięcia przychodu i zysku z tego zamówienia.

Wniósł o :

1. unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego.
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert
3. powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
4. odtajnienie utajnionej części oferty przystępującego;
5. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferty przystępującego jako oferty sprzecznej w swej treści z treścią siwz ;
6. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
7. wykluczenie przystępującego na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 3 ustawy z uwagi na złożenie przez przystępującego nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy
8. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto wniósł o:

1. dopuszczenie jako dowodów dokumentów załączonych do niniejszego odwołania;
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny złożonych przez wykonawców ofert, do czego był zobowiązany, a istnienie takiego obowiązku potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 14 lipca 2006 r. sygn. UZP/ZO/0-2007/06.

W ocenie odwołującego zaoferowany przez przystępującego przedmiot oferty nie jest zgodny z przedmiotem zamówienia określonym przez zamawiającego w siwz.

Przedmiotem zamówienia zgodnie z Rozdziałem II ust I siwz jest świadczenie usługi pogwarancyjnej opieki serwisowej (...) urządzeń IBM zlokalizowanych na terenie Warszawy i Rzeszowa (wszystkie urządzenia, w obu lokalizacjach, są częścią centralnej platformy Mainframe i będą zarządzane z COO ZUS w Warszawie) Innymi słowy przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi wsparcia i serwisu pogwarancyjnego dla 3 rodzajów sprzętu informatycznego:

1. Komputery centralne klasy Mainframe służące do przetwarzania dużej ilości danych
2. Zaawansowane macierze dyskowe (inaczej też określane jako Storage) odpowiadające za dostępność danych dla komputera centralnego Mainframe
3. Zaawansowane biblioteki taśmowe (też zaliczają się do klasy Storage) Służą do wykonywania kopii bezpieczeństwa danych zapisanych na macierzach dyskowych. Dane z dysków twardych zapisywane są na kasetach zawierających taśmy (jak w magnetowidzie). Łącznie te 3 grupy sprzętu wraz z oprogramowaniem tworzą kompletny system informatyczny krytyczny z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa polskiego.

Wykonawcy składali oferty na formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do siwz, który w pkt. IV ust. 3 zawiera oświadczenie oferenta, o następującej treści „Oświadczamy, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia’. Przystępujący składając ofertę był zobligowany do złożenia ww. oświadczenia, co zostało potwierdzone podpisem pod ofertą. Jednakże, zdaniem odwołującego oświadczenie to jest niezgodne z prawdą bowiem, przedmiot zamówienia zaoferowany przez przystępującego nie spełnia wymagań siwz z uwagi na następujące elementy:

- a) zamawiający w Rozdziale II ust 2 pkt. 9 siwz określił, iż serwis pogwarancyjny będzie polegać na „zapewnieniu dostępu do zmian konstrukcyjnych i mikroprogramowych producenta urządzeń, ocenie potrzeby ich implementacji w środowisku zamawiającego oraz implementacji tych zmian w przypadku uzasadnionej potrzeby. Usługa musi być świadczona w sposób nie naruszający praw autorskich producenta oprogramowania mikrokodowego (wewnątrz urządzeń);” Zdaniem odwołującego, powyższe wymagania w znacznym zakresie może być spełnione jedynie przez firmę IBM, która powinna być podwykonawcą/dostawcą danego oferenta. Odwołujący wskazał w tym miejscu, iż ma podstawy aby twierdzić, iż przystępujący nie będzie w stanie spełnić tego wymagania z uwagi na fakt, iż nie będzie posiadać stosownych praw od IBM. Potwierdzeniem powyższego jest pismo od IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 7 grudnia 2012r. ze wskazaniem, iż IBM nie składało oferty do przystępującego na przedmiot niniejszego zamówienia, które załączył jako dowód do

odwołania. Odwołujący opisał czym są zmiany mikroprogramowe a właściwie mikroprogramy. Na mikroprogramy składają się:

Mikrokod (albo LIC - Licensed Internal Code, Machine Code) to jest specjalizowane oprogramowanie kontrolujące, które obecnie znajduje się prawie w każdym urządzeniu elektronicznym. Jest to oprogramowanie wbudowane do danego urządzenia lub części, stanowi jego integralną część, zaprojektowane zostało tylko i wyłącznie dla tej części i odpowiada za prawidłową jego pracę oraz za komunikację tego urządzenia z innymi częściami lub urządzeniami. Oprogramowanie to można modyfikować (może to zrobić tylko producent, tutaj mają zastosowanie prawa autorskie) i wgrywać do danego urządzenia w celu polepszenia pracy danego urządzenia lub dodanie nowych funkcji, możliwości. Dla przykładu wskazać można, iż obecnie każdy samochód naszpikowany jest elektroniką, która kontroluje jego części: silnik, układ napędowy, hamulce itp. Wgrywając nowszą wersję oprogramowania można na przykład poprawić osiągi silnika, zwiększyć lub zmniejszyć jego moc, poprawić parametry spalania itp. Należy odróżnić mikrokod od systemu operacyjnego. Mikrokody dotyczą tylko części (hardware) i kontrolują pracę tej części. Dość często traktuje się z tego powodu jako hardware, bo są integralną częścią sprzętu. Bez tego oprogramowania dana część nie działa. System operacyjny np. Windows kontroluje cały komputer wraz z całym oprogramowaniem na nim zainstalowanym. Mikrokody w tym przypadku kontrolują pracę pojedynczego elementu np. dysku twardego, stacji dysków zewnętrznych, napędów CD/DVD, karty graficznej, płyty głównej itd. Dany system operacyjny może działać na wielu różnych komputerach. Mikrokod działa tylko z tą częścią na którą został zaprojektowany.

LICCC (Licensed Internal Code Controlled Changes) to dodatkowe oprogramowanie kontrolujące zmiany, czyli trochę więcej niż mikrokod. Zezwala ono na uruchomienie dodatkowych funkcji, które są jakby „uśpione” (zainstalowane ale nie są aktywne, np. aktywuje dodatkową pamięć, procesory itp), może służyć do autoryzacji nowej części zainstalowanej dodatkowo lub wymienionej w czasie naprawy (gdy wymieniamy taką część kontrolowaną przez LICCC to następnie musimy wgrać specjalnie przygotowany przez producenta kawałek oprogramowania, które autoryzuje tą nową część w maszynie/komputerze, czyli powie komputerowi, że ta część jest poprawna i może współpracować z resztą części).

Odwołujący podkreślił, iż w przypadku wymiany danego elementu urządzenia, konieczne jest posiadanie praw do mikrokodów i dla niektórych urządzeń kodów LICCC. Wiedząc, iż IBM nie będzie świadczył usług bezpośrednio dla przystępującego, odwołujący domniemuje, że być może przystępujący korzysta w tym zakresie z jakiegoś partnera, jednakże również z uwagi na to nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz, bowiem cena, jaką zaoferował przystępującego jest zbyt niska, aby mogła zagwarantować

prawidłowe wykonanie zamówienia. Nawet jeśli podmiot, z którego korzysta przystępujący posiada partnerstwo, to jest ono zawierane na podstawie umowy TPM. Na bazie podpisanej z IBM umowy TPM taki Partner ma możliwość:

- zakupu części kontrolowanych przez specjalne oprogramowanie (tzw. LICCC),
- zamówienia mikrokodów dla danej maszyny (należy podać numer seryjny) jeżeli został autoryzowany w formie pisemnej przez właściciela danego urządzenia do zamówienia i wykorzystania tych mikrokodów (pkt 4.5 umowy). Zamówione mikrokody dostępne są dla TPM w ciągu ok. 3 dni roboczych od momentu otrzymania przez IBM ważnego zamówienia. Aby zamówić części/część kontrolowaną przez LICCC w IBM należy złożyć zamówienie według formularza opisanego na stronie IBM, podając dane dotyczące maszyny, do której części są zamawiane:

[\[304.ibm.com/shop/europe/content/misc\\\_includes/store\\\_IBMPublicUnitedKingdom/en\\\_GB/TPM Annexe s\\\_1 \\\_ 1 A\\\_ 1 B\\\_1C\\\_ 12112012\\\_final\\\_version.pdf\]\(http://304.ibm.com/shop/europe/content/misc\_includes/store\_IBMPublicUnitedKingdom/en\_GB/TPM%20Annexe%20s\_1\_1\_A\_1\_B\_1C\_12112012\_final\_version.pdf\)](http://vwww-</a></p></div><div data-bbox=)

Część ta może być użyta tylko i wyłącznie do naprawy wskazanego przez TPM komputera (mainframe). W przypadku wątpliwości co do powyższego, IBM ma prawo wymagać pisemnego potwierdzenia, że TPM jest autoryzowany przez właściciela maszyny do naprawy danego komputera (mainframe) (pkt 4.4 umowy TPM).

Jako dowód odwołujący przedłożył wzór umowy TPM od IBM.

IBM dokona wyceny i poinformuje TPM o cenie zakupu takiej części. Po otrzymaniu przez IBM potwierdzenia ze strony TPM dotyczącego akceptacji kosztów, dana część będzie dostępna dla TPM w ciągu 2 godzin w centralnym magazynie w Amsterdamie. Na życzenie TPM, IBM może wysłać część pod wskazany adres na koszt TPM.

Z uwagi na powyższe przystępujący nie jest w stanie zagwarantować 24 h czasu reakcji wskazanego w §3 ust 2 pkt. 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do siwz, a nadto pliki do pobrania z Fix Central, a więc miejsca gdzie dane kody mogą być pobrane, „są dostępne tylko dla posiadaczy sprzętu lub oprogramowania IBM objętych gwarancją, umową serwisową lub wykupioną subskrypcją i wsparciem. Kody programowe, próbki, aktualizacje i poprawki dostępne na tej stronie (zwane łącznie mikrokodem) podlegają warunkom umów licencyjnych, które regulują warunki korzystania z odpowiedniego mikrokodu” a przystępującego takiej umowy serwisowej nie posiada, co zdaniem odwołującego wynika z zaoferowanej przez przystępującego ceny oraz pisma od IBM z dnia 7 grudnia 2012 roku.

Jako dowód odwołujący przedłożył print screen ze strony producenta - IBM - z której pobierane są mikrokody wraz z tłumaczeniem.

b) zamawiający w Rozdziale II ust 2 pkt. 13 siwz określił, iż serwis pogwarancyjny będzie polegać na „zapewnieniu dostępu do poziomów wsparcia producenta (wsparcie poziomu Level 2 i 3, obejmujące m.in. dostęp do laboratoriów, fabryk oraz grup

deweloperskich producenta urządzeń);” odwołujący wskazał, iż ogólnie przyjęte poziomy wsparcia technicznego w IT:

Level 1 (Poziom 1):

Wsparcie lokalne wykonawcy serwisu zbudowane w oparciu o własne zasoby i własne doświadczenie.

Level 2 (Poziom 2):

Wsparcie świadczone przez centra kompetencyjne, dla danej grupy produktowej, przeważnie o zasięgu regionalnym. W takim centrum kompetencyjnym znajdują się najbardziej doświadczenie inżynierowie w danej grupie produktów. W tym konkretnym przypadku IBM posiada osobne, regionalne centra kompetencyjne dla produktów typu Mainframe i Storage.

Level 3 (Poziom 3):

W tym wypadku chodzi o najwyższy poziom wsparcia zbudowany w oparciu o producenta danego urządzenia, czy oprogramowania. Na tym poziomie zapewniony jest bezpośredni dostęp do konstruktorów i wytwórców danego produktu, czyli do tych grup/osób, które dany produkt skonstruowały i rozwijają go (development). Do tego poziomu wsparcia sięga się, gdy zawodzą pozostałe dwa poziomy wsparcia i nie jest możliwe pozbycie się usterki bez ingerencji w dany produkt. Na bazie informacji otrzymanych od niższych poziomów możliwe jest wyeliminowanie błędu/usterki poprzez zmodyfikowanie/ulepszenie danego produktu lub wytworzenie nowego produktu/części wolnej od wad.

Przystępujący bez stosownej umowy z IBM, a więc producentem urządzeń, których serwisowanie jest objęte przedmiotem zamówienia nie jest w stanie spełnić ww. wymagania. Dostęp do laboratoriów o którym mowa w ww. wymaganiu siwz jest dostępny, w ocenie odwołującego, jedynie dla podmiotów posiadających ważną umowę serwisową, której w przypadku tego przedmiotu zamówienia cena oscyluje ok 14 mln. złotych brutto, przy czym cena wskazana przez przystępującego to zaledwie 4 mln złotych brutto. W przypadku braku takiej umowy, wykonawca nie jest w stanie zapewnić spełnienia wymaganego warunku, a w zakresie dostępu do laboratoriów, co najwyżej po zgodzie IBM, może zapewnić wycieczkę dla pracowników zamawiającego.

c) zamawiający w Rozdziale II ust 2 pkt. 14 siwz określił, iż serwis pogwarancyjny będzie polegać na „zapewnieniu stałego dostępu pracowników serwisu wykonawcy do międzynarodowych baz danych serwisu producenta urządzeń (RETAIN), które zawierają opisy problemów jakie wystąpiły na świecie oraz opisy sposobów ich rozwiązania;”

Producent, tak jak i w zakresie warunku z Rozdziału II ust 2 pkt. 13 siwz, umożliwi dostęp do tej bazy jedynie po uprzednim podpisaniu stosownej umowy serwisowej, której wartość jak wskazał odwołujący wyżej w uzasadnieniu do pkt. 13 znacznie przewyższa wartość oferty złożonej przez przystępującego.



d) zamawiający w Rozdziale II ust 2 pkt. 10 siwz określił, iż serwis pogwarancyjny będzie polegać na „wykonywaniu konserwacji profilaktycznej każdego urządzenia (przeład techniczny), obejmującej testy do poziomu oprogramowania systemowego, regulacje, strojenie i wymianę części (w przypadku awarii) oraz instalowanie mikrokodów do najwyższej dostępnej wersji;”

Zgodnie ze strategią IBM, dostęp do aktualizacji Kodu Maszynowego dla Systemu Storage wymaga, aby maszyna, na potrzeby której pobierana jest aktualizacja, objęta była gwarancją lub umową na serwis sprzętu IBM (IBM hardware maintenance service agreement).

Jeśli sprzęt klienta IBM nie jest już objęty gwarancją i jeśli taki klient uzna, że umowa na serwis sprzętu IBM (IBM hardware maintenance service agreement) nie spełnia jego oczekiwań, IBM będzie oferować niestandardową usługę uwzględniającą aktualizacje Kodu Maszynowego na podstawie oferty specjalnej. Opcja ta jest dostępna dla legalnych posiadaczy maszyn IBM (licencjobiorców Kodu Maszynowego w odniesieniu do danej maszyny). Wniosek klienta o udostępnienie oferty specjalnej musi zawierać wyszczególnienie typu, modelu, numeru seryjnego i konfiguracji stosownej maszyny (stosownych maszyn). Na podstawie tych informacji IBM skonsultuje się z klientem i prześle w odpowiedzi ofertę lub, jeśli IBM będzie potrzebować więcej informacji, pytania szczegółowe. Zatem nawet jeśli uznać że taka aktualizacja jest możliwa, to jedynie bezpośrednio dla zamawiającego i przystępującego, w ocenie odwołującego, bez szczególnej umowy serwisowej z IBM nie jest w stanie zagwarantować tych aktualizacji bez naruszania praw licencyjnych IBM.

Odwołujący zauważył, że serwisowanie oprogramowania IBM (np. subskrypcja i wsparcie) nie nadaje żadnych praw dostępu do aktualizacji Kodu Maszynowego. Jest to wyłącznie wsparcie do konkretnego systemu operacyjnego lub innych programów objętych umową. Zatem tak jak wskazaliśmy powyżej aby spełnić wymagania wskazane w siwz należy mieć umowę szczegółową z IBM. Pobieranie mikrokodów jest możliwe poprzez stronę Fix Central, ale wymaga to wcześniejszego zalogowania się do systemów IBM i przestrzegania zapisów o prawach autorskich (dowód z tłumaczeniem w załączeniu) Dostęp do strony fix central:

<http://www-933.ibm.com/support/fixcentral/> W tym miejscu zrzut ekranu w języku angielskim Z powyższego, zdaniem odwołującego, wynika konsekwencja powodująca, że wykorzystywanie mikrokodów i LICCC bez posiadania stosownej umowy serwisowej z producentem oprogramowania a więc IBM będzie stanowiło naruszenie warunków licencyjnych IBM. Zamawiający, tym samym otrzymując takie aktualizacje od przystępującego nie będzie miał prawa tych licencji wykorzystać zgodnie z przeznaczeniem i celem postępowania.

W zakresie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji przez przystępującego i naruszenia uczciwej konkurencji, odwołujący podniósł, że przystępujący poprzez wskazanie, iż oferuje

przedmiot zamówienia zgodny z siwz poświadczył nieprawdę, bowiem nie można spełnić świadczenia wymaganego przez zamawiającego w siwz bez wsparcia ze strony producenta a więc IBM. Co za tym idzie, nie jest możliwe zrealizowanie usługi bez podpisania umowy serwisowej szczególnej z IBM, której wartość oscyluje w granicach 14 min. złotych brutto. Powyższe, zdaniem odwołującego, jednoznacznie dowodzi, iż oferta złożona przez przystępującego była sporządzona niedbale i w sprzeczności z przepisami oraz wymaganiami zamawiającego.

Powyżej opisane okoliczności dowodzą, że przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zawartymi w siwz, a nadto istnieje, w ocenie odwołującego, zasadne przypuszczenie, iż firma przystępującego nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zdaniem odwołującego bezspornym ponadto jest, iż zamawiający nie może opierać się jedynie na oświadczeniach składanych przez wykonawcę, jest również zobowiązany do oceny czy dany wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia na warunkach wskazanych przez zamawiającego. Zamawiający już na podstawie różnicy w cenie oferty przystępującego, powinien powziąć wątpliwości, co do zakresu świadczenia zaoferowanego przez przystępującego. z uwagi na to powinien dokonać wyjaśnień a w przypadku dalszych wątpliwości - powinien ofertę odrzucić lub wykluczyć oferenta z postępowania. Wskazał na wyrok Izby sygn. akt KIO 2234/11, wyrok Izby sygn. akt KIO 350/11), wyrok Izby z dnia 11 grudnia 2007 r. sygn. KIO/UZP/1400/07; wyrok Izby z dnia 26 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 218/08, wyrok Izby z dnia 2 listopada 2011 r. o sygn. KIO 2225/11.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty przystępującego, odwołujący podkreślił, iż cena oferty przystępującego jest rażąco niska w odniesieniu do pozostałych ofert. Ponadto, nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia po cenie wskazanej przez przystępującego, bowiem aby móc w pełni uczynić zadość wymaganiom zamawiającego wskazanym w siwz, należy skorzystać ze wsparcia IBM w postaci podpisania szczególnej umowy na wsparcie, której koszt wynosi ok. 14 min. złotych brutto, natomiast oferta przystępującego opiewa na ok. 4 min. złotych brutto. Jako dowód odwołujący powołał pismo IBM z dnia 7 grudnia 2012 roku

Wskazał, że aby nie naruszyć praw licencyjnych producenta urządzeń i oprogramowania, nie jest możliwe skorzystanie z żadnej innej formy współpracy niż wskazana w niniejszym odwołaniu przez odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy odwołujący wskazał, iż zamawiający powinien odtajnić część oferty stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i fakt, iż zgodnie z oświadczeniem wskazanym przez przystępującego w złożonej przez siebie ofercie w pkt. III ust 4 oferty przystępującego zamierza powierzyć w całości wykonanie zamówienia podwykonawcom. W tym miejscu

zarówno zamawiający jak i oferenci powinni mieć możliwość oceny czy podwykonawca danego oferenta w zakresie świadczenia specyficznej usługi wsparcia pogwarancyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w pełni spełnia wymagania wskazane w siwz. Co więcej z uwagi na jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazaną art. 8 ustawy, takie odtajnienie umożliwiłoby ochronę praw autorskich podmiotów trzecich, umożliwiając sprawdzenie, czy prawa takich podmiotów nie będą łamane. Podał wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 16 stycznia 2006 r. sygn. UZP/ZO/O- 49/06. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 grudnia 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu i podpisanego, zgodnie z zasadami reprezentacji odwołującego ujawnionymi w KRS, którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 18 grudnia 2012r.

W dniu 19 grudnia 2012r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 21 grudnia 2012r. przystępujący zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania wniesionego przez Qumak - Sękom S.A., jako oczywiście bezzasadnego. Wskazał, że ma oczywisty interes w zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego. W przypadku uznania odwołania wniesionego przez odwołującego za zasadne, interes przystępującego doznałby uszczerbku na skutek bezpodstawnego unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 8 grudnia 2012 r. dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej, którą w przedmiotowym postępowaniu jest właśnie oferta przystępującego. Ewentualne uwzględnienie odwołania wniesionego przez odwołującego dnia 18 grudnia 2012 r. pozbawiłoby przystępującego szansy uzyskania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

W uzasadnieniu przystępujący podniósł w zakresie zarzutu niezgodności oferty przystępującego z treścią siwz, iż nie znajduje on ani prawnego ani faktycznego uzasadnienia i jako taki nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Żaden bowiem z opisywanych przez odwołującego przypadków rzekomej niezgodności oferty przystępującego z siwz nie ma miejsca. Oferta przystępującego, w jego ocenie, w każdym aspekcie odpowiada wymogom zamawiającego przedstawionym w specyfikacji, wobec czego zamawiający słusznie uznał ofertę przystępującego za zgodną z jej treścią. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zdaniem przystępującego, nie było podstaw, by taką ofertę odrzucić. Dopiero zatem odrzucenie przez zamawiającego oferty przystępującego doprowadziłoby do naruszenia przepisu wskazywanego przez odwołującego. Odnośnie złożenia nieprawdziwych informacji przez przystępującego i

naruszenie uczciwej konkurencji wskazał, że zarzut i przedstawiona na jego poparcie argumentacja są chybione i nie zasługują na uwzględnienie. Jednocześnie brak jest spójności pomiędzy samym zarzutem a przedstawionymi twierdzeniami.

W zaistniałym stanie faktycznym nie może być bowiem mowy o przedstawieniu przez przystępującego nieprawdziwych informacji ani naruszeniu tym samym zasad uczciwej konkurencji. Słusznie zatem, zdaniem przystępującego, zamawiający uznał, że brak jest podstaw do wykluczenia przystępującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Dodatkowym potwierdzeniem może być sama treść uzasadnienia odwołującego, w którym tylko poddaje pewne kwestie w wątpliwość i przypuszczenia, nie przedstawiając żadnych konkretnych i rzetelnych dowodów. Odwołujący, jako twierdzący, powinien wykazać, iż przedstawione przez przystępującego informacje nie są wiarygodne, a nie opierać swoje zarzuty jedynie na domniemaniach.

Stanowczego podkreślenia wymaga, że do naruszenia dyspozycji ww. przepisów doszłoby dopiero, gdyby w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym przystępujący zostałby wykluczony a jego oferta odrzucona.

Co do zarzutu złożenia przez przystępującego oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na sprzedaż produktów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich sprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, to zarzut nie został przez Qumak - Sękom S.A. uzasadniony.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, zarzut ten budzi wątpliwości przystępującego

Wskazywany przez odwołującego zarzut, jakoby oferta złożona przez przystępującego zawierała rażąco niską cenę, jest bowiem bezzasadny, a zamawiający słusznie uznał, że oferta przystępującego nie nosi jej znamion. Tym samym nie było podstaw do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Odwołujący, w ocenie przystępującego, nie wskazał żadnych argumentów na poparcie swojej tezy. Fakt zaoferowania przez przystępującego ceny niższej, niż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu, nie przesądza jego zdaniem, iż zaoferowaną przez niego cenę należy uznać za rażąco niską. Oczywiście jest, że oferty innych wykonawców nie powinny być tu punktem odniesienia i fakt nawet dużej dysproporcji pomiędzy ofertą jednego z uczestników a ofertą innego niczego nie przesądza. Podstawowym wyznacznikiem powinna być wartość budżetu przedstawiona przez zamawiającego przed otwarciem ofert - w którym to bezsprzecznie oferta przystępującego się mieści - a który oferta odwołującego wielokrotnie przekracza. W szczególności ogólne twierdzenia przedstawione przez odwołującego, że do prawidłowej realizacji zamówienia potrzebne jest wsparcie podwykonawcy, których to kosztów przystępujący z pewnością nie uwzględnił, stanowią tylko

i wyłącznie nieuzasadnione domniemania i zdaniem przystępującego, nie stawią wystarczającej podstawy do uznania zasadności zarzutu.

Co do utajnienia, to w ocenie odwołującego także w tym przypadku brak jest zarówno podstaw faktycznych jak i prawnych, by uznać podniesiony wobec zamawiającego zarzut za słuszny. Utajniona część oferty przystępującego zawiera informacje, które mogą zostać utajnione. Z tego uprawnienia przystępującego skorzystała. Żądanie odtajnienia oferty przystępującego stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa jest nieuzasadnione, tym bardziej, iż odwołujący nie przedstawił rzeczowych argumentów uzasadniających dokonanie ww. czynności. Odnośnie błędnego ustalenia stanu faktycznego oraz nierównego traktowania uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, to powyższy zarzut nie został przez odwołującego uzasadniony.

Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu i pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 grudnia 2011r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 grudnia 2012r., a dowody przekazania załączono do zgłoszenia.

Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty przystępującego, wezwań zamawiającego kierowanych do przystępującego i odpowiedzi przystępującego, pisma IBM z dnia 7 grudnia 2012r., wydruku ze strony internetowej [www-933.ibm.com/support/fixcentral](http://www-933.ibm.com/support/fixcentral) wraz z tłumaczeniem.

W rozdziale II siwz pkt I zamawiający określił przedmiot zamówienia tj. świadczenie usługi pogwarancyjnej opieki serwisowej urządzeń IBM zlokalizowanych na terenie Warszawy i Rzeszowa (wszystkie urządzenia, w obu lokalizacjach, są częścią centralnej platformy Mainframe i będą zarządzane z COO ZUS w Warszawie) w tym:

- 1) Biblioteka taśmowa IBM TS3500 Tape Library wraz z wirtualizatorem taśm IBM TS7740 Virtualization Engine (13 napędów IBM 3592-E05)
- 2) Biblioteka taśmowa IBM TS3500 Tape Library (10 napędów IBM 3592-E05)
- 3) Biblioteka taśmowa IBM TS3500 Tape Library (7 napędów IBM 3592-E05)

- 4) 3 x Macierz IBM System Storage DS8300 (2424-932)
- 5) Serwer IBM Mainframe z 196 (2817-M32; model 706)
- 6) Serwer IBM Mainframe z196 (2817-M32; model 706)
- 7) Serwer IBM Mainframe z 196 (2817-M32; model 702)
- 8) Serwer IBM Mainframe z1 14 (2818-M10; model S02)
- 9) Serwer IBM Mainframe z1 14 (2818-M10; model O02)
- 10) 2 x Macierz IBM TotalStorage DS8100 (2107-921; 146 GB 10K Drive Set)
- 11) Macierz IBM System Storage DS8100 (2424-931; 146 GB 15K Drive Set)

W pkt II.3 wskazał, że serwis pogwarancyjny będzie polegać na:

- 1) dostarczeniu wszelkich części zamiennych niezbędnych do wykonania napraw;
- 2) naprawie lub wymianie niesprawnych części urządzeń na części sprawne (w przypadku wymiany nośników danych zarówno dostarczony jak i uszkodzony nośnik pozostają własnością zamawiającego);
- 3) zapewnieniu całodobowego dostępu do centrum zgłoszeniowego wykonawcy 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku;
- 4) odbieraniu formularzy zgłoszeń awarii wysłanych na wskazany przez wykonawcę adres poczty elektronicznej lub fax;
- 5) czas naprawy - czas przywrócenia pełnej sprawności technicznej w ciągu 24 godzin od momentu zgłoszenia awarii przez zamawiającego;
- 6) czas reakcji - pisemnym potwierdzeniu przyjęcia zgłoszenia przez wykonawcę:
  - a) do pół godziny od momentu zgłoszenia w dni robocze w godzinach 7-18 z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy,
  - b) w pozostałym okresie do dwóch godzin;
- 7) podejmowaniu w lokalizacji zamawiającego lub zdalnie odpowiednich działań diagnostycznych po przyjęciu formularza zgłoszenia awarii, lub w przypadku automatycznego zgłoszenia się urządzenia do serwisu;
- 8) dojeździe do lokalizacji zamawiającego w celu realizacji usług serwisowych;
- 9) zapewnieniu dostępu do zmian konstrukcyjnych i mikroprogramowych producenta urządzeń, ocenie potrzeby ich implementacji w środowisku zamawiającego oraz implementacji tych zmian w przypadku uzasadnionej potrzeby. Usługa musi być świadczona w sposób nie naruszający praw autorskich producenta oprogramowania mikrokodowego (wewnątrz urządzeń);
- 10) wykonywaniu konserwacji profilaktycznej każdego urządzenia (przeгляд techniczny), obejmującej testy do poziomu oprogramowania systemowego, regulacje, strojenie i wymianę części (w przypadku awarii) oraz instalowanie mikrokodów do najwyższej dostępnej wersji;

11) wykonywaniu przeglądów technicznych serwisowanych urządzeń raz do roku (tj. w listopadzie 2013 oraz listopadzie 2014), które zakończone zostaną raportem podsumowującym stan funkcjonalny urządzeń w instalacji zamawiającego;

12) zapewnieniu usług specjalistów wspomagających wykonawcę (serwisantów, konstruktorów, deweloperów), jeżeli zostanie to uznane przez zamawiającego i wykonawcę za niezbędne;

13) zapewnieniu dostępu do poziomów wsparcia producenta (wsparcie poziomu Level 2 i 3, obejmujące m.in. dostęp do laboratoriów, fabryk oraz grup deweloperskich producenta urządzeń);

14) zapewnieniu stałego dostępu pracowników serwisu wykonawcy do międzynarodowych baz danych serwisu producenta urządzeń (RETAIN), które zawierają opisy problemów jakie wystąpiły na świecie oraz opisy sposobów ich rozwiązania;

15) wyznaczeniu po stronie wykonawcy osoby do pełnienia roli pojedynczego punktu kontaktu, koordynującego wszystkie prace związane ze wsparciem technicznym urządzeń i wbudowanego oprogramowania zamawiającego. Wszystkie koordynowane prace będą wykonane w ramach usługi opieki serwisowej. Zadaniem koordynatora będzie organizacja w zakresie:

a) analizy problemów i awarii;

b) kontroli pracy urządzeń w celu bieżącego lokalizowania i usuwania problemów i awarii, rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem urządzeń;

c) pracy serwisanta wykonawcy podczas planowanego wyłączenia i włączenia urządzeń;

d) pomocy i doradztwa w zakresie eksploatowanych urządzeń;

e) udzielenia zamawiającemu profesjonalnej pomocy niezbędnej do instalacji i użytkowania urządzeń objętych usługą opieki serwisowej, w szczególności w zakresie przeprowadzania testów wydajnościowych;

f) przeprowadzania u zamawiającego kwartalnych spotkań, w celu omówienia aktualnych problemów oraz optymalnego wykorzystania możliwości urządzeń w instalacji zamawiającego;

g) przeprowadzenia instruktażu w zakresie użytkowania urządzeń, między innymi w przypadku wprowadzenia zmian konstrukcyjnych;

h) sporządzania miesięcznych raportów z wykonywanych usług

i) wykonywaniu usług w miejscu zainstalowania urządzeń;

W rozdziale VII zamawiający określił m. in. wymagane od wykonawców dokumenty w tym w pkt 1.3. oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia – wskazał, że takim dokumentem jest oświadczenie wykonawcy, że oferowany przedmiot

zamówienia spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w rozdziale II siwz.

W wyjaśnieniach treści siwz zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące, związane ze sporem pytania :

„Pytanie 1

Prosimy o podanie szczegółowego rozmieszczenia sprzętu w lokalizacjach Warszawa i Rzeszów oraz informację, kto, kiedy i na jakich warunkach będzie wykonywał relokacje sprzętu? Odpowiedź 1 W Warszawie, przy ul. Szamockiej 3,5 eksploatowane są następujące urządzenia:

- Serwer IBM Mainframe zI96 (2817-M32; model 706)
- Serwer IBM Mainframe zI96 (2817-M32; model 706)
- Serwer EBM Mainframe zI 14 (2818-M10; model SÓ2)
- Serwer IBM Mainframe zI 14 (2818-M10; model O02)
- Biblioteka taśmowa IBM TS3500 Tape Library wraz z wirtualizatorem taśm IBM TS7740 Virtualization Engine (13 napędów IBM 3592-E05)
- Biblioteka taśmowa IBM TS3500 Tape Library (7 napędów IBM 3592-E05)
- Macierz IBM System Storage DS8300 (2424-932)
- Macierz IBM TotalStorage DS8100 (2107-921; 146 GB 10K Drive Set)
- Macierz IBM System Storage DS8100 (2424-931; 146 GB 15K Drive Set)

W Warszawie, przy ul. Czerniakowskiej 16 eksploatowane są następujące urządzenia:

- Serwer IBM Mainframe zI96 (2817-M32; model 702)
- Biblioteka taśmowa IBM TS3500 Tape Library (10 napędów EBM 3592-E05),
- Macierz IBM System Storage DS8300 (2424-932)
- Macierz IBM System Storage DS8300 (2424-932)
- Macierz IBM TotalStorage DS8100 (2107-921; 146 GB 10K Drive Set)

Zamawiający w trakcie świadczenia serwisu dla niżej wymienionych urządzeń, przewiduje możliwość przewiezienia do Oddziału ZUS w Rzeszowie następujących urządzeń, dla których serwis będzie świadczony nie wcześniej niż od dnia 01.01.2013 r. do 31.12.2013 r.

- Serwer IBM Mainframe zI 14 (2818-M10; model O02)
- Macierz EBM System Storage DS8100 (2424-931; 146 GB 15K Drive Set)

Zamawiający oczekuje, że serwisant Wykonawcy skontroluje stan urządzeń i wyłączy je przed przewiezieniem, oraz że uruchomi i skontroluje poprawność pracy urządzeń po przewiezieniu, zgodnie z treścią Rozdziału II, podrozdziału II, ust. 3, punkt 15, litera b) i c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Transport oraz ubezpieczenie urządzeń leży po stronie Zamawiającego.

Pytanie 5



Prosimy o informację, czy wszystkie urządzenia mają aktualne mikrokody oraz kto i kiedy je zaktualizował?

Odpowiedź 5

Tak. Zamawiający wyjaśnia, iż poziomy mikrokodów urządzeń są zgodne z zaleceniami producenta. Wszystkie aktualizacje przeprowadzane były przez autoryzowanych przedstawicieli producenta sprzętu.

Pytanie 6

Czy w przypadku wykrycia przez wykonawcę wady konstrukcyjnej błędów w mikrokodach lub konfiguracji, kto i na jakich zasadach będzie usuwał powyższe problemy?

Odpowiedź 6

W przypadku wykrycia przez wykonawcę błędów w mikrokodach lub wady konstrukcyjnej, usunięcie błędów lub wady będzie leżeć po stronie Wykonawcy, zgodnie z treścią Rozdziału II, podrozdziału II, ust. 3, punkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Pytanie 7

Jeśli w czasie realizacji umowy zamawiający lub wykonawca stwierdzi konieczność zmiany lub rozszerzenia oprogramowania (w tym mikrokodów) lub licencji na pojemność czy funkcjonalność urządzeń to kto i na jakich zasadach będzie to realizował?

Odpowiedź 7

Jeżeli w czasie realizacji umowy Zamawiający lub Wykonawca stwierdzi konieczność zmiany oprogramowania (w tym mikrokodów), za realizację tej zmiany będzie odpowiedzialny Wykonawca zgodnie z treścią Rozdziału II, podrozdziału II, ust. 3, punkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający jednocześnie wyjaśnia, iż rozszerzenie licencji na pojemność czy funkcjonalność urządzeń nie jest przedmiotem tego postępowania.

Pytanie 8

Jaką procedurę przewiduje zamawiający w przypadku kiedy po instalacji najwyższej dostępnej wersji mikrokodów producenta, interwencji serwisu producenta level 2,3 lub błędnej informacji w bazie danych producenta sprzęt będzie działał niepoprawnie lub pogorszą się jego parametry pracy?

Odpowiedź 8

Jeżeli po wszelkich czynnościach serwisowych, w tym instalacji najwyższej dostępnej wersji mikrokodów producenta, interwencji serwisu producenta level 2, 3 lub błędnej informacji w bazie danych producenta, sprzęt będzie nadal działał niepoprawnie, będzie to oznaczać że nie przywrócono pełnej sprawności technicznej urządzenia. Zamawiający oczekuje, że wgrywane wersje mikrokodów będą stabilne. Przed czynnościami serwisowymi Wykonawca przygotuje procedurę wycofania. Jeżeli parametry pracy sprzętu pogorszą się, Zamawiający przewiduje konieczność wycofania zmian mikrokodów producenta do wersji poprzednio

zainstalowanej. Jeżeli po wycofaniu zmian sprzęt będzie nadal działał niepoprawnie, będzie to oznaczać że nie przywrócono pełnej sprawności technicznej urządzenia.”

W ofercie przystępującego w formularzu ofertowym przystępujący złożył, w granicach sporu, następujące oświadczenia :

„Oferujemy serwis pogwarancyjny elementów i podzespołów środowiska Mainframe.

## II. CENA OFERTY

Oferujemy wykonanie zamówienia za całkowitą cenę z podatkiem VAT, która nie przekroczy 3 997 495,08 \* zł, (słownie: trzy miliony dziewięćset dziewięćdziesiąt siedem tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt pięć złotych osiem groszy \*).

Ceny jednostkowe zostały określone w części Oferty - Formularz cenowy zgodnie z postanowieniami Rozdziału V Specyfikacji.

4. Podwykonawcom zamierzamy powierzyć wykonanie zamówienia w całości ~~–części~~ ~~dotyczącej~~ z wyłączeniem następujących prac: Help-desk, pierwsza linia wsparcia, zarządzanie projektem, finansowanie zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu z Zamawiającym.

## IV. OŚWIADCZENIA

1. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zobowiązujemy się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych.

2. Oświadczamy, że uważamy się za związanych niniejszą ofertą na czas wskazany w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. 60 dni od upływu terminu składania ofert.

3. Oświadczamy, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

4. Oświadczamy, że zawarty w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzór umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Jesteśmy świadomi, że w przypadku nie dojścia do zawarcia umowy z przyczyn leżących po naszej stronie wniesione wadium ulega przepadkowi na rzecz Zamawiającego.

5. Jesteśmy świadomi, że w przypadku nie złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw z przyczyn leżących po naszej stronie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, wniesione wadium ulega przepadkowi na rzecz Zamawiającego.”

W dniu 30 listopada 2012r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę

w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W dniu 4 grudnia 2012r. przystępujący udzielił odpowiedzi na wszystkie trzy wezwania zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w ramach złożonych wyjaśnień.

W zakresie wezwania do uzupełnienia uzupełnił oryginał wymaganego dokumentu. Co do zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał na treść art. 8 ust. 3 ustawy oraz na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wskazał, że informacja może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli spełnia następujące przesłanki.

- ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W pozostałym zakresie informacje dotyczą charakteru zastrzeżonej tajemnicy oraz szczegółów organizacyjnych przystępującego i ich ujawnienie mogłoby pośrednio prowadzić do odtajnienia informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie.

W zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący również zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie udzielonych wyjaśnień wskazał, że wycena elementów (składników) kosztotwórczych mających wpływ na wysokość ceny została przez niego powierzona, do której przystępujący dodał wycenę własnych usług oraz marżę handlową. Przystępujący załączył wycenę handlową podwykonawcy (informacje zgodne z zakresem informacji podanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a zatem odtajnionej przez zamawiającego).

Z pisma IBM Polska z dnia 7 grudnia 2012r. wynika oferta przesłana w dniu 26.11.2012r. do kanału partnerskiego IBM stanowiła równowartość kwoty 14 030 986,92 PLN, w tym Mainframe 8 510 919,96 PLN, a Storage 5 520 066,96 PLN i zawierała pełny zakres usług opisanych w rozdziale II w tym pełny dostęp do zmian konstrukcyjnych, mikroprogramowych, dostęp do poziomów Level 2 i 3 oraz dostęp do Retain. Łączna listowa cena tej usługi to 34 488 189, 43 PLN. IBM nie przesyłał ofert cząstkowych dot. postępowania ZUS i wszyscy autoryzowani partnerzy handlowi otrzymali taką samą cenę. Firma Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. nie zgłaszała się do IBM Polska sp. z o.o. z prośbą o ofertę dotyczącą tego postępowania.

Z informacji zawartej na stronie [www-933.ibm.com/support/fixcentral](http://www-933.ibm.com/support/fixcentral) wynika, że Fix Central dostarcza poprawki i aktualizacje oprogramowania, sprzętu systemu operacyjnego i dostęp do Fix Central możliwy jest po uzyskaniu numeru klienta. Pliki do pobrania z Fix Central są dostępne tylko dla posiadaczy sprzętu lub oprogramowania IBM objętych gwarancją, umową serwisową lub wykupioną subskrypcją i wsparciem

Z umowy z zewnętrzną firmą serwisującą na dostęp do części zawierających kod LICCC oraz na aktualizacje dla grupy produktów IBM System z wynika, że umowa ta dotyczy dostaw części zawierających kod LICCC oraz aktualizacji Mikro kodu.

Z pisma IBM z dnia 19 grudnia 2012r. wynika, że zgodnie z polityką IBM dostęp do grup produktów System Power, System x i System Storage wymaga, aby dany sprzęt był objęty gwarancją lub serwisową umową sprzętową IBM. Jeśli sprzęt nie jest już objęty gwarancją IBM może zaoferować usługę, w skład której wchodzi aktualizacje Mikro kodu na podstawie oferty specjalnej. Ta opcja jest dostępna dla prawowitego właściciela sprzętu IBM (tj. licencjobiorcy Mikro kodu dla danego sprzętu). Prośba klienta o ofertę specjalną wymaga przedstawienia typu, modelu, numeru seryjnego i konfiguracji odnośnego sprzętu. Serwis oprogramowania IBM (np. subskrypcja i wsparcie) nie gwarantuje żadnych praw do dostępu do aktualizacji Mikro kodu. Zasadniczo zapewnia jedynie wsparcie dla konkretnego systemu operacyjnego lub innych objętych umową serwisową programów. Dopiero gdy zostanie zawarta umowa na podstawie oferty specjalnej pomiędzy IBM, a prawowitym posiadaczem /Licencjobiorcą Mikro kodu, IBM zezwoli prawowitemu posiadaczowi na umożliwienie stronie trzeciej zainstalowania aktualizacji Mikro kodu podlegających warunkom umowy na podstawie oferty specjalnej.

Z zapytania odwołującego do IBM Polska sp. z o.o. z 11 grudnia 2012r. wynika, że pytano o politykę firmy dotyczącą dostępu do zmian konstrukcyjnych i mikroprogramowych, do poziomów wsparcia producenta L2 i L3 zapewnienie dostępu wykonawcy usługi serwisowej do baz danych serwisu producenta w ramach usług serwisowych w grupach produktowych mainframe i storage.

Z odpowiedzi na to pismo z dnia 28 grudnia 2012r. wynika, że dostęp do aktualizacji dla urządzeń Storage może być realizowany dla produktów objętych gwarancją, lub umową na serwis sprzętu lub ofertą specjalną na warunkach opisanych w sposób analogiczny jak w piśmie IBM z 19 grudnia 2012r. W zakresie Mainframe możliwe jest zawarcie umowy z IBM przez firmę zewnętrzną tzw TPM o ile firma ta została autoryzowana przez licencjobiorcę kodu i dostarczy kod maszynowy wyłącznie na rzecz takiego licencjobiorcy oraz pod warunkiem zawarcia odrębnej umowy przez tę firmę z IBM. W zakresie dostępności poziomów wsparcia oraz dostępu do baz danych IBM tzw. Retain to dostęp taki jest zapewnionych, gdy IBM uzna to za zasadne i wymaga tego interwencja serwisowa w przypadku zgłoszenia przez klienta problemu z produktem typu mainframe lub storage ale wyłącznie za pośrednictwem IBM Polska jako podwykonawcy umowy którą podpisze z klientem końcowym autoryzowany partner handlowy IBM. Firmy, które nie podpisały z IBM

odpowiedniej umowy serwisowej nie otrzymują dostępu do poziomów wsparcia opisanych powyżej.

Dokument złożony przez przystępującego w zakresie jego pierwszych 2 stron oraz tłumaczenia potwierdza twierdzenia przystępującego, co do możliwości wykonania zamówienia w zakresie opisanych w zarzucie odwołania w pkt Ia. Natomiast dokumenty złożone przez przystępującego na dwóch ostatnich stronach tego pliku dokumentów wskazują, że w dacie 19 grudnia 2012r. przystępujący otrzymał informację, że dostęp do poprawek mikroprogramowych w zakresie urządzeń innych niż mainframe możliwy jest tylko w przypadku gdy maszyny te są objęte umową serwisową IBM bądź objęte są jeszcze gwarancją producenta. W innych przypadkach korzystanie z utworów ze strony Fix Central narusza prawa autorskie IBM.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że wobec wniesionego odwołania nie zachodzą przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które powodowałyby konieczność jego odrzucenia.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, której zamawiający nie uznał za podlegającą odrzuceniu i oferta ta jest drugą ofertą pod względem ceny po ofercie wybranej. Odwołanie zmierza do wyeliminowania wykonawcy wybranego, tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wyczerpana. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego, co do braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia z uwagi na fakt, że zaoferowana przez niego cena oferty przekracza kwotę , którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Izba zwraca uwagę, że podstawą unieważnienia postępowania jest sytuacja, gdy oferta z najniższą ceną przekracza kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferta odwołującego nie jest na datę składania odwołania ofertą o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, tym samym nie można uznać, że już na dzień składania odwołania odwołujący nie miał szansy na uzyskanie zamówienia z uwagi na zaistnienie przesłanek unieważnienia postępowania. Ponadto art. 179 ust. 1 ustawy zezwala na wniesienie odwołania także przez wykonawcę, którego interes w uzyskaniu zamówienia odpadł. Ustawodawca posługuje się bowiem zwrotem „ma lub miał

interes w uzyskaniu zamówienia”. Również z tego względu argumentacja zamawiającego i przystępującego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zarzut błędnego ustalenia przez zamawiającego stanu faktycznego

Zarzut zasługuje częściowo na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzut w zakresie nie ustalenia przez zamawiającego, że dla realizacji przedmiotowego zamówienia niezbędne jest wsparcie w zakresie usług serwisu pogwarancyjnego opisanych przez zamawiającego w pkt. II. 3.9, 10, 13, 14 rozdziału II siwz producenta serwisowanych urządzeń jakim jest firma IBM, nie zasługuje na uwzględnienie. Z odpowiedzi zamawiającego na odwołania, ale przede wszystkim z wyjaśnień treści siwz w zakresie przede wszystkim odpowiedzi na pytanie 8 wyjaśnień wynika, że zamawiający miał świadomość i brał pod uwagę przy określaniu przedmiotu zamówienia, że niektóre czynności serwisowe będą wymagały udziału producenta. Zamawiający wskazuje to wprost w zdaniu „Jeżeli po wszelkich czynnościach serwisowych, w tym instalacji najwyższej dostępnej wersji mikrokodów producenta, interwencji serwisu producenta level 2, 3 lub błędnej informacji w bazie danych producenta, sprzęt będzie nadal działał niepoprawnie, będzie to oznaczać że nie przywrócono pełnej sprawności technicznej urządzenia.”, w którym odwołuje się do interwencji producenta level 2 i 3. Tym samym ustalenie, że na etapie realizacji umowy będzie potrzebne współdziałanie wykonawcy z producentem sprzętu nie było pomiędzy stronami sporne. Potwierdziło to także stanowisko zamawiającego przyjęte na rozprawie. Nie oponował tej okoliczności także przystępujący. Natomiast istotą sporu pomiędzy stronami był wymagany w siwz poziom i sposób współpracy wykonawcy z producentem sprzętu. Zamawiający prezentował stanowisko, że na dzień składania ofert, czy nawet na dzień zawarcie umowy nie jest konieczne dysponowanie przez wykonawcę umową serwisową z producentem, gdyż w ocenie zamawiającego, przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, jak zaprezentowanej ustnie do protokołu rozprawy wystarczające jest aby wykonawca mógł uzyskać takie wsparcie – współdziałanie w sytuacji, gdy zajdzie potrzeba realizacji usługi w zakresie wynikającym z pkt. II.3.9, 10, 13, 14 rozdziału II siwz. W tym zakresie zamawiający oświadczył, że nie badał, ani nie miał podstaw prawnych do badania, czy wykonawca ma zapewnione konieczne wsparcie. W ocenie Izby, w tym zakresie jednak należy przyznać rację odwołującemu, co do błędnego ustalenia przez zamawiającego stanu faktycznego. Izba zwróciła uwagę na treść pkt. II.3.14 siwz, który stanowi o zapewnieniu przez wykonawcę dla swoich pracowników serwisowych dostępu do międzynarodowych baz danych producenta urządzeń (RETAIN), przy czym w tym zakresie postanowienie siwz jednoznacznie i wyraźnie stanowi, że taki dostęp ma być zapewniony stale. Tym samym nie może ostać się stanowisko zamawiającego i przystępującego, że umowa serwisowa z producentem urządzeń może być zawierana tylko w sytuacji konkretnego zdarzenia np. potrzeby

aktualizacji Mikrokodu, czy konserwacji profilaktycznej sprzętu, skoro wykonawca ma złożyć zobowiązanie, że jego pracownicy stale będą mieli dostęp do baz danych producenta. Tym samym nie ustalenie przez zamawiającego sposobu świadczenia przez przystępującego usług wymagających wsparcia doprowadziło do wadliwego ustalenia przez zamawiającego, że przystępujący zagwarantował w swojej ofercie świadczenie usług zapewniających wykonanie serwisu pogwarancyjnego w sposób odpowiadający wymaganiom zamawiającego postawionym w siwz. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający błędnie ustalił stan faktyczny w oparciu o treść własnej siwz przyjmując, że nie jest konieczne zapewnienie wsparcia producenta IBM najpóźniej w dacie zawarcia umowy o zamówienie publiczne w celu prawidłowego wykonania całego zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia.

Zarzut naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, iż wskazany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania przetargowego

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący wykazał, że przystępujący składając oświadczenie w pkt IV.3 formularza ofertowego na str. 2 oferty o treści „Oświadczamy, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”, złożył oświadczenie nieprawdziwe. Za taką oceną zasadności zarzutu przemawia zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowisko przystępującego prezentowane na rozprawie. Przystępujący nie kwestionował, że wykonanie części umowy w ramach przedmiotowego zamówienia będzie wymagało skorzystania z usług producenta serwisowanego sprzętu tj. IBM. Przystępujący kwestionował jedynie sposób realizacji przedmiotowego zamówienia wskazany przez odwołującego i stał na stanowisku, że w zakresie serwisu sprzętu typu Storage dla realizacji pełnego zakresu przedmiotu zamówienia wystarczające będzie zawieranie umów typu per call tj. umów w ramach oferty specjalnej dotyczących usunięcia konkretnych problemów, czy wykonania aktualizacji. Przystępujący wskazywał w tym zakresie, że pismo IBM z 19 grudnia 2012r. przedłożone przez odwołującego na rozprawie stanowi dowód na prawdziwość jego twierdzeń. To stanowisko stoi w sprzeczności z ustaleniami wynikającymi z przedłożonego w sprawie materiału dowodowego. Jak już wskazywano powyżej w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zarzutu błędu zamawiającego w ustaleniach faktycznych, przystępujący pominął w swoich oświadczeniach fakt, że w siwz istniał obowiązek zapewnienia stałego dostępu do międzynarodowych baz danych producenta urządzeń (RETAIN), wymóg ten dotyczył zarówno urządzeń typu Mainframe jak i Storage. Tym samym dla zagwarantowania zgodności treści oferty z treścią

siwz nie było wystarczające zaoferowanie zapewnienia tej dostępności wyłącznie poprzez umowy per call dla pojedynczych zdarzeń, ani też wykupienie usługi serwisowej dla konkretnej ilości godzin, chyba, że byłaby ona równa ilości godzin realizacji całego zamówienia od chwili jego podpisania, do ostatniej godziny przed upływem terminu na jaki została zawarta. To, że przystępujący miał świadomość, że dla urządzeń typu Storage dostęp poziomów wsparcia oraz dostępu do baz danych IBM tzw. Retain jest możliwy tylko po zawarciu stosownej umowy serwisowej potwierdza także plik dokumentów złożonych przez przystępującego na rozprawie tj. w zakresie złożonej w tym pliku korespondencji prowadzonej drogą elektroniczną. Złożenie tym samym oświadczenia w pkt. IV.3 formularza ofertowego o zaoferowaniu przedmiotu spełniającego wszystkie wymagania zamawiającego było złożeniem oświadczenia nieprawdziwego. Na tym oświadczeniu oparł się zamawiający dokonując wyboru oferty przystępującego i uznając ją za odpowiadającą treści siwz, tym samym gdyby przystępujący nie złożył oświadczenia o treści nieprawdziwej, jego oferta nie zostałaby wybrana. W konsekwencji złożone nieprawdziwe oświadczenie miało wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy został przez odwołującego wykazany.

Zarzut niezastosowania przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy wobec przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią siwz

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby zarzut ten jest ściśle powiązany z zarzutem zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Tym samym Izba w tym zakresie podtrzymuje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu powyższego zarzutu. W ocenie Izby odwołujący deklarując na rozprawie sposób wykonania umowy polegający na zawieraniu umów o oferty specjalne w zakresie sprzętu Storage nie zaoferował wykonania całości przedmiotu zamówienia, w tym nie zaoferował realizacji wymagania zamawiającego dotyczącego zapewnienia stałego dostępu do międzynarodowych baz danych producenta. Tym samym oferta przystępującego nie odpowiada, w tym zakresie wymaganiom zamawiającego, a to z kolei stanowi podstawę jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, do czego zamawiający był zobowiązany, a czego w ramach badania i oceny ofert nie wykonał.

Zarzut nierównego traktowania przez zamawiającego uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie zasady określonej w art. 7 ust.1 i 3 ustawy



Zarzut potwierdził się. Zamawiający nie wykluczając przystępującego i nie odrzucając jego oferty dopuścił do sytuacji, w której konkurowanie w przedmiotowym postępowaniu odbywało się na niejednakowych zasadach. Wykonawcy, którzy zaoferowali wykonanie całego przedmiotu zamówienia, zostali potraktowani tak samo jak wykonawca, który nie zaoferował wykonania całego przedmiotu zamówienia, a dodatkowo próbował pozyskać zamówienie poprzez oświadczenie nie mające odzwierciedlenia w stanie faktycznym. W ocenie Izby takie działanie zamawiającego prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Zarzut niezastosowania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy wobec przystępującego, jako iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Zarzut nie potwierdził się. Izba stwierdziła, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na uznanie w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby jedyną rzeczą jaka bezspornie wynika z przedłożonych przez strony i uczestnika postępowania dowodów jest to, że przystępujący nie zaoferował całego przedmiotu zamówienia, a jedynie jego część i przy tak przyjętym przez siebie przedmiocie zamówienia skalkulował wartość złożonej przez siebie oferty. Fakt pominięcia w wycenie części przedmiotu zamówienia nie powoduje, że zaoferowana cena jest rażąco niska, ale, że jest nie adekwatna do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, że w zakresie przedmiotu zamówienia, który zaoferował przystępujący tj. w zakresie nie wymagającym stałej umowy o usługę serwisową z producentem, cena skalkulowana przez przystępującego nie gwarantuje mu zysku i powoduje, że nierealne jest wykonanie tej części przedmiotu zamówienia. Dowód przedłożony przez odwołującego w tym zakresie tj. pismo IBM Polska sp. z o.o. z dnia 7 grudnia 2012r. nie jest w tym zakresie dowodem służącym wykazaniu powyższych okoliczności, gdyż wyraźnie w jego treści zaznaczono, że podana cena ok. 14 mln. zł. obejmuje cały przedmiot zamówienia, w tym usługi wymagające wsparcia producenta IBM w sposób stały, usługi, dla których wystarczające jest zawarcie umów typu TPM, usługi, dla których realizacji wystarczające byłoby zawarcie umów o ofertę specjalną, a także tych usług, które w ogóle nie wymagały wsparcia producenta i co do których odwołujący uważał, że możliwa jest konkurencja. W ocenie Izby zatem odwołujący nie wykazał, że cena skalkulowana przez przystępującego w zakresie zaoferowanych przez niego usług tj. usług, dla których wystarczające jest zawarcie umów typu TPM, usług, dla których realizacji wystarczające byłoby zawarcie umów o ofertę specjalną, a także tych usług, które w ogóle nie wymagały wsparcia producenta jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy jednak przyznać rację odwołującemu w zakresie tej argumentacji, w ramach której podnosił, że sama wartość szacunkowa zamówienia nie przesądza o tym, czy

oferta jest ofertą z rażąco niską ceną czy też nie. Ustawodawca ocenę oferty odnosi bowiem nie do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania, ale do przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego w siwz. To rozwiązanie jest przejawem racjonalizmu ustawodawcy, gdyż przedmiot zamówienia jest niezmienny w toku postępowania od chwili jego ustalenia treścią siwz, poprzez złożenie ofert, aż do podpisania umowy, natomiast wartość szacunkowa zamówienia może być ustalona błędnie, albo przy braku należytej staranności, albo może w toku postępowania (zwłaszcza toczonego się przez znaczny okres czasu) ulec dezaktualizacji w wyniku zmian cen na danym rynku. Tym samym wartość szacunkowa zamówienia jest jednym z elementów odniesienia przy ustalaniu, czy złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną ale nie jest parametrem jedynym, którego nie można obalić za pomocą innych dowodów. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że nie można zamawiającemu przypisać naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy.

Zarzut niezastosowania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy wobec przystępującego, jako iż złożenie przez przystępującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na sprzedaż produktów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców

Zarzut nie potwierdził się. Również ten zarzut jest oparty na błędnym założeniu odwołującego, że zaoferowany przez przystępującego zakres świadczenia jest tożsamym z zakresem przedmiotu zamówienia określonym w siwz jak również z zakresem zaoferowanym przez odwołującego. To założenie jak wskazano w uzasadnieniu rozstrzygnięcia wyżej podanych zarzutów jest błędne. Nadto załączony dowód nie pozwala na wykazanie, że oferta jest ofertą z ceną ustaloną poniżej kosztów wytworzenia usługi. Brak wykazania poszczególnych elementów cenotwórczych w ramach usług składających się na przedmiot zamówienia wymagający i nie wymagających wsparcia producenta sprzętu oraz brak danych co do kosztów wytworzenia usług nie wymagających wsparcia producenta na wolnym rynku usług IT, powoduje, że zarzut należy uznać za nieudowodniony. Z tego względu Izba uznała, że zamawiającemu nie można przypisać naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie.

Zarzut naruszenie przez zamawiającego art. 8 ustawy, poprzez nieodtajnienie utajnionej części oferty przystępującego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby odwołujący miał świadomość, że utajnione na str. 32 – 35 oferty przystępującego dotyczą udostępnienia zasobu

przystępującemu przez podmiot trzeci. Fakt ten bowiem daje się wyprowadzić jednoznacznie z części jawnej oferty przystępującego tj. ze str. 4 formularza ofertowego, gdzie odwołujący wymieniając w pkt 4 w tiret 9 oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy i w tiret 10 oświadczenie o udostępnieniu zasób wyraźnie nie uznał, aby sam rodzaj oświadczenia stanowił jego tajemnicę. Odwołujący, na którym spoczywał w tym zakresie z mocy art. 190 ust. 1 ustawy obowiązek dowodowy, nie wykazał, że informacje o podmiocie udostępniającym zasoby nie mogą mieć wartości gospodarczej czy organizacyjnej, ani nie wykazał, że informacja o podmiotach, które udostępniają przystępującemu swoje zasoby jest informacją podaną przez te podmioty lub przystępującego do publicznej wiadomości. Dobór partnera umożliwiającego realizację usługi ma w ocenie Izby znaczenie i wartość gospodarczą i wykonawca może mieć uzasadnioną potrzebę ochrony takiej informacji przed konkurencją, choćby z uwagi na możliwość podjęcia prób wpływu na osobę udostępniającą zasób w toku badania i oceny ofert. Odwołujący konsekwentnie wszelkie okoliczności związane z osobą udostępniającą mu zasób, jej udziałem w przygotowaniu oferty, informacjami czy dokumentami od tego podmiotu pozyskanymi utrzymywał w poufności składając stosowne oświadczenia, w tym podczas rozprawy. Podjął więc działania zmierzające do zachowania informacji w tajemnicy, a odwołujący nie wykazał, że do jej odtajnienia doszło. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że informacje zawarte na stronach 32-35 oferty przystępującego prawidłowo zamawiający uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu kosztów postępowania tj. wpisu i zastępstwa prawnego (zgodnie ze złożonym rachunkiem) zgodnie z § 3 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....