

Sygn. akt: KIO 2933/12

WYROK
z dnia 15 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2013 r. w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2012 r. przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** dane kontaktowe: **ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** adres na potrzeby postępowania: **ul. Poleczki 33; 02-822 Warszawa**

przy udziale wykonawców **Comp SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa; B3 System SA, al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** oraz **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36 A, 04-802 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2933/12** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień **Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia** zwanej dalej: „**SIWZ**” z wyłączeniem postanowień dotyczących odpowiedzi na pytanie 1 z dnia 20.12.2012 r., w sposób wskazany w uzasadnieniu, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w nim wskazanych;
2. kosztami postępowania obciąża **Comp SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa; B3 System SA, al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** i **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36 A, 04-802 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów dane kontaktowe: ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Comp SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa; B3 System SA, al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** i **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36 A, 04-802 Warszawa** na rzecz **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów dane kontaktowe: ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania, w tym kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) od **Comp SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa**, kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) od **B3 System SA, al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** oraz kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) od **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36 A, 04-802 Warszawa**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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 prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Zakup usługi informatycznej w zakresie wsparcia technicznego dla elementów infrastruktury IT oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego wykorzystywanego przez ARiMR w okresie 01.01.2013 - 31.12.2015*” (Nr referencyjny sprawy: DZP—2610—38/2012), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 213-352307 z dnia 06.11.2012 r. przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa adres na potrzeby postępowania: ul. Poleczki 33; 02-822 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 20.12.2012 r. (faxem i na stronie internetowej) Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania w trybie art. 38 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”.

W dniu 31.12.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 Pzp odwołanie Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów dane kontaktowe: ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa zwanego dalej: „*Asseco Poland S.A.*” albo „*Odwołującym*” na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 31.12.2012 r. (faxem). Odwołujący wskazał, że niniejsze odwołanie dotyczy niezgodnej z prawem czynność Zamawiającego w postaci zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*” dokonanej 20.12.2012 r. Odwołujący zaskarżył wskazaną czynność w zakresie następujących zmian SIWZ:

a) zmiany w Załączniku nr 2 do Umowy części I ust. 19 - wskazanej w odpowiedzi na pytanie 1 w piśmie z dnia 20.12.2012 r.;

Nadto, niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego w postaci odpowiedzi na pytania udzielonych przez Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 Ustawa, dokonanych pismem z dnia 20.12.2012 r, (nr pisma: ZP-345-DZP-2610-38/ZA/2012), które to odpowiedzi zmieniają treść SIWZ, a tym samym - opis przedmiotu zamówienia w następującym zakresie:

- a) odpowiedzi nr 5,
- b) odpowiedzi nr 70,
- c) odpowiedzi nr 82.

Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów: 1) art. 29 ust. 2

Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję,

2) art. 139 Pzp w zw. z art. 387 k.c. poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowień zobowiązujących Wykonawcę do świadczeń niemożliwych do zrealizowania, tj. wprowadzenie wymagania wymiany uszkodzonych elementów na fabrycznie nowe,

3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji między wykonawcami obowiązku równego traktowania wykonawców, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący producentów sprzętu,

4) art. 29 ust. 1 Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które nie jest jednoznaczne i wyczerpujące. Odwołujący wnosił o uwzględnienie jego odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w SIWZ:

1) zmiany w Załączniku nr 2 do Umowy części I ust. 19 na brzmienie następujące: *"Obowiązkiem Usługobiorcy jest wykonanie kopii zapasowej konfiguracji (o ile jest to możliwe) ze Sprzętu objętego UWT przed rozpoczęciem jakichkolwiek czynności w zakresie UWT przez Usługodawcę, z zastrzeżeniem, że czas wykonania kopii zapasowej konfiguracji nie jest wliczany do czasu usunięcia Awarii. Niezależnie od tego Usługodawca odpowiada wobec Usługobiorcy za nieuprawnione przetwarzanie danych wrażliwych zgromadzonych w Sprzęcie. Ponadto Usługodawca jest zobowiązany do naprawienia wynikłej szkody, gdy wynikła ona wskutek jego działania lub zaniechania",*

2) dodanie do SIWZ postanowienia, które pozbawi skutku zmianę SIWZ dokonaną odpowiedzią nr 5 z 20.12.2012: *„Usługodawca umożliwi na żądanie Usługobiorcy wykonania rzutu konfiguracji Sprzętu dla których gwarantowany czas naprawy wynosi 6 godzin w terminach wskazanych przez Usługobiorcę, nie później jednak niż w ciągu 14 dni od zgłoszenia żądania”,* ewentualnie - uchylenie odpowiedzi nr 5 z 20.12.2012r.,

3) zmianę SIWZ w taki sposób, aby zmiany SIWZ dokonane odpowiedziami nr 70 i 82 z 20.12.2012 zostały pozbawione skutku - tj. zmianę pkt 3 rozdziału I SIWZ oraz pkt 1.3 i 1.6 Załącznika nr 2 do Załącznika nr 6 na takie zapisy, które umożliwią wykorzystanie nowych części zamiennych lub części w pełni odnowionych, równoważnych pod względem funkcjonalnym, ewentualnie - uchylenie odpowiedzi nr 70 i 82 z 20.12.2012 r.

Odnośnie zmiany SIWZ objętej odpowiedzią nr 1. *Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 udzielonej w piśmie z dnia 20.12.2012 r. zmienił zapisy SIWZ w zakresie załącznika nr 2 do Umowy część I ust 19. Zgodnie ze zmienioną treścią SIWZ Zamawiający wymaga od wykonawcy wykonania "pełnej kopii zapasowej wszystkich danych i programów ze sprzętu objętego UWT przed rozpoczęciem jakiegokolwiek czynności w zakresie UWT przez Usługodawcę (chyba, że rodzaj awarii uniemożliwił sporządzenie tego rodzaju kopii), z zastrzeżeniem, że czas wykonania kopii zapasowej nie jest wliczany do czasu usunięcia Awarii. Niezależnie od tego Usługodawca odpowiada wobec Usługobiorcy za utratę lub uszkodzenie danych lub oprogramowania, a także za nieuprawnione przetwarzanie danych*

wrażliwych zgromadzonych w Sprzęcie. Ponadto Usługodawca jest zobowiązany do naprawienia wynikłej szkody, gdy wynikła ona wskutek jego działania lub zaniechania.

Powyższa zmiana prowadzi do niedookreślonego zakresu usługi UWT poprzez:

- konieczność zapewnienia przez Usługodawcę urządzeń do wykonania backupów - a to ze względu na fakt, że Zamawiający nigdzie nie określił, że na czas niezbędnego backupu udostępni i zapewni właściwą infrastrukturę do przeprowadzenia backupów. Co więcej - Zamawiający nie określił w SIWZ, że obowiązkiem wykonawców jest posiadanie sprzętu umożliwiającego dokonywanie kopii zapasowych.
- konieczność definiowania przez Usługodawcę zadań backupu, co wymaga posiadania dostępu na poziomie administratorskim do baz danych, serwerów, itp., co w konsekwencji prowadzi do nieokreślonego zakresu obowiązków wykonawcy - a to ze względu na fakt, iż Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił, iż obejmuje on także dokonywanie kopii zapasowych. Przedmiot zamówienia obejmuje wyłącznie wsparcie systemu oraz konserwację i naprawy systemów i oprogramowania.
- niedookreśloną odpowiedzialność za dane w związku z tym, że usługodawca nie będzie miał możliwości zweryfikowania czy dane nie uległy uszkodzeniu przed rozpoczęciem czynności serwisowych w ramach UWT. Gdyby wykonawca miał odpowiadać za dokonanie kopii zapasowych danych oraz za samą poprawność tych danych, to zapisy SIWZ musiałyby przewidywać całą procedurę z tym związaną, w tym także - procedurę i zasady przejęcia odpowiedzialności za te dane przez wykonawcę.

Powyższa zmiana SIWZ prowadzi do nieokreśloności zakresu przedmiotu zamówienia - co stanowi oczywiście naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Pzp. W zakresie obowiązku wykonania kopii SIWZ powinien ograniczać się wyłącznie do wykonania kopii konfiguracji sprzętu. Odwołujący zawnioskował o zmianę zapisu w zmienionym ust 19 na zapis : *"Obowiązkiem Usługobiorcy jest wykonanie kopii zapasowej konfiguracji (o ile jest to możliwe) ze Sprzętu objętego UWT przed rozpoczęciem jakichkolwiek czynności w zakresie UWT przez Usługodawcę, z zastrzeżeniem, że czas wykonania kopii zapasowej konfiguracji nie jest wliczany do czasu usunięcia Awarii. Niezależnie od tego Usługodawca odpowiada wobec Usługobiorcy za nieuprawnione przetwarzanie danych wrażliwych zgromadzonych w Sprzęcie. Ponadto Usługodawca jest zobowiązany do naprawienia wynikłej szkody, gdy wynikła ona wskutek jego działania lub zaniechania."*

Odnosnie zmiany SIWZ objętej odpowiedzią nr 5. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 5 udzielonej w piśmie z dnia 20.12.2012 r. Zamawiający nie dopuszcza wykonania rzutu konfiguracji wszystkich krytycznych urządzeń, co zdecydowanie zwiększa ryzyko potencjalnych wykonawców innych niż obecny wykonawca, który świadcząc obecnie usługi serwisowe dysponuje konfiguracjami wszystkich krytycznych urządzeń (a za krytyczne Odwołujący uznaje wszystkie urządzenia z czasem naprawy 6 godzin według SLA).

Dysponowanie aktualną konfiguracją Sprzętu umożliwia przygotowanie odpowiednich procedur serwisowych, które dla urządzeń krytycznych muszą zostać przygotowane i przećwiczone przez Wykonawcę przed wystąpieniem awarii, aby w przypadku jej wystąpienia dotrzymać wymagane w SLA czasy naprawy urządzeń. W związku z powyższym Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającego wyrównanie warunków konkurencyjnych dla wszystkich potencjalnych wykonawców i dodanie do SIWZ zapisu „Usługodawca umożliwi na żądanie Usługobiorcy wykonania zrzutu konfiguracji Sprzętu dla których gwarantowany czas naprawy wynosi 6 godzin w terminach wskazanych przez Usługobiorcę, nie później jednak niż w ciągu 14 dni od zgłoszenia żądania”. Nadmienil, że nie istnieją żadne przyczyny, które uzasadniałyby stanowisko Zamawiającego, który nie pozwala na uprzednie wykonanie zrzutu konfiguracji wszystkich krytycznych urządzeń. Zdaniem Odwołującego przedmiotowe postanowienie SIWZ ma na celu uprzywilejowanie wykonawcy, który obecnie świadczy usługi objęte przedmiotem zamówienia. A to ze względu na fakt, że dla wszystkich pozostałych wykonawców brak zrzutów konfiguracji związany jest z bardzo dużym ryzykiem, które to ryzyko musi zostać wycenione i niewątpliwie wpłynie na podwyższenie ceny oferty. Gdyby zaś wszyscy wykonawcy byli traktowanie równo - to ryzyko takie byłoby identyczne dla wszystkich wykonawców. Zdaniem Odwołującego przedmiotowy zapis SIWZ narusza art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zmiana SIWZ objęta odpowiedzią nr 70 i 82. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 70 udzielonej w piśmie z dnia 20.12.2012 r. Zamawiający zawęził pierwotne postanowienia SIWZ - że w uzasadnionych przypadkach (np. gdy Sprzęt objęty usługą nie jest już produkowany) wykonawca może wykorzystać do naprawy część odnowioną, funkcjonalnie równoważną części wymienianej. W wyniku odpowiedzi Zamawiającego część „odnowiona” musi posiadać gwarancję producenta Sprzętu i „musi być traktowana przez Producenta jak fabrycznie nowe”. Tym samym Odpowiedzią nr 70 Zamawiający zdecydowanie uprzywilejował pozycję Producentów sprzętu, ponieważ Zamawiający pozostawia w wyłącznym uznaniu Producentów Sprzętu, czy będą oni traktować części odnowione jak fabrycznie nowe czy też nie. Narusza to zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców i powoduje, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji - a tym samym zdecydowanie obniża szanse Odwołującego na pozyskanie zamówienia. Dodatkowo Zamawiający w ten sposób rozszerza w sposób nieokreślony usługę UWT o szereg dodatkowych gwarancji Producenta na „odnowione części zamienne”, mimo iż takich gwarancji nie uzyskuje na nowe fabrycznie części zamienne. Odwołujący nie jest w stanie określić liczby części odnowionych, których „dodatkową gwarancję” musiałby wykupić u Producenta co *de facto* uniemożliwia wycenę usługi. Oczekiwanie Zamawiającego jest o tyle bezpodstawne, iż ewentualna naprawa uszkodzenia spowodowanej zepsuciem się „części odnowionej” będzie odbywać się w ramach usługi UWT, a nie „gwarancji

Producenta". A zatem Zamawiający uprawniony jest jedynie do żądania zachowania odpowiednich czasów napraw oraz odpowiednich parametrów technicznych naprawionego Sprzętu. Wobec faktu, iż zakres przedmiotu zamówienia nie obejmuje dostawy Sprzętu - to także zakres usług nie może obejmować gwarancji związanej immanentnie z dostawą nowego Sprzętu.

Zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 82 w piśmie z dnia 20/12/2012, Zamawiający poinformował, że użycie części i podzespołów odnowionych (refurbished) jest możliwe w sytuacji, gdy nowe części zamienne nie są już produkowane. Powoduje to zdecydowane uprzywilejowanie pozycji producentów, ponieważ tylko producenci mogą mieć pewność dysponowania produkowanymi przez siebie częściami zamiennymi. Inni wykonawcy nawet wykupując usługę od Producenta otrzymują warunki serwisowe, które uniemożliwiają spełnienie wymagań Zamawiającego. Wynika to wprost chociażby z ogólnych warunków serwisu HP (przedmiot zamówienia obejmuje serwis sprzętu HP): "Części: Wymieniane części zamienne lub urządzenia będą nowe, bądź w pełni odnowione, równoważne nowym pod względem funkcjonalnym". I wyłącznie od producenta sprzętu, tj. HP zależy - czy będą to części nowe, czy też wyłącznie odnowione. Wykonawca HP nie ma w swojej ofercie w ogóle usługi, która obejmowałaby gwarantowaną naprawę nowymi częściami. Ponadto wykonawca HP nie udziela w przypadku takiej naprawy gwarancji na wymieniane części i podzespoły. Z kolei W odpowiedzi nr 70 Zamawiający wymagał, aby była to gwarancja producenta - zatem Odwołujący w ogóle nie może sam zaoferować takiej usługi, musi ją kupić od producenta. Zdaniem Odwołującego przedmiotowy zapis SIWZ narusza art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący wnioskował nakazanie Zamawiającemu zmianę pkt 3 rozdziału I SIWZ oraz pkt 1.3 i 1.6 Załącznika nr 2 do Załącznika nr 6 na takie zapisy, które umożliwią wykorzystanie nowych części zamiennych, lub w pełni odnowionych równoważnych pod względem funkcjonalnym.

Zamawiający w dniu 02.01.2013 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36 A, 04-802 Warszawa zwany dalej: „AGN Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W ramach przystąpienia wskazał, że ma interes w przystąpieniu, gdyż uznanie odwołania może skutkować uniemożliwieniem złożenia ewentualnie najkorzystniejszej oferty i utratą szansy na uzyskanie zamówienia. Wnioskowane zmiany

uprzywilejowują sytuacji Odwołującego. ponadto celem Przystępującego jest udział w postępowaniu prowadzonymz poszanowaniem przepisów prawa, a w szczególności Pzp.

W dniu 04.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Comp SA, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa zwany dalej: „Comp SA” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W ramach przystąpienia wskazał, że ma interes w przystąpieniu, gdyż uznanie odwołania może skutkować uniemożliwieniem wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 04.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: B3 System SA, al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa zwany dalej: „B3 System SA” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W ramach przystąpienia wskazał, że ma interes w przystąpieniu, gdyż uznanie odwołania może skutkować uniemożliwieniem złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym w bezpośredni sposób wpływa na możliwość poniesienia szkody, która będzie się przejawiać w braku uzyskania zamówienia. Dodatkowo dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ nie ogranicza konkurencyjności i nie uprzywilejowuje żadnego z wykonawców, W ocenie Przystępującego, to proponowane zmiany wpływają na zachwianie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W dniu 10.01.2013 r. (faxem), a w dniu 11.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęła opozycja Asseco Poland S.A, względem wszystkich zgłoszonych przystąpień. Wskazano, że przesłanką konieczną do skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jest wskazanie przez wykonawców zgłaszających przystąpienie interesu w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego. W/w wykonawcy wszyscy wskazali dokładnie ten sam interes - a mianowicie wskazali, iż uwzględnienie odwołania może skutkować uniemożliwieniem brania udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz uniemożliwieniem złożenia oferty. AGN Polska SP. z o.o. wskazał dodatkowo, iż „wnioskowane przez Asseco zmiany uprzywilejowują sytuację tego wykonawcy”. Odwołujący odniósł wrażenie, iż zgłaszający przystąpienie nie zapoznali się z odwołaniem Asseco Poland SA. W świetle bowiem wniosków odwołania w żaden sposób nie można uznać za prawdziwe stwierdzeń, iż dokonanie zmian SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania może komukolwiek uniemożliwić udział w postępowaniu, że może jakimukolwiek wykonawcy pogorszyć jego sytuację w zakresie możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Otóż Odwołujący w odwołaniu domaga się wręcz czegoś przeciwnego - niż twierdzą zgłaszający przystąpienie - Odwołujący wnioskuje o zliberalizowanie warunków SIWZ. Odwołujący w odwołaniu

wskazuje, iż SIWZ zawiera bardzo ostre warunki, możliwe do zaoferowania wyłącznie przez producentów sprzętu lub podmioty mające z producentami umowy inne niż standardowe - i domaga się, aby te warunki zostały złagodzone, aby zostały zmienione w taki sposób, żeby mogły zostać zaoferowane przez szerszy krąg podmiotów. Skoro zatem zgłaszający przystąpienie akceptują obecne warunki SIWZ (widać posiadają uprzywilejowaną pozycję u producentów sprzętu), to ci zgłaszający przystąpienie będą mogli także złożyć oferty w przypadku, gdy SIWZ zostanie zmieniony zgodnie z żądaniami odwołania. Gdyby przyjąć, iż argumentacja zgłaszających przystąpienie jest słuszna, byłoby to jednoznaczne z przyjęciem, iż interesem Zamawiającego i zgłaszających przystąpienie jest zmniejszenie konkurencji w postępowaniu, ograniczenie ilości wykonawców, którzy są w stanie złożyć ofertę. Mielibyśmy wtedy do czynienia *de facto* z interesem ujemnym, który zdaniem Odwołującego nie mieści się w ramach interesu, który należy wykazać zgodnie z art. 185 ust. 4 Pzp. Niewątpliwie bowiem nie jest interesem Zamawiającego, aby jak najmniej wykonawców mogło złożyć oferty w postępowaniu. Odwołujący wskazał także, iż zgłaszający przystąpienie w zakresie wskazania interesu ograniczyli się do w/w ogólnikowych stwierdzeń, iż uwzględnienie odwołania może skutkować uniemożliwieniem brania udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz uniemożliwieniem złożenia oferty. Wykonawcy ci w żaden sposób nie odwołali się do sytuacji faktycznej niniejszego postępowania ani do zakresu zaskarżenia odwołania. W szczególności nie wskazali, w jaki mianowicie sposób zliberalizowanie zapisów SIWZ może pozbawić ich możliwości brania udziału w postępowaniu. Zatem zdaniem Odwołującego zgłaszający przystąpienia nie wykazali, na czym miałby polegać ich interes w oddaleniu odwołania. Tym samym Odwołujący uprawdopodobnił, że zgłaszający przystąpienie nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego - a to ze względu na fakt, iż możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia przez zgłaszających przystąpienie nie ulega żadnej zmianie w przypadku uwzględnienia odwołania. Wykonawcy ci mają taką samą możliwość złożenia oferty oraz taką samą szansę uzyskania zamówienia niezależnie od tego, czy SIWZ zostanie zmieniony zgodnie z wnioskami odwołania, czy też SIWZ zmieniony nie zostanie. Takie też stanowisko odnośnie interesu w zgłoszeniu przystąpienia wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28.10.2011, KIO 2222/11, KIO 2223/11, analogicznie w postanowieniu z dnia 20.10.2011, KIO 2169/11. Odwołujący wskazał, iż dla skutecznego wniesienia opozycji wobec przystąpienia wykonawcy, wystarczające jest uprawdopodobnienie braku po stronie wnoszącego przystąpienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił (tak KIO w wyroku z dnia 24.02.2012r., sygn. akt: KIO 306/12), a takie uprawdopodobnienie zostało dokonane.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 14.01.2013 r. oddaliła opozycje, do czego odniesie się w dalszej części uzasadnienia, a w konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: AGN Polska Sp. z o.o., Comp SA oraz B3 System SA.

W dniu 11.01.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu. Zamawiający po dogłębnej analizie stanowiska Odwołującego prezentowanego we wniesionym odwołaniu doszedł do przekonania, że zasługuje ono na uwzględnienie. Wskazane przez Odwołującego argumenty podnoszone na poparcie twierdzeń i żądań może prowadzić do wniosku, że skarżona czynność Zamawiającego -w okolicznościach faktycznych sprawy - w istocie nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Z tych względów, Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

W toku posiedzenia z udziałem stron w dniu 14.01.2013 r. wszyscy trzej Przystępujący zgłosili na posiedzeniu na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp sprzeciw wobec czynności Zamawiającego, tj. uwzględnienia zarzutów odwołania w całości.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedziami z dnia 20.12.2012 r. na pytania, odwołaniem, przystąpieniami, opozycją, odpowiedzią na odwołanie, złożonym na rozprawie przez Odwołującego - pismem procesowym Odwołującego z dnia 14.01.2013 r., wydrukami standardowych umów serwisowych firmy DELL oraz HP, pytaniem skierowanym do firmy DELL z dnia 11.01.2013 r. oraz stosowną odpowiedzią z dnia 14.01.2013 r., jak i złożonym na rozprawie przez Przystępującego - AGN Polska Sp. z o.o. – oświadczeniem Dyrektora Serwisu HP z dnia 04.01.2013 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez*

zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Ponadto: „Treść art. 179 ust. 1 Pzp nie zawiera sformułowań pozwalających na interpretację nakazującą badanie przesłanek „interesu w uzyskaniu danego zamówienia” oraz „szkody” odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów podniesionych przez uprawnionego wykonawcę”. (za wyrokiem KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11). Z kolei: „Pozostawienie bez rozpoznania wyłącznie zarzutów, w odniesieniu do których ziściły się przesłanki odrzucenia odwołania, urzeczywistnia zasadę zawartą w art. 7 ust. 3 Pzp, nakazującą udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jest również zgodne z wyrażanym w orzecznictwie i piśmiennictwie postulatem szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 Pzp. Pogląd ten wskazuje na możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej nie tylko w celu zachowania praw wykonawcy w postępowaniu, ale również w celu zapewnienia zgodności z prawem całego postępowania o udzielenie zamówienia, tak aby umowa zawarta w jego wyniku nie była obarczona wadą uzasadniającą jej unieważnienie.”(za wyrokiem KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11). Odnośnie szerokiego szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 Pzp i „możliwości” w tym zakresie, należy jednakowoż, mieć na uwadze, że każdy ze stanów faktycznych jest odmienny, w tym zakresie, a postępowanie odwoławcze nie powinno zmieniać się w quasi postępowanie kontrolne, nie bez znaczenia jest także kontekst art. 192 ust. 7 Pzp. Powyższe rozważania

za wyrokiem KIO z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 14.01.2013 r. oddaliła opozycje Odwołującego, a w konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: AGN Polska Sp. z o.o., Comp SA oraz B3 System SA. Uznając że zgłaszający przytępienie uczynili zadość wymogowi wynikającemu z art. 185 ust. 2 Pzp i wskazali swój interes w przystąpieniu. Rzeczywista ocena obiektywnego jego istnienia wymaga *de facto* przeprowadzenia rozprawy i oceny sformułowanych zarzutów, przy czym jeśli interes do wnoszenia odwołania na postanowienia SIWZ jest rozumiany szeroko, to tym bardziej szeroki charakter ma interes w zgłoszeniu przystąpienia na etapie postanowień SIWZ. Nadto, analiza argumentacji z rozprawy może wskazywać na obawy Przystępujących, na co także wskazywali w kontekście swojego interesu w przystąpieniu, na celowość składania oferty, wobec w razie uczynienia zadość żądaniu Odwołującego możliwości złożenia przez Odwołującego oferty korzystniejszej ekonomicznie.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2933/12, odpowiedzi z dnia 20.12.2012 r. na pytania, odwołania, przystąpień, opozycji, odpowiedzi na odwołanie, złożonych na rozprawie przez Odwołującego - pisma procesowego Odwołującego z dnia 14.01.2013 r., wydruków standardowych umów serwisowych firmy DELL oraz HP, pytania skierowanego do firmy DELL z dnia 11.01.2013 r. oraz stosownych odpowiedzi z dnia 14.01.2013 r., jak i złożonych na rozprawie przez Przystępującego - AGN Polska Sp. z o.o. – oświadczenia Dyrektora Serwisu HP z dnia 04.01.2013 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które nie jest jednoznaczne i wyczerpujące w kontekście odpowiedzi na pytanie 1. Izba pozostawiła niniejszy zarzut bez rozpoznania, z uwagi na jego spóźniony charakter.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach postanowień SIWZ – Rozdz. I Opis przedmiotu zamówienia, ust. 7: „Szczegółowe warunki realizacji Usługi Wsparcia Technicznego objętej zamówieniem

określone są we wzorze umowy wraz z załącznikami, stanowiącej załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).”

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do załącznika nr 6 do SIWZ, tzn. treścią Szczegółowego Sposobu Świadczenia UWT (zał. nr 2) stanowiącego załącznik przyszłej umowy (zał. nr 6 do SIWZ) – cz. I (1) ust.19: „Obowiązkiem Usługobiorcy jest wykonanie pełnej kopii zapasowej wszystkich danych i programów ze Sprzętu objętego UWT przed rozpoczęciem świadczenia jakichkolwiek czynności w zakresie UWT przez Usługodawcę (chyba, że rodzaj Awarii uniemożliwił sporządzenie tego rodzaju kopii). Niezależnie od powyższego Usługodawca odpowiada wobec Usługobiorcy za utratę lub uszkodzenie danych i oprogramowania, a także za nieuprawnione przetwarzanie danych wrażliwych zgromadzonych w Sprzęcie. Ponadto Usługodawca jest zobowiązany do naprawienia wynikłej szkody, gdy wynikała ona wskutek jego działania lub zaniechania.”

Następnie, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi z dnia 20.12.2012 r. na pytanie 1:

„Pytanie 1

Zamawiający w SIWZ definiuje konieczność wykonywania przez Wykonawcę kopii zapasowej konfiguracji oraz danych, każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania naprawy urządzeń. Czy czas niezbędny do wykonania takiej czynności jest wliczany do gwarantowanego czasu naprawy w ramach warunków SLA? Pragniemy zwrócić uwagę, iż czas potrzebny do wykonania pełnej kopii zapasowej konfiguracji oraz danych w przypadku wielu urządzeń wyspecyfikowanych w załączniku IA do SIWZ przekracza czas usunięcia awarii wskazany w SIWZ przez Zamawiającego. Tym samym wykonanie powyższej czynności bez przekroczenia gwarantowanego poziomu SLA staje się niemożliwe. Prosimy o doprecyzowanie zapisów SIWZ w tym zakresie.

Odpowiedź 1

Zamawiający wyjaśnia, że czas wykonania kopii zapasowej nie jest wliczany do czasu usunięcia awarii. Działając na podstawie przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Zamawiający zmienia treść specyfikacji w poniższy sposób. W załączniku nr 2 do umowy części I ust. 19 otrzymuje brzmienie „19. Obowiązkiem Usługobiorcy jest wykonanie pełnej kopii zapasowej wszystkich danych i programów ze Sprzętu objętego UWI przed rozpoczęciem świadczenia jakichkolwiek czynności w zakresie UWT przez Usługodawcę (chyba, że rodzaj Awarii uniemożliwił sporządzenie tego rodzaju kopii), z zastrzeżeniem, że czas wykonania kopii zapasowej nie jest wliczany do czasu usunięcia Awarii. Niezależnie od powyższego Usługodawca odpowiada wobec Usługobiorcy za utratę lub uszkodzenie danych i oprogramowania, a także za nieuprawnione przetwarzanie danych wrażliwych

zgromadzonych w Sprzęcie. Ponadto Usługodawca jest zobowiązany do naprawienia wynikłej szkody, gdy wynikała ona wskutek jego działania lub zaniechania."

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba wyjaśnia, że postanowienia SIWZ objęte zarzutem, a w szczególności fragment eksponowany przez Odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie, jako jego istota, tzn. „(...) wykonanie pełnej kopii zapasowej wszystkich danych i programów ze Sprzętu objętego UWT (...)”, w tym zakresie była wnioskowana zmiana na: „(...) wykonanie kopii zapasowej konfiguracji (o ile jest to możliwe) ze Sprzętu objętego UWT (...)”, były upublicznione w postanowieniach SIWZ z chwilą ogłoszenia postępowania. Dodano tylko 20.12.2012 r. w ramach odpowiedzi na pytanie 1 - sformułowanie „nie jest wliczany do czasu usunięcia awarii”. W konsekwencji zarzut jest spóźniony, a termin na złożenie odwołania biegł od upublicznienia SIWZ.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w ramach szczegółowego uzasadnienia odwołania, odpowiedź na pytanie 1 została odniesiona do naruszenia art. 29 ust.1 Pzp. Podobnie, na marginesie Izba także wskazuje, że Zamawiający, jako inicjator i gospodarz postępowania może każdorazowo (w tym wypadku do upływu terminu składania ofert) dokonywać samodzielnie określonych uzasadnionych zmian, jeśli będą one z korzyścią dla efektywności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp oraz 7 ust.1 Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję oraz narusza zasady uczciwej konkurencji między wykonawcami i obowiązku równego traktowania wykonawców, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący producentów sprzętu - w kontekście odpowiedzi na pytanie 5, Izba uznała, że w/w zarzut zasługuje na uznanie i nie ma charakteru spóźnionego.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi z dnia 20.12.2012 r. na pytanie 5:

„Pytanie 5

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość wykonania przez usługodawcę zrzutu konfiguracji wszystkich krytycznych urządzeń objętych serwisem w ramach przedmiotowej usługi? Wykonanie takiej czynności jest niezbędne do zapewnienia świadczenia usługi na wymaganym przez Zamawiającego poziomie i zachowaniu wyspecyfikowanych w SIWZ parametrów SLA.

Odpowiedź 5

Zamawiający wyjaśnia, że konfiguracje urządzeń będą przekazywane Wykonawcy każdorazowo podczas czynności serwisowych. Zamawiający nie dopuszcza wykonania zrzutu konfiguracji wszystkich krytycznych urządzeń.”.

W toku rozprawy Odwołujący przedłożył pismo procesowe z dnia 14.01.2013 r. w ramach którego w kontekście niniejszej odpowiedzi na pytanie 5 zarzucił Zamawiającemu także naruszenie rozporządzenia wydanego na podstawie art. 18 Ustawy o informatyzacji, tj. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 w sprawie krajowych ram Interoperacyjności minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. z 2012 r., Nr 0, poz. 526).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdza, że w odróżnieniu od poprzedniego zarzutu mimo podobnych twierdzeń Przystępujących, niniejszy zarzut nie ma charakteru spóźnionego i podlega rozpoznaniu. W tym zakresie, Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że pierwotne postanowienia SIWZ nie regulowały niniejszego zagadnienia i dopiero odpowiedź na pytanie 5 przesądziła niniejszą kwestie.

Izba nie przeczy, że każdorazowo Zamawiający będzie zobowiązany do współdziałania w toku realizacji przyszłej umowy, jednakże wnioskowana zmiana przyczyni się do usprawnienia realizacji przyszłej umowy i zniwelowania pozycji dotychczasowego Wykonawcy, realizującego zamówienie. Z tej przyczyny Izba nakazuje zmianę zgodnie z wnioskiem Odwołującego, tzn. dodanie do postanowień SIWZ, w kontekście odpowiedzi na pytanie 5 – pismo z dnia 20.12.2012 r.: „Usługodawca umożliwi na żądanie Usługobiorcy wykonania zrzutu konfiguracji Sprzętu dla których gwarantowany czas naprawy wynosi 6 godzin w terminach wskazanych przez Usługobiorcę, nie później jednak niż w ciągu 14 dni od zgłoszenia żądania”. W ocenie Izby, Odwołujący uprawdopodobnił naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp. Przy czym, Izba uznała za konieczne zobowiązanie Zamawiającego do zapewnienia w toku realizacji zamówienia, aby Wykonawca zachował zasady bezpieczeństwa obowiązujące w jego jednostkach organizacyjnych.

Dodatkowo, Izba odnosząc się do stanowiska dotyczącego pisma procesowego Odwołującego z dnia 14.01.2013 r. podziela argumentację Przystępujących, że wskazane zarzuty dotyczące naruszenia rozporządzenia wydanego na podstawie art. 18 Ustawy o informatyzacji, tj. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. z 2012 r., Nr 0, poz. 526) stanowią nowe zarzuty nie sformułowane w odwołaniu. Przy czym, Izba uważa że nie dyskredytuje powyższe

przedstawionej tam argumentacji oraz orzecznictwa, które mieszczą się w pierwotnych zarzutach dotyczących odpowiedzi na pytanie 5 oraz 70 i 82.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp oraz 7 ust.1 Pzp poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję oraz narusza zasady uczciwej konkurencji między wykonawcami i obowiązku równego traktowania wykonawców, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący producentów sprzętu - w kontekście odpowiedzi na pytanie 70 i 82, Izba uznała, że w/w zarzut zasługuje na uznanie i nie ma charakteru spóźnionego. Jednocześnie, odnosząc się również do adekwatnego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 139 Pzp w zw. z art. 387 KC poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowień zobowiązujących Wykonawcę do świadczeń niemożliwych do zrealizowania, tj. wprowadzenie wymagania wymiany uszkodzonych elementów na fabrycznie nowe, w tym zakresie oddalając zarzut. Z uwagi na ich charakter do obu zarzutów Izba odniesie się łącznie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach postanowień SIWZ – Rozdz. I Opis przedmiotu zamówienia, ust. 3: *„Usługi Wsparcia Technicznego polega na naprawie lub wymianie Sprzętu na nowy, o ile jest to możliwe, w przypadku wystąpienia Awarii Sprzętu lub dostarczeniu poprawki lub wymianie Oprogramowania na nowe w przypadku wystąpienia Awarii Oprogramowania oraz zapewnieniu asysty technicznej dla Oprogramowania oraz dostarczaniu/udostępnianiu aktualizacji Oprogramowania.”*

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do załącznika nr 6 do SIWZ, tzn. treścią Szczegółowego Sposobu Świadczenia UWT (zał. nr 2) stanowiącego załącznik przyszłej umowy (zał. nr 6 do SIWZ) – Warunki ogólne świadczenia UWT dla Sprzętu – pkt 1.3: *„Usługodawca, podczas świadczenia UWT, używać będzie wyłącznie fabrycznie nowych, sprawnych części oraz materiałów zamiennych i urządzeń, chyba, że w przypadku danej UWT zapewnienie fabrycznie nowych części zamiennych nie jest możliwe. Części zamienne niezbędne do naprawy Sprzętu Usługodawca dostarczy oraz wymieni w ramach łącznej kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy.”*, zaś pkt 1.6: *„W uzasadnionych przypadkach Usługodawca wymieni uszkodzony Sprzęt na nowy o co najmniej równoważnych parametrach.”*

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi z dnia 20.12.2012 r. na pytanie 70:

„Pytanie 70

Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca wnosi do o złożenie wyjaśnień treści pkt. 3 Rozdziału I SIWZ i pkt 1.3 i 1.6 Załącznika nr 2 do

Załącznika nr 6 SIWZ, w których zgodnie obecnym brzmieniem Zamawiający wymaga zastąpienia uszkodzonego komponentu jednostki Sprzętu jak również samej jednostki Sprzętu odpowiednio nowym komponentem i sprzętem. Należy zauważyć, że przedmiot zamówienia opisany w Rozdziale I pkt 1 SIWZ obejmuje:

1) Główny przedmiot: 72.25.32.00-5 [Usługi w zakresie wsparcia systemu], 72.25.00.00-2 [Usługi w zakresie konserwacji i wsparcia systemów]. 72.2S.7O.00-4 [Usługi w zakresie konserwacji i napraw oprogramowania],

2) Przedmioty dodatkowe: 72.51.43.00-4 [Usługi w zakresie konserwacji systemów komputerowych] Z powołanych kodów PVC wynika jednoznacznie iż Zamawiający oczekuje świadczenia usług technicznych, konserwacyjnych oraz naprawczych. Tak opisany przedmiot zamówienia jest sprzeczny z przedmiotem zamówienia określonym w pkt. 3 Rozdziale I SIWZ i pkt 1.3 i 1.6 Załącznika nr 2 do Załącznika nr 6 do SIWZ, z których wynika, iż wszelkie wymienione elementy powinny być fabrycznie nowe. Faktycznie, realizacja zamówienia w zgodzie z pkt. 3 Rozdziale I SIWZ i pkt 1.3 i 1.6 Załącznika nr 2 do Załącznika nr 8 prowadzić będzie do zakupów nowych komponentów i urządzeń co wykracza poza zakres serwisu naprawczego i konserwacyjnego oraz powoduje istotne zwiększenie ceny zamówienia. W takim stanie rzeczy prosimy o wyjaśnienie, które z określeń przedmiotu zamówienia jest prawidłowe: wyrażone kodami PVC czy też pkt. 1 Rozdziału I pkt 1.3 i 1.6 Załącznika nr 2 do Załącznika nr 6. Jeżeli w rozumieniu załącznika decydują kody PVC wówczas sugerujemy następującą zmianę powołanych wyżej przepisów. Pkt 1.3. „Usługodawca, podczas świadczenia UWT, używać będzie części oraz materiałów zamiennych i urządzeń nie starszych niż urządzenie dotknięte awarią. Części zamienne niezbędne do naprawy Sprzętu Usługodawca dostarczy oraz wymieni w ramach łącznej kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy.”

Pkt 1.6. „W uzasadnionych przypadkach Usługodawca wymieni uszkodzony Sprzęt na sprzęt o co najmniej równoważnych parametrach, nie starszy niż Sprzęt dotknięty awarią”.

A także Rozdział I pkt 3 SIWZ:

„Usługi Wsparcia Technicznego polega na naprawie lub wymianie Sprzętu, o ile jest to możliwe, w przypadku wystąpienia Awarii Sprzętu lub dostarczeniu poprawki lub wymianie Oprogramowania na wolne od wad w przypadku wystąpienia Awarii Oprogramowania oraz zapewnieniu asysty technicznej dla Oprogramowania oraz dostarczaniu/udostępnianiu aktualizacji Oprogramowania.”

Zauważamy, iż ewentualne ryzyka awarii odnoszącej się do zastosowanej zamiennej (nie starszej jednak niż sprzęt dotknięty awarią) spoczywa na wykonawcy jako na podmiocie sprawującemu serwis Sprzętu.

Odpowiedź 70

Zamawiający podtrzymuje zapisy siwz. Aktualne regulacje umożliwiają Usługodawcy (w uzasadnionych przypadkach) wykorzystanie do realizacji zgłoszeń sprzętu, który nie jest fabrycznie nowy. Zamawiający dopuszcza również możliwość użycia podzespołów odnawianych tzw. refurbished, które posiadają gwarancję producenta i są traktowane przez producenta tak jak fabrycznie nowe.

„Pytanie 82

Dotyczy dokument „Szczegółowy Sposób Świadczenia UWT” W pkt. 1.3 Zamawiający wymaga „(...) podczas świadczenia UWT. używać będzie wyłącznie fabrycznie nowych, sprawnych części oraz materiałów zamiennych i urządzeń,(...)”.

Producenci sprzętu nie gwarantują że części zamienne są fabrycznie nowe i często stosowane są podzespoły refurbished (odnowione), które posiadają gwarancję producenta i są traktowane przez producenta tak jak fabrycznie nowe. Czy Zamawiający dopuszcza stosowanie takich podzespołów?

Odpowiedź 82

Zamawiający informuje, że dopuszcza stosowanie takich podzespołów, z zastrzeżeniem, że powyższa sytuacja dotyczy przypadków, gdy nowe części zamienne nie są już produkowane.”.

W toku rozprawy Odwołujący przedłożył pismo procesowe z dnia 14.01.2013 r. w ramach którego w kontekście niniejszej odpowiedzi na pytanie 70 i 82 zarzucił Zamawiającemu także naruszenie rozporządzenia wydanego na podstawie art. 18 Ustawy o informatyzacji, tj. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 w sprawie krajowych ram Interoperacyjności minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. z 2012 r., Nr 0, poz. 526).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp oraz 7 ust.1 Pzp - w kontekście odpowiedzi na pytanie 70 i 82, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. Przy czym, dopuszczając jako dowody w sprawie dokumenty złożone na rozprawie przez Odwołującego oraz Przystępującego AGN Polska Sp. z o.o. Zwraca uwagę, że jeśli nawet przyjąć, że firma HP jest gotowa zapewnić części zamienne na zasadach wynikających z odpowiedzi na pytanie 70 i 82, to biorąc pod uwagę przedłożone stanowisko firmy DELL, jak i brak takiego stanowiska firmy CISO, Izba uznała, że Odwołujący w wystarczający sposób uprawdopodobnił naruszenie uczciwej konkurencji. Jednocześnie, Izba wskazuje, że wobec uwzględnienia w całości odwołania przez Zamawiającego, Przystępujący, którzy złożyli sprzeciw nie wykazali, że istnieją po stronie Zamawiającego uzasadnione potrzeby dla zachowania objętych odwołaniem postanowień SIWZ w treści zgodnej z odpowiedziami na

pytanie 70 i 82. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę cel, jakiemu służy przedmiotowe postępowanie zasadnym jest uznanie przedmiotowego zarzutu i dopuszczenie części serwisowych nie mających gwarancji producenta. Nie bez znaczenia jest okoliczność, której nie zaprzeczyli Przystępujący, a tym bardziej Zamawiający, który uwzględnił odwołanie w całości, że sprzęt Zamawiającego w większości utracił gwarancję producenta. W tej sytuacji, wydaje się, że uznanie niniejszego zarzutu przyczyni się do rozszerzenia konkurencji w tym zakresie.

Izba nakazuje Zamawiającemu (w sposób ogólny, wobec ogólnego wniosku Odwołującego, kwestie szczegółowe pozostawiając w jego gestii, jako gospodarza postępowania) dokonanie zamian postanowień pkt 3 Rozdz. I oraz pkt 1.3, tudzież 1.6 załącznika nr 2 do załącznika nr 6 pozwalających na zastosowanie w ramach usługi serwisowej części zamiennych nowych, jak i w pełni odnawialnych (refurbished) nie mających gwarancji producenta sprzętu, równoważnych pod względem funkcjonalnym, w szczególności gdy sprzęt Zamawiającego nie jest objęty gwarancją producenta, producent nie oferuje części zamiennych nowych lub w pełni odnawialnych (refurbished), które są traktowane jak fabrycznie nowe, pod warunkiem, że zostanie w ten sposób zapewniony Zamawiającemu sprawnie działający i funkcjonujący sprzęt.

Oдноśnie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 139 Pzp w zw. z art. 387 KC, Izba przypomina, że w przepisie 387 KC chodzi o obiektywną niemożliwość świadczenia, przy czym nie chodzi o takiego, czy też innego Wykonawcę, ale wszystkich potencjalnych Wykonawców. Jak wynikało z argumentacji Odwołującego z odwołania oraz rozprawy, świadczenie jest możliwe do realizacji w zakresie objętych odwołaniem postanowień SIWZ, jednakże jedynie przez Wykonawców mających niestandardowe umowy serwisowe z producentami urządzeń/sprzętu objętego zakresem przedmiotu zamówienia Zamawiającego. Wynika więc z powyższego, że znajdują się na rynku podmioty mogące zrealizować zamówienie przy zachowaniu postanowień SIWZ ukształtowanych odpowiedziami na pytanie 70 i 82 (pismo z dnia 20.12.2012 r.). Z tej przyczyn, Izba nie uznała niniejszego zarzutu.

Oдноśnie pisma procesowego Odwołującego z dnia 14.01.2013 r. podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w ramach zarzutu dotyczącego odpowiedzi na pytanie 5 i podziela argumentacje Przystępujących, że wskazane zarzuty dotyczące naruszenia rozporządzenia wydanego na podstawie art. 18 Ustawy o informatyzacji, tj. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. z 2012 r., Nr 0, poz. 526) stanowią nowe zarzuty nie sformułowane w odwołania. Przy czym, Izba uważa że nie dyskredytuje powyższe przedstawionej tam argumentacji oraz orzecznictwa,

które mieszczą się w pierwotnych zarzutach dotyczących odpowiedzi na pytanie 5 oraz 70 i 82. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Na marginesie, Izba wskazuje, że uznała adekwatność naruszenia poszczególnych przepisów Pzp wskazanych w *petitum* odwołania (str. 2) względem poszczególnych odpowiedzi z dnia 20.12.2012 r. na pytania, według szczegółowego uzasadnienia znajdującego się w odwołaniu (str. od 3 do 5). Jedynie względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 139 Pzp w zw. z art. 387 KC oparła się jedynie na *petitum* odwołania, z uwagi na brak szczegółowego uzasadnienia znajdującego się w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania Izba obciążyła kosztami postępowania Przystępującego, stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....