

UZP/DKD/WKZ/421/45( )/15/KG  
KNZ/20/15

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej  
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.**

**Zamawiający:** Zakład Ubezpieczeń Społecznych  
ul. Szamocka 3, 5  
01 - 748 Warszawa

**Rodzaj zamówienia:** usługa

**Przedmiot zamówienia:** opieka serwisowa sprzętu i oprogramowania HP w Centrali ZUS

**Tryb postępowania:** zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy  
Prawo zamówień publicznych

**Wartość zamówienia:** 21.232.775,19 zł (5.282.310,48 euro)

**Środki UE:** nie

## **2. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:**

Pismem z dnia 24 października 2013 r. Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, dalej: „Prezes Urzędu”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą”, którego przedmiotem była *opieka serwisowa sprzętu i oprogramowania HP w Centrali ZUS*.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 23 października 2013 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej: „HP”. Umowa nr 1036262/2013 została zawarta w dniu 20 listopada 2013 r.

Z protokołu postępowania wynika, że opieka serwisowa dotyczyła następującego sprzętu i oprogramowania:

<b>Lp</b>	<b>Nazwa</b>	<b>Okres</b>	<b>Grupa</b>	<b>Poziom serwisu</b>
1.	4 x Superdome	od daty zawarcia umowy – do 30.09.2016*	HP Superdome	Data Center Care 24h
2.	2 x przełączniki LAN	od daty zawarcia umowy – do 30.09.2016		
3.	1 x macierz XP1024 (upgr P9500)	od daty zawarcia umowy – do 30.09.2016	HP Storageworks	
4.	1 x macierz XP24000	od daty zawarcia umowy – do 30.09.2016		
5.	4 x switch director 4/256	od daty zawarcia umowy – do 30.09.2016		
6.	1 x biblioteka EML 103e	od daty zawarcia umowy – do 30.09.2016		
7.	1 x oprogramowanie Data Protector	od daty zawarcia umowy – do 30.09.2016	HP HP-UX Software	
8.	1 x oprogramowanie SE	od 01.09.2015 – do 30.09.2016		
9.	1 x serwer rx6600	od daty zawarcia umowy –	Serwery	

		do 30.09.2016	RX 6600	Care 48h
10.	1 x Superdome (Replikator)	od 01.10.2015 – do 30.09.2016	HP Superdome	Data Center Care 24h

\*dla elementów objętych gwarancją w ramach umowy 7984/0/993200/1/2010 z dnia 14.12.2010 r. zawartej z Hewlett – Packrad Polska Sp. z o.o. okres świadczenia obsługi serwisowej rozpocznie się od 01.01.2014 r. i zakończy się 30.09.2016 r.

Zamawiający wskazał, że zawarcie umowy na opiekę serwisową sprzętu i oprogramowania HP było konieczne dla zapewnienia niezawodnej pracy systemu KSI ZUS i prawidłowego wykonania zadań ustawowych w zakresie zabezpieczenia społecznego. Nadmieniał, że awaria któregokolwiek z urządzeń lub oprogramowania skutkować mogłaby zablokowaniem pracy aplikacji KSI ZUS, a co za tym idzie wstrzymaniem merytorycznych zadań realizowanych przez jednostki organizacyjne Zakładu. Wyjaśnił, że w oparciu o urządzenia i oprogramowanie zainstalowane w Centrali ZUS zgodnie z załączonym wykazem funkcjonują m.in. instalacje centralnych baz danych, z których korzystają kluczowe aplikacje KSI ZUS. Dodał, że centralne środowiska przetwarzania aplikacji zarówno interakcyjnych jak i wsadowych są w głównej mierze uzależnione od tych urządzeń.

Zamawiający zwrócił uwagę, że ostatnia umowa na świadczenie opieki serwisowej urządzeń i oprogramowania HP nr 6251/0/993200/1/2010/ (TZ/370/79/10) została zawarta w dniu 5 listopada 2010 r. po przeprowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne w trybie z wolnej ręki i była realizowana do dnia 1 października 2013 r.

Zamawiający załączył do zawiadomienia oświadczenie firmy HP z dnia 11 września 2013 r., z którego wynika, że spółka była jedynym podmiotem uprawnionym do świadczenia usług serwisowych na terenie Polski dla:

- Serwerów HP Superdome;
- HP Storageworks HP Disk Arrays [XP1024, XP12000, XP24000, P9500];
- HP HP-UX Software;
- Serwerów RX6600

oraz dostarczania nowych wersji oprogramowania, modyfikacji oprogramowania (ang. patches) oraz oprogramowania wbudowanego (ang. firmware), którego producentem jest Hewlett – Packard.

Zamawiający wyjaśnił, że w związku z ww. oświadczeniem nie prowadził analiz rynku w zakresie poszukiwania innego wykonawcy mogącego zrealizować przedmiot zamówienia. W oparciu o dotychczasowe doświadczenie oraz treść otrzymanego oświadczenia Zamawiający uznał, że jedynym podmiotem zdolnym do realizacji przedmiotowego

zamówienia była firma HP. Dodał, że realizacja zamówienia nie wiązała się z dostępem lub modyfikacją kodu źródłowego oprogramowania związanego z przedmiotem zamówienia. W ramach świadczenia usług wynikających z umowy zawartej w niniejszym postępowaniu specjalista HP zobowiązany został do monitorowania powstających modyfikacji oprogramowania oraz dostarczania dostosowanego do systemu pakietu potrzebnych modyfikacji, które Zamawiający może zainstalować we własnym zakresie. Ponadto, firma HP okresowo opracowuje uaktualnienia oprogramowania wbudowanego sprzętu komputerowego objętego kontraktem Data Care. W ramach tej usługi HP udostępnia i w razie potrzeby instaluje uaktualnienia. Jednocześnie Zamawiający nadmienił, że nie nabył praw autorskich ani kodów źródłowych do oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie z art. 66 ustawy, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy.

Z analizy zawiadomienia oraz wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

Według orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej: „TSUE”, (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury

konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok TSUE z dnia 18.11.2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec).

W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy w zakresie obejmującym *opiekę serwisową sprzętu i oprogramowania HP w Centrali ZUS*.

Jak wynika z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji (załącznik nr 2 do umowy z dnia 20.11.2013 r. – zasady świadczenia serwisu pogwarancyjnego) opieka serwisowa sprzętu i oprogramowania polegała, co do zasady na świadczeniu usług naprawczych – reakcji na zaistniałe usterki w sposób zapewniający minimalizację wpływu usterki na funkcjonowanie i sprawność oprogramowania oraz urządzeń oraz usług prewencyjnych – dbaniu o prawidłowe funkcjonowanie elementów oprogramowania i urządzeń. Jednocześnie, zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego, realizacja zamówienia nie wiązała się z dostępem lub modyfikacją kodu źródłowego oprogramowania objętego opieką serwisową. Jak wynika z powyższego przedmiotowe usługi miały na celu zapewnienie poprawności działania sprzętu oraz oprogramowania.

W ocenie Prezesa Urzędu zakres zamówienia, który objęto postępowaniem w trybie z wolnej ręki nie stanowił pod względem technicznym na tyle specyficznych świadczeń, aby mogły być one realizowane wyłącznie przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji, tj. firmę Hewlett – Packrad Polska Sp. z o.o. Powyższą ocenę potwierdził biegły sądowy z zakresu informatyki, którego opinii w niniejszym postępowaniu zasięgnął Prezes Urzędu. W przekazanej opinii biegły stwierdził, że w przedstawionym stanie faktycznym okoliczności przytoczone przez Zamawiającego nie wskazują przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy zaproszonemu do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zdaniem biegłego, *zawarty w zaproszeniu do negocjacji opis przedmiotu zamówienia i warunki realizacji zamówienia nie zawierają żadnych przeciwwskazań do realizacji zamówienia przez inne podmioty niż HP*.

Zamawiający nie wskazał żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe przez podmiot inny niż zaproszony do negocjacji wykonawca. Ustanowiony w sprawie biegły stwierdził, że wyjaśnienia Zamawiającego oraz przekazana dokumentacja nie uzasadniają zaistnienia w niniejszej sprawie przyczyn

technicznych. Jednocześnie, okoliczności, na które wskazuje Zamawiający, tj.: konieczność zapewnienia niezawodnej pracy systemu KSI ZUS w celu prawidłowego wykonywania zadań, funkcjonowanie i uzależnienie od serwisowanych urządzeń innych aplikacji, nie stanowią przyczyn o charakterze technicznym. W ocenie biegłego, możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia przez inny podmiot gospodarczy nie zależy od dużej złożoności, stopnia skomplikowania, unikatowości oraz specyfiki struktury systemu. Zdaniem biegłego, inni wykonawcy byłiby w stanie zrealizować zamówienie gwarantując jednocześnie prawidłowe i nieprzerwane działanie systemu jako zintegrowanej całości.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 13/09), wskazane zostało, iż w przypadku zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy *Zamawiający jest zobowiązany wykazać nie tyle, iż udzielenie zamówienia danemu podmiotowi gwarantuje należyte wykonanie zamówienia (...) ale, że oceniając sytuację na rynku w sposób obiektywny, wynikający z określonych faktów, istnieje na tym rynku tylko jeden wykonawca, który może zrealizować przedmiot zamówienia o określonym – szczególnym charakterze.*

Z przekazanej opinii wynika, że zakres warunków, których spełnienie gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób poprawny przez inne podmioty gospodarcze niż wybrany wykonawca obejmuje m.in.:

- posiadanie wymaganych zakresem przedmiotu zamówienia umiejętności,
- posiadanie kompleksowej wiedzy dotyczącej przedmiotu zamówienia,
- posiadanie niezbędnych narzędzi.

W ocenie sporządzającego opinię *jedynym (przynajmniej teoretycznym) ułatwieniem w realizacji przedmiotu zamówienia jest domniemany większy zasób wiedzy posiadanej przez wybranego w toku postępowania wykonawcę wynikający z pochodzenia urządzeń i infrastruktury objętej zamawianą usługą.* Zdaniem Prezesa Urzędu, powyższe może stanowić jedynie czynnik przewagi konkurencyjnej, co nie wyklucza realizacji zamówienia przez innego wykonawcę.

Biegły wskazał, że istotnym ułatwieniem dla wykonania przedmiotowego zamówienia mogło być uzyskanie przez zatrudnione przez innego wykonawcę osoby certyfikatów po uprzednim przeszkoleniu. Nadmieniał, że takie certyfikowane szkolenia są prowadzone przez HP. Dla przedmiotowego zamówienia najbardziej istotne byłyby szkolenia z grup: Servers, Operating Systems, Networking, IT Management, Storage. Dodał, iż *uzyskanie ww. certyfikatu może ułatwić ubiegającemu się o udzielenie zamówienia potwierdzenie posiadania wymaganych umiejętności i wiedzy ogólnej, nie powinno jednak być traktowane jako warunek ze strony zamawiającego przystąpienia ubiegającego się do postępowania.*

Zamawiający przyznał, iż nie przeprowadzał analizy rynku w zakresie potencjalnego wykonania przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty. Skierował jedynie zapytanie do firmy HP, otrzymując w odpowiedzi oświadczenie, iż zamówienie może być wykonane tylko przez tą firmę. W związku z powyższym Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki, opierając się na oświadczeniu firmy, która była zainteresowana sprzedażą swoich usług, uzyskując jedynie subiektywną wiedzę na temat funkcjonujących na rynku rozwiązań.

Upublicznienie informacji o zamówieniu w jednym z konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, która to okoliczność jest najważniejsza dla zachowania reguł uczciwej konkurencji, pozwoliłaby na zapoznanie się i udział w postępowaniu wszystkich potencjalnych podmiotów, które byłyby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Dodać należy, iż w związku z wartością zamówienia weryfikacja rynku objęłaby również rynek europejski.

Należy również zauważyć, iż w zakresie serwisu sprzętu komputerowego oraz oprogramowania firmy Hewlett Packard przeprowadzane były i są postępowania w procedurze konkurencyjnej. Przykładowo można wymienić następujące postępowania wszczęte i rozstrzygnięte w trybie przetargu nieograniczonego przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych: *pogwarancyjny serwis w stosunku do sprzętu komputerowego firmy Hewlett – Packard, usługi serwisowe w stosunku do oprogramowania firmy Hewlett – Packard i asystę techniczną* (ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 lipca 2013 r. pod numerem 2013/S 128-220241), *usługi serwisu pogwarancyjnego i asysty technicznej dla sprzętu HP i oprogramowania* (ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2015 r. pod numerem 2015/S 149-275942).

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż wyłonienie wykonawcy zamówienia, stosownie do przepisów ustawy, powinno zostać poprzedzone odpowiednią weryfikacją w oparciu o procedury ustawy, oparte na zasadzie konkurencyjności, które są najlepszym sposobem oceny rynku. Fakt istnienia podmiotu, którego oferta odpowiada wymaganiom Zamawiającego nie przesądza o tym, że postępowanie otwarte przeprowadzone w przedmiotowej sprawie nie doprowadziłoby do wyłonienia innego wykonawcy, którego oferta byłaby korzystniejsza dla Zamawiającego, a zarazem spełniała wszelkie wymogi stawiane przedmiotowemu zamówieniu.

Reasumując – przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie wskazują, aby jedynie zaproszony do negocjacji wykonawca – Hewlett Packard Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mógł świadczyć usługi będące przedmiotem kontrolowanego

zamówienia w związku z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze. Tym samym, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.