

Sygn. akt: KIO/KD 72/15

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 stycznia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 grudnia 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa** od wyniku kontroli doraźnej, zawartego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 listopada 2015 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *modernizację systemu Komputera Centralnego w 2013 roku wraz z zakupem licencji*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Emil Kuriata
Luiza Łamejko

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli Prezes UZP ustalił, że Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki, na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

Szczegółowy zakres zamówienia został określony następująco:

- 1) modernizacja posiadanych przez ZUS serwerów środowiska IBM Mainframe, polegająca na zwiększeniu mocy obliczeniowej o 1820 MIPS i rozszerzeniu rozwiązania GDPS w oparciu o infrastrukturę SYSPLEX'u równoległego wraz z udzieleniem gwarancji na serwery IBM na poziomie tożsamym, co do warunków z gwarancją producenta, do dnia 31.12.2014 r.,
- 2) zmiana warunków licencyjnych oprogramowania systemowo-narzędziowego IBM zainstalowanego na serwerach IBM Mainframe ZUS, polegająca na zwiększeniu limitów dozwolonego korzystania na okres do 31.12.2014 r. w związku z powyższą modernizacją,
- 3) dostarczenie usług wsparcia Kodu Sterującego GDPS zapewniających ciągły dostęp do danych i systemów produkcyjnych z/OS DB2 i IBM Mainframe. Usługa wsparcia świadczona od 11.10.2013 r. do 31.12.2014 r.

Zamawiający wyjaśnił, że potrzeba zmodernizowania serwerów środowiska IBM Mainframe wynikała z rosnącej liczby przetwarzanych danych, co wymagało zwiększenia mocy obliczeniowej o 1820 MIPS, by umożliwić przetwarzanie danych zgodnie z ustawowymi zobowiązaniami. W związku z rozbudową mocy obliczeniowej niezbędna była zmiana warunków licencyjnych na oprogramowanie systemowo-narzędziowe IBM Mainframe. Zmiana ta polegała na zwiększeniu limitów dozwolonego korzystania z oprogramowania na okres do 31 grudnia 2014 roku.

Odnosząc się do dostarczenia usług wsparcia Kodu Sterującego GDPS Zamawiający wskazał na cele opisane w Polityce Obszarowej - Zarządzania Informatyką ZUS na lata 2011-2013: Wdrożenie Wysokiej Dostępności (HA High Availability) oraz Wdrożenie Planu Awaryjnego (DRP Disaster Recovery Plan). W celu realizacji powyższych zadań planowane było uruchomienie w NROi, mechanizmu utrzymania ciągłości dostępu do danych, opartego na sprawdzonej technologii IBM GDPS. IBM GDPS wdrożony był w środowisku KSI ZUS. Zaimplementowane były również procedury realizacji różnych scenariuszy Disaster Recovery. Wdrożenie tej technologii w środowisku NROi stanowiło kontynuację realizacji celów postawionych w Polityce Obszarowej. Dodatkowo, aby umożliwić niezakłóconą realizację przez ZUS planów przetwarzania, wykonawca świadczyć miał usługi utrzymania instalacji IBM MF GDPS.

Zamawiający uściślił, iż realizacja zamówienia nie wiązała się z nabyciem dodatkowych serwerów. Zwiększenie mocy obliczeniowej o 1820 MIPS zostało zrealizowane

przez odblokowanie za pomocą mikrokodów dwóch fizycznych procesorów znajdujących się w serwerach Mainframe. Wyjaśnił, że rozszerzenie GDPS w oparciu o infrastrukturę SYSPLEX'U równoległego oznaczało objęcie rozwiązaniem GDPS dwóch dotychczas nim nieobjętych serwerów Mainframe, na których realizowane było przetwarzanie świadczeń niezreformowanych - poza Kompleksowym Systemem Informatycznym (dalej: „KSI”) ZUS. Przez Infrastrukturę SYSPLEX'U równoległego należy rozumieć rozwiązanie systemowe oparte na przetwarzaniu danych w środowisku opartym na więcej niż jednym fizycznym serwerze.

Zamawiający, pismem z dnia 7 maja 2013 r., zwrócił się do IBM Polska Sp. z o.o. z prośbą o informacje, czy firma ta jest jedynym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może oferować i wykonać wymagane przez ZUS rozwiązanie systemowe objęte przedmiotem niniejszego zamówienia. W odpowiedzi, pismem z dnia 9 maja 2013 r., firma IBM Polska Sp. z o.o., oświadczyła, że jest jednym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może dostarczyć przedmiotowe rozwiązanie. Do pisma załączone zostały warunki ograniczonej gwarancji IBM.

Zamawiający podał, że dotychczasowe doświadczenia, jak i otrzymane oświadczenie wskazywały, że jedynym podmiotem zdolnym do realizacji przedmiotowego zamówienia była wyłącznie firma IBM Polska Sp. z o.o. W związku z powyższym nie prowadził dalszej analizy rynku w zakresie poszukiwania innego wykonawcy mogącego zrealizować przedmiot zamówienia. Nie prowadził również postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy inne podmioty mają autoryzację producenta sprzętu komputerowego IBM potwierdzającą możliwość modernizacji serwerów IBM, gdyż z treści oświadczenia złożonego przez firmę IBM Polska Sp. z o.o. wynikało, że jest to jedyny podmiot, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mógł zaoferować i wykonać wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie systemowe objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający stwierdził, że firma IBM Polska Sp. z o.o. powinna być świadoma odpowiedzialności prawnej za składanie oświadczeń potwierdzających nieprawdę i w związku z tym nie miał podstaw do podważania prawdziwości oświadczenia tej firmy.

Zamawiający dodał, że po uzyskaniu z rynku - w innym postępowaniu dotyczącym produktów firmy IBM (zakup serwisu pogwarancyjnego na urządzenia Mainframe u autoryzowanych partnerów firmy IBM) - informacji, iż jest możliwe dokonanie zakupu produktu firmy IBM przez inne podmioty, wszczął w 2012 r. postępowanie w trybie konkurencyjnym. Postępowanie to zostało unieważnione po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2819/12) z uwagi na fakt, iż dla realizacji zamawianych usług konieczne było zapewnienie wsparcia producenta IBM najpóźniej w dacie zawarcia umowy o zamówienie publiczne w celu prawidłowego wykonania całego zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że nie było możliwości podziału zamówienia na części. Ze względu na strategiczne znaczenie środowiska Mainframe wymagane było dostarczenie kompleksowego rozwiązania systemowego. Wyjaśnił, że warunkiem koniecznym do wykorzystania dodatkowej mocy zakupionej było równoczesne zakupienie dodatkowych praw licencyjnych. Bez tych dodatkowych praw licencyjnych - zwiększenia limitów – korzystanie ze zwiększonej mocy obliczeniowej stanowiłoby naruszenie warunków licencyjnych. Rozszerzenie rozwiązania GDPS dotyczyło kompleksowego podejścia do ówczesnych potrzeb rozwoju całej platformy Mainframe. W zakresie KSI było to zwiększenie mocy serwerów i rozszerzenie licencji, na co wskazywał plan pojemnościowy, a w zakresie NROI podniesienie poziomu bezpieczeństwa w dostępie do danych.

Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, że projekt nie przewidywał zmian na inną technologię, ponieważ wiązałoby się to z budową *de facto* od podstaw systemu KSI w warstwie dostępu do danych i ich przetwarzania. Modernizacja Komputera Centralnego dotyczyła rozbudowy mocy obliczeniowej i przedłużenia wsparcia na zakupione licencje dla środowiska IBM Mainframe, będącego podstawową platformą bazodanową KSI. W ocenie Zamawiającego, zmiana technologii wiązałaby się z długoletnim projektem oraz ryzykiem unieruchomienia systemu, który stanowi element infrastruktury krytycznej państwa. Dlatego też, celem realizacji postępowania, było jedynie zabezpieczenie bieżących potrzeb wynikających ze wzrostu zapotrzebowania na moc serwerów IBM Mainframe (wynikającej z dostosowania oprogramowania KSI między innymi do zmian legislacyjnych) oraz zwiększenie bezpieczeństwa przetwarzanych danych.

Na podstawie dokonanych ustaleń Prezes UZP wskazał, że do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp nie wystarczy by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego. Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi.

Podniesiono, że przepisy szczególne ustawy, w szczególności przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, interpretować należy w świetle zasad udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ogólnych. Należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, zdaniem Prezesa UZP, wymaga, aby istniejący stan rzeczy spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań zamawiającego.

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. 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. b ustawy Pzp.

Zdaniem Prezesa UZP, w przedłożonych wyjaśnieniach Zamawiający nie wskazał, z uwagi na jakie prawa wyłączne możliwe było udzielenie przedmiotowego zamówienia tylko firmie IBM Polska Sp. z o.o. Nadmienił jedynie, iż decyzję odnośnie zastosowania trybu podjął w oparciu o oświadczenie firmy IBM Polska Sp. z o.o. Tymczasem, w opinii Prezesa UZP, z oświadczenia tego wynika jedynie, że w przypadku zawarcia umowy z IBM Polska Sp. z o.o. Zamawiający uzyska gwarancję dla zmodernizowanych maszyn tożsamą, co do warunków z gwarancją producenta, polegającą na bezpośrednim dostępie do aktualizacji kodu maszynowego, zgodnie z warunkami dokumentu ograniczonej gwarancji. W tym kontekście Prezes UZP zauważył, iż gwarancja jest rodzajem zobowiązania o charakterze umownym, wynikającym z umowy, w której wykonawca podejmuje się usługi naprawy lub wymiany elementów rzeczy będącej przedmiotem umowy w ramach serwisu gwarancyjnego, przy czym strony mogą w dowolny sposób ustalić jej warunki.

Niezależnie od powyższego dostrzeżono, iż „*Warunki ograniczonej gwarancji*”, dołączone do oświadczenia firmy IBM Polska Sp. z o.o. nie potwierdzają tezy zawartej w oświadczeniu, iż zamówienie objęte kontrolą mógł wykonać jedynie ten wykonawca. Jak wynika z treści *Warunków ograniczonej gwarancji* zakres zamówienia objęty trybem zamówienia z wolnej ręki, w tym dotyczący warunków z gwarancji producenta oraz zastosowania Kodu Maszynowego lub aktualizacji oprogramowania, może być wykonany również przez podwykonawcę IBM lub resellera uprawnionego przez IBM.

Powyższe potwierdza w opinii biegły. W jego ocenie, ww. zapisy *Warunków ograniczonej gwarancji* stoją w sprzeczności z oświadczeniem firmy IBM Polska Sp. z o.o., iż był jedynym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mógł zaoferować i dostarczyć rozwiązania systemowe objęte zamówieniem z dwóch powodów:

- 1) przedmiot zamówienia nie dotyczył okresu gwarancyjnego,
- 2) treść powyższego fragmentu wskazuje na możliwość realizacji pełni usług objętych gwarancją IBM przez partnerów biznesowych IBM o statusie resellera.

Biegły stwierdził również, że załączony do oświadczenia IBM Polska Sp. z o.o. dokument ograniczonej gwarancji nie wyklucza z listy potencjalnych wykonawców kompleksowej usługi innych podmiotów. W szczególności dotyczy to partnerów biznesowych dla określonych usług o statusie resellera. Dodał, że dokument ograniczonej gwarancji wręcz zrównuje działania resellerów w wielu obszarach z działaniami IBM. Biegły zwrócił

również uwagę, że oświadczenie IBM nie obejmuje informacji o świadczeniu usług utrzymaniowych innych niż gwarancyjne IBM ani o kanałach sprzedaży części do modernizowanych maszyn nieobjętych gwarancją IBM. Zdaniem biegłego, powyższe zawęża zakres oświadczenia do usług gwarancyjnych IBM.

Zamawiający uzasadniał, że zawarcie umowy z firmą IBM Polska Sp. z o.o. zapewni mu *prawo bezpośredniego dostępu do aktualizacji kodu maszynowego, zgodnie z warunkami załączonego dokumentu ograniczonej gwarancji* (co wynika z oświadczenia złożonego przez firmę IBM Polska Sp. z o.o.).

Odnosząc się do kwestii aktualizacji kodu maszynowego, Prezes UZP zauważył, że w opinii biegłego, *może ją wykonać dowolny podmiot posiadający status resellera, dostawcy wsparcia dla oprogramowania oraz dostawcy serwisu gwarancyjnego IBM. Z treści materiału (poza niemającym uzasadnienia w pozostałej części materiału stwierdzeniem IBM Polska zawartym w oświadczeniu stanowiącym załącznik do zawiadomienia o wszczęciu postępowania) nie wynikają jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie. Również dokument zawierający warunki ograniczonej gwarancji nie zawiera zapisów wyłączających dostęp do aktualizacji kodu maszynowego. W ocenie sporządzającego opinię klient otrzymuje dostęp do aktualizacji kodu maszynowego w momencie otrzymania urządzenia/maszyny IBM niezależnie od źródła jego pochodzenia a także w momencie realizacji usług modernizacji urządzenia/maszyny IBM niezależnie od jej wykonawcy, przy czym w zakresie uprawnień do realizacji usług objętych zamówieniem IBM zrównał w dokumencie zawierającym warunki ograniczonej gwarancji swoje działania do działań wskazanych wcześniej podmiotów o statusie partnera.*

Zdaniem Prezesa UZP, również zakup licencji oprogramowania IBM nie musiał być zrealizowany jedynie za pośrednictwem firmy IBM Polska Sp. z o.o. Jak stwierdził w opinii biegły *odnośnie zakupu licencji - może się ona odbyć za pośrednictwem dowolnego partnera handlowego.*

Biegły wskazał, że firma IBM współpracuje z podmiotami o statusie Partnera Handlowego IBM, którzy zostali podzieleni pod względem szeroko rozumianego zakresu współpracy na grupy wymienione m.in. pod adresem <http://www.ibm.com/cloud-computing/social/pl/pl/busjoesspartners/>. Pod tym samym adresem znajduje się wskazanie sposobu uzyskania statusu partnera handlowego IBM. IBM postawił stosunkowo łatwe do spełnienia warunki uzyskania statusu partnera handlowego ze względu na bardzo ścisłą współpracę partnera z IBM w procesie dystrybucji produktów i usług IBM. Z informacji zawartych w materiałach dostępnych w serwisie IBM pod adresem [http://www.ibm.com/pl/partners/odf/Broszura PartnerWorld.pdf](http://www.ibm.com/pl/partners/odf/Broszura%20PartnerWorld.pdf) można wnioskować, że partnerem biznesowym IBM przyporządkowanym do konkretnej grupy może zostać dowolny podmiot posiadający bądź zamierzający uzyskać (IBM oferuje duży zakres specjalistycznych

szkoleń) odpowiednią wiedzę, możliwości i uprawnienia do świadczenia usług objętych zakresem działalności tej grupy. W ocenie biegłego, wobec wskazanej wcześniej ścisłej współpracy partnerów biznesowych z IBM nie jest wymagana zgoda IBM na świadczenie usług objętych badanym zamówieniem przez partnera biznesowego IBM, który posiada status przynależności do wymaganej zakresem świadczonej usługi grupy partnerów.

W ocenie sporządzającego opinię, podmioty realizujące usługi dla systemów klasy IBM Mainframe były w stanie (samodzielnie bądź tworząc konsorcja) na datę wszczęcia postępowania zrealizować wszelkie usługi objęte przedmiotem zamówienia w sensie technicznym - uzupełniając jedynie ewentualne szkolenia i certyfikaty.

W niniejszej sprawie biegły zwrócił również uwagę na zakres usług, który został objęty postępowaniem w trybie z wolnej ręki, tj. modernizacja środowiska IBM Mainframe, zmiana warunków licencyjnych oprogramowania systemowo-narzędziowego IBM Mainframe oraz dostarczenie usług wsparcia Kodu Sterującego GDPS. Biegły wskazał, iż przedmiotowe zamówienie obejmuje swym zasięgiem trzy usługi, które są usługami niezależnymi i przy spełnieniu określonych warunków mogą być świadczone niezależnie przez różne podmioty. Tym samym objęcie zamówieniem trzech usług, które mogą być wykonywane przez różne podmioty, w sytuacji braku możliwości składania ofert częściowych, jest sprzeczne z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem tak opisany przedmiot zamówienia ograniczał uczciwą konkurencję.

Zamawiający wyjaśnił, że nie *prowadził dalszej analizy rynku w zakresie poszukiwania innego wykonawcy (...)*. Nie ustalał też, czy inne podmioty, mające autoryzację producenta sprzętu komputerowego IBM, potwierdzającą możliwość modernizacji serwerów, byłyby w stanie wykonać zamówienie. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nastąpiło zatem, zdaniem Prezesa UZP, na podstawie subiektywnej oceny Zamawiającego, wynikającej z oświadczenia firmy, która była zainteresowana sprzedażą swoich produktów.

Prezes UZP stwierdził, iż doświadczenie wynikające z wcześniej przeprowadzonego postępowania dotyczącego produktów IBM również nie uzasadnia, iż jedynym podmiotem zdolnym do realizacji niniejszego zamówienia była firma IBM Polska Sp. z o.o. z uwagi na istnienie praw wyłącznych. Przeciwnie, analiza powoływanego przez Zamawiającego postępowania na *serwis pogwarancyjny elementów i podzespołów środowiska Mainframe* (ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Z dnia 10 października 2013 r. pod numerem 2012/S 203-334132) oraz wydany w tej sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2819/12) świadczą o istnieniu konkurencyjności na rynku produktów oferowanych przez IBM. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, postępowanie to nie zostało unieważnione z uwagi na fakt, że *dla realizacji zamawianych usług konieczne było zapewnienie wsparcia producenta IBM najpóźniej w dacie zawarcia umowy o zamówienie publiczne*. W ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z

dnia 9 lutego 2013 r. (numer 2013/S 029-044126) Zamawiający poinformował, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czyli Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, ale jej cena przekraczała kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w powyższym wyroku stwierdziła, że zarówno Zamawiający, wybrany wykonawca, jak również odwołujący mieli świadomość, iż na etapie realizacji umowy będzie potrzebne współdziałanie wykonawcy z producentem sprzętu i nie było to między stronami sporne. Istotą sporu był wymagany w SIWZ poziom i sposób współpracy wykonawcy z producentem sprzętu.

Prezes UZP zwrócił uwagę, iż wszczęcie postępowania w procedurze konkurencyjnej umożliwiłoby Zamawiającemu dotarcie do szerszego kręgu podmiotów, a tym samym Zamawiający uzyskałby wiedzę w zakresie technicznych i organizacyjnych możliwości realizacji zamówienia przez wykonawców działających w branży oraz kosztów jego wykonania. Fakt istnienia podmiotu, którego oferta odpowiada wymaganiom Zamawiającego nie przesądza o tym, że postępowanie konkurencyjne przeprowadzone w przedmiotowej sprawie nie doprowadziłoby do wyłonienia innego wykonawcy, którego oferta byłaby korzystniejsza dla Zamawiającego, a zarazem spełniła wszelkie wymogi stawiane przedmiotowemu zamówieniu.

We wniesionych zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej Zamawiający wyjaśnił, Zakład udzielając przedmiotowego zamówienia miał na uwadze, że podstawą zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp jest istnienie tylko jednego podmiotu, który - z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów - może wykonać dane zamówienie. W niniejszym postępowaniu jedynym podmiotem uprawnionym do realizacji zamówienia, zdaniem Zamawiającego, był wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. z powodu posiadania praw wyłącznych.

Zamawiający podał, że zgodnie z jego wiedzą, każdy z trzech punktów zakresu zamówienia objęty jest prawami wyłącznymi posiadanymi przez IBM. IBM nie udzielił nikomu autoryzacji do wykonania usług związanych z niżej wymienionym przedmiotem zamówienia:

- zwiększenie mocy obliczeniowej o 1820 MIPS dotyczyło serwerów MainFrame (dalej: „MF”) o mocy obliczeniowej powyżej 5000 MIPS (a takie właśnie posiada ZUS), dla których - zgodnie z polityką korporacyjną - usługi świadczy wyłącznie IBM (bez pośredników),
- IBM, korzystając z praw wyłącznych, nie udzielał prawa sprzedaży licencji oprogramowania systemowo-narzędziowego na serwerach MF podmiotom trzecim, w tym swoim partnerom i resellerom,
- usługa wsparcia dotycząca Kodu Sterującego GDPS, zapewniająca ciągły dostęp do danych i systemów produkcyjnych z/OS, DB2 i IBM MF była i jest świadczona wyłącznie

przez IBM.

Zamawiający dalej podał, że dowodem na powyższe jest badanie rynku, przeprowadzone przez Zamawiającego w 2014 r., w zakresie przedmiotowym analogicznym do kontrolowanego postępowania (z zaznaczeniem, że w 2013 r. zwiększenie mocy polegało jedynie na odblokowaniu za pomocą mikrokodów dwóch fizycznych procesorów znajdujących się w serwerach). Zakład zadał pytanie pięciu głównym partnerom firmy IBM (Asseco Business Solutions S.A., Asseco Poland S.A., Comfort Meridian Polska Sp. z o.o., Capgemini Sp. z o.o., Qumak S.A.) o możliwość realizacji przez nich analogicznego zamówienia. Odpowiedzi udzieliły trzy z ww. firm. Każda z nich oświadczyła, że pomimo, iż jest autoryzowanym partnerem IBM, nie jest uprawniona do oferowania rozwiązania w wymienionym w zapytaniu zakresie. Polityka IBM stosowana w 2013 r. była analogiczna do tej stosowanej w 2014 r.

Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający, wiedza dotycząca posiadania przez IBM praw wyłącznych oraz skutki tego faktu w postaci trybu udzielenia zamówienia, poza otrzymanym oświadczeniem firmy IBM, została pozyskana przez pracowników Zamawiającego w ramach kilkunastoletniej współpracy zarówno z firmą IBM, jak i jej partnerami świadczącymi usługi dla ZUS.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2015 r. (sygn. akt: IACa 1201/14) nie można stosować trybu zamówienia z wolnej ręki „*jeżeli w danym miejscu i czasie jest zasadne domniemanie*”, że istnieje jeden lub więcej Wykonawców mogących świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia. Zgodnie z powyższymi informacjami przedstawionymi przez Zamawiającego, na etapie przygotowania postępowania, w zakresie odnoszącym się do wyboru trybu jego udzielenia, Zamawiający posiadał wiedzę, iż w momencie przygotowania i udzielania zamówienia, nie było żadnego innego podmiotu świadczącego pożądaną usługę i tylko jeden Wykonawca mógł wykonać przedmiot zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, oświadczenie firmy IBM z dnia 9 maja 2013 r. należy zaliczyć do kategorii oświadczeń wiedzy, mających charakter potwierdzenia faktów. Należy bezsprzecznie przyjąć, że podpisujący je Członek Zarządu IBM Polska Sp. z o.o. posiada wiedzę o zakresie modernizacji posiadanego przez ZUS środowiska IBM MF, zmianie warunków licencyjnych i świadczenia usług wsparcia Kodu Sterującego GDPS, którego oczekiwał ZUS. Dlatego decyzja w sprawie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki była, zdaniem Zamawiającego, w pełni uprawniona i podjęta w oparciu nie tylko o analizę przedmiotowego oświadczenia, ale jako logiczne następstwo wiedzy pracowników Zakładu, pozyskanej z realizacji innych umów z podmiotami świadczącymi usługi informatyczne, wiedzy pozyskanej w toku corocznych spotkań organizowanych przez ZUS z czołowymi

dostawcami usług IT oraz doświadczenia nabytego w poprzednio realizowanych umowach, dla których były składane analogiczne oświadczenia.

Z wyżej przedstawionych powodów, w opinii Zamawiającego, miał pełne podstawy, aby uznać prawdziwość (niewadliwość, tj. zgodność ze stanem faktycznym) złożonego oświadczenia i przyjąć, iż IBM jest jedynym podmiotem mogącym zrealizować podmiotowe zamówienie z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Zakład - biorąc pod uwagę powyższe względy oraz niebudzącą wątpliwości treść oświadczenia IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 9 maja 2013 r. - mógł (dodatkowo w sposób uprawniony przedstawionymi powyżej okolicznościami) przyjąć, że jedynie IBM Polska Sp. z o.o. jest owym jedynym wykonawcą.

Zamawiający zauważył, że w dacie przygotowywania wniosku o przeprowadzenie postępowania (maj 2013 r.), nie było żadnych podstaw do kwestionowania oświadczenia z dnia 9 maja 2013 r., ani też do przyjęcia założenia, że składając oświadczenie wykonawca IBM wprowadził przedstawicieli ZUS w błąd.

Istotnymi, zdaniem Zamawiającego, choć pośrednimi okolicznościami, weryfikującymi poprawność działań i decyzji było to, że przed udzieleniem zamówienia Zamawiający:

- działając zgodnie z przepisem art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, zawiadomił Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia,
- zamieścił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie *ex ante* o zamiarze udzielenia zamówienia.

Zamawiający nie twierdzi, jak podał, że wskazane powyżej czynności same w sobie weryfikują poprawność podjętej decyzji w zakresie trybu udzielenia zamówienia, ale niewątpliwie, biorąc pod uwagę ww. stanowisko Sądu Apelacyjnego, odnoszące się do zaistnienia ewentualnego „domniemania”, są one bardzo poważnym dowodem i nie mogą być bagatelizowane przy ocenie podjętych decyzji.

Odmienne stanowisko prowadziłyby do konieczności uznania, że obydwie wprowadzone do polskiego prawa instytucje: obowiązek powiadamiania Prezesa UZP i możliwość publikacji ogłoszenia *ex ante* w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, są wyłącznie obowiązkiem formalnym, pozbawionym znaczenia prawnego, zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż polski ustawodawca - w celu implementacji postanowienia art. 3a dyrektywy odwoławczej - wprowadził do Pzp art. 62 ust. 2a oraz art. 66 ust. 2, które to odnoszą się do publikacji ogłoszeń o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że art. 66 ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającemu możliwość opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Przepis ten ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione decyzji zamawiającego. Zamieszczając je, zamawiający może uniknąć negatywnych konsekwencji

związanych z unieważnieniem umowy, bowiem upublicznia informację o planowanym udzieleniu zamówienia, choć nie następuje to w trybie konkurencyjnym. Ogłoszenie *ex ante* ma istotne znaczenie dla zachowania najdalej idącej staranności w prowadzonym postępowaniu, gdyż pozwala na zapoznanie się i wyrażenie chęci udziału w postępowaniu wszystkich potencjalnych podmiotów, które byłyby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Wobec opublikowania takiego ogłoszenia przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej: „DUUE”), weryfikacja rynku w przedmiotowym postępowaniu objęła również rynek europejski.

W tym zakresie Prezes UZP automatycznie przyjął stanowisko zaprezentowane w opinii biegłego, abstrahując od faktu, że Wykonawcy mieli możliwość pozyskać informację o planowanym udzieleniu zamówienia w związku z publikacją przez Zamawiającego ogłoszenia *ex ante* w DUUE i podjąć czynności zmierzające do udziału w takim postępowaniu, choćby poprzez poinformowanie Zamawiającego o swoich możliwościach realizacji zamówienia lub poprzez wniesienie odwołania na wybór trybu postępowania.

Zdaniem Zamawiającego, należy mieć na względzie okoliczność, iż publikacja w DUUE ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* ma przecież za zadanie umożliwienie potencjalnym Wykonawcom pozyskanie informacji o zamiarze udzielenia przez Zamawiającego zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym, celem umożliwienia im ewentualnego zakwestionowania wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdyby nie zachodziły okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu. Dlatego sformułowane w Informacji o wyniku kontroli stwierdzenie jest niezrozumiałe, bowiem powyższe stanowisko Zamawiającego jest zgodne ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, który pierwotnie uzasadniając wprowadzenie art. 62 ust. 2a oraz art. 66 ust. 2 ustawy Pzp, mające na celu implementację do prawa krajowego postanowień dyrektywy odwoławczej (2007/66/WE) dowodził, że *„Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante ma również pozytywne znaczenie dla wykonawców, gdyż umożliwia im pozyskanie informacji o zamówieniach udzielanych w trybach negocjacyjnych niepoprzedzonych publikacją ogłoszenia oraz ewentualne zakwestionowanie decyzji zamawiającego skutkującej w przypadku uwzględnienia odwołania otwarciem danego zamówienia na konkurencję.”* Stanowisko to Urząd podtrzymał i upublicznił również w Informatorze Zamówień Publicznych nr 6 z grudnia 2009 r.

Dodatkowo Zamawiający podał, że zwrócił się do IBM z prośbą o przesłanie dodatkowych wyjaśnień dotyczących złożonego oświadczenia w kontekście przede wszystkim praw wyłącznych oraz warunków ograniczonej gwarancji. Odpowiedź z dnia 3 grudnia 2015 r. oraz ww. badanie rynku z 2014 r. jednoznacznie potwierdzają, zdaniem Zamawiającego, prawidłowe rozumienie Zamawiającego dotyczące praw wyłącznych i

ograniczonej gwarancji oraz prawidłowość podjętej decyzji w kontekście wyboru trybu postępowania.

Zapisy ograniczonej gwarancji są zapisami standardowymi, które odnoszą się do samego sposobu świadczenia usług gwarancyjnych dla pełnego katalogu infrastruktury sprzętowej IBM. Wobec powyższego, zapisy te odnoszą się zarówno do usług, które mogą być świadczone tylko bezpośrednio przez producenta (czyli IBM), jak również usług świadczonych przez podwykonawców i resellerów. O możliwości świadczenia usług przez poszczególne podmioty decyduje polityka korporacyjna IBM, na którą Zamawiający nie miał i nie ma wpływu. Zamawiający podkreślił, że środowisko ZUS jest środowiskiem o złożonej strukturze (moc serwerów MF powyżej 5000 MIPS), co biorąc pod uwagę ww. politykę skutkuje faktem możliwości świadczenia usług wyłącznie przez producenta, tj. IBM. Nie może być zatem mowy o sprzeczności oświadczenia IBM z warunkami ograniczonej gwarancji, a jedynie o nieznanym polityki ww. podmiotu.

Dokument Warunki Ograniczonej Gwarancji, zgodnie z Pismem IBM „(...) stanowi ogólny wzorzec umowny, którym IBM Polska posługuje się w swojej działalności handlowej. Ma on jednak zastosowanie do podwykonawców lub resellerów IBM jedynie wówczas, gdy sprzedają maszyny IBM zgodnie z posiadaną autoryzacją IBM. Dokument ten nie zawiera żadnych informacji o zakresie autoryzacji partnerów handlowych IBM. Zakres ten nie może być domniemywany, a jest wyraźnie określany wyłącznie przez IBM (...).” Wyżej wymieniony dokument ma zatem zastosowanie w każdym przypadku, zarówno w sytuacji świadczenia usług wyłącznie przez IBM, jak i usług, dla których usługi świadczone mogą być przez partnerów czy resellerów.

Zamawiający podkreślił, że wszystkie usługi wchodzące w zakres zamówienia są ściśle ze sobą powiązane, dotyczą jednego, spójnego środowiska funkcjonującego w reżimie wysokiej dostępności (24/7/365), realizującego wsparcie podstawowych działań statutowych Zakładu (m.in. wypłata zasiłków, rent i emerytur). Niezależnie od faktu niemożliwości podzielenia zamówienia na części, zdaniem Zamawiającego, świadczenie każdej z usług będących przedmiotem zamówienia możliwe jest wyłącznie przez IBM. Słuszność działania Zamawiającego w ww. kontekście, w jego ocenie, potwierdza pismo IBM.

Zamawiający podniósł, że biegły wydając opinię w przedmiocie tak specjalistycznego obszaru powinien charakteryzować się szeroką wiedzą merytoryczną w zakresie sprzętu i licencji oprogramowania systemowo-narzędziowego serwerów MF, zasad jego sprzedaży i serwisu, usług wspierających oraz znajomością polityki korporacyjnej IBM i zasad udzielania autoryzacji oraz jej zakresu poszczególnym partnerom i resellerom z zakresu przedmiotowego zamówienia, dla klasy rozwiązań wykorzystywanych w Zakładzie.

Według Zamawiającego, na podstawie przytoczonych fragmentów opinii w Informacji o wyniku kontroli, biegły z dziedziny informatyki nie posiadał ww. wiedzy merytorycznej z zakresu badanego postępowania, nie dokonał właściwej i rzetelnej analizy dokumentów i wykazał się brakiem znajomości polityki korporacyjnej IBM.

Zamawiający wskazał, że biegły oparł się jedynie na własnej interpretacji zapisów oświadczenia i warunków ograniczonej gwarancji, bez korelacji z zasadami i polityką stosowaną przez IBM, dotyczącą świadczenia usług i autoryzacji partnerów.

Zdaniem Zamawiającego, w ocenie tak specjalistycznego zakresu należy dokonać szczegółowej analizy przedmiotu zamówienia i okoliczności z nim związanych. Oparcie opinii na analizie wybranych dokumentów i zapisów na stronach internetowych bez dogłębnej znajomości wszystkich okoliczności związanych z przedmiotowym zamówieniem, może budzić wątpliwości co do poprawności i rzetelności przedstawionej opinii.

Jak podkreślił Zamawiający, jego stanowisko w ww. zakresie poparte jest opinią Najwyższej Izby Kontroli, która sceptycznie odniosła się do biegłych i w opublikowanej 18 listopada 2015 roku analizie „Funkcjonowanie biegłych w wymiarze sprawiedliwości” stwierdziła m.in., że *„aktualny model funkcjonowania biegłych nie gwarantuje powoływania najlepszych ekspertów terminowo wydających merytoryczne i rzetelne opinie.”*

Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2000 r. (sygn. akt: IV KKN 477/99) *„brak przesłanki aktualności wiadomości specjalnych użytych do wydania opinii stanowi wedle judykatury o dyskwalifikacji dowodu z opinii biegłego”*.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w sytuacji, kiedy biegły nie wskazuje żadnych podmiotów mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie, a przedstawia jedynie hipotetyczne rozważania, jego opinia (będąca jedyną podstawą, na której oparto wnioski) nie upoważnia do tak jednoznacznych stwierdzeń przedstawionych w Informacji o wyniku kontroli. Tylko wskazanie konkretnych podmiotów, które mogłyby zrealizować przedmiotowe zamówienie, mogłoby stanowić dowód braku podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki, z uwagi na istnienie więcej niż jednego podmiotu zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający podniósł również, że prowadząc kontrolę doraźną w ww. zakresie, organ kontroli zaniechał także możliwości skorzystania z przepisu art. 163 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Urząd może żądać także od podmiotów trzecich, w terminach przez siebie wyznaczonych, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza poddaje ocenie wynik kontroli jedynie w aspekcie zarzutów sformułowanych w treści zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego (art. 167 ust. 2 ustawy Pzp). Oznacza to, że w przedmiocie, w którym Zamawiający nie podjął polemiki z Prezesem UZP Izba nie dokonuje oceny.

Ustalenia dokonane przez Prezesa UZP nie były przez Zamawiającego kwestionowane, stąd też Izba przyjęła je za własne i na tym tle dokonała oceny prawnej czynności podjętych przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że ustawa Pzp ustanawia prymat trybów konkurencyjnych w procesie udzielania zamówień publicznych (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp). Zasadą więc winno być udzielanie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego albo nieograniczonego. Skoro tak, to jako wyjątek od reguły należy traktować sytuację, w której zamówienie publiczne udzielane jest w innym trybie. Zresztą wyjątkowość wykorzystania trybów niekonkurencyjnych w toku udzielania zamówienia publicznego wyartykułował sam ustawodawca stanowiąc, iż Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp).

Przechodząc do analizy przesłanek zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp odnotować należy, iż zgodnie z treścią powołanego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp nie wystarczy wykazać, że dostawa, usługa lub robota budowlana jest chroniona prawami wyłącznymi. Konieczne jest również wykazanie, że przedmiot zamówienia może być wykonany wyłącznie przez jednego wykonawcę. *"Przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny"* (uchwała KIO z dnia 31 grudnia 2010 r., KIO/KD 105/10).

Ochrona praw wyłącznych nie może wynikać z zawartej umowy, w której zamieszczone były postanowienia o ochronie tych praw (uchwała KIO z dnia 21 czerwca 2012 r., KIO/KD 52/12, www.uzp.gov.pl; oraz orzeczenie GKO z dnia 30 czerwca 2011 r., BDF1/4900/21/25/11/983, Biul. NDFP 2011, nr 3, poz. 8). Źródeł tej ochrony należy poszukiwać w ustawie, a nie w stosunku zobowiązaniowym.

Prawami wyłącznymi w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp są m.in. prawa własności rzeczy, a także prawa własności intelektualnej (prawa autorskie, patenty, wzory użytkowe, znaki towarowe). Zakres prawa wyłącznego musi obejmować wyłączne uprawnienie (z wyłączeniem innych osób) do korzystania z rzeczy lub innego dobra. W przypadku przesłanki "związanej z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów" zamawiający musi wykazać, że nie istnieją dostawy, usługi lub roboty budowlane mogące zastąpić dostawy, usługi lub roboty budowlane objęte prawem wyłącznym, spełniające określone potrzeby zamawiającego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku istnieje wielu wykonawców mogących wykonać zamówienie publiczne. Zamawiający musi zatem udowodnić, że tylko wykonawca zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki jest w stanie świadczyć dostawy, usługi lub roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia publicznego. Taki stan rzeczy musi być trwały. Ochrona praw wyłącznych musi wynikać z ustawy, a nie ze stosunku zobowiązaniowego.

W kwestii zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp na uwagę zasługuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale z dnia 7 kwietnia 2010 r., KIO/KD 23/10, www.uzp.gov.pl, zgodnie z którym *"nawet gdyby hipotetycznie nie doszło do faktycznego przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego to okoliczność ta nie mogłaby stanowić także przesłanki do skutecznego powołania się na dyspozycję określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy p.z.p. Autorskie prawa majątkowe, w odróżnieniu od praw osobistych, jako prawa zbywalne mogą być bowiem przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy przez renegotjacje umów zawartych z autorem. Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że przyjęcie iż jedynym wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotową umowę z uwagi na ochronę praw autorskich jest podmiot, który wykonał poprzednie umowy, mogłoby prowadzić do patologii rynku zamówień publicznych i akceptowania sztucznego monopolu. Można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający nie doprowadzają do przeniesienia autorskich praw majątkowych i wiążą się w ten sposób z konkretnym wykonawcą, który jako jedyny będzie mógł realizować przyszłe umowy o dużo większych wartościach niż umowa pierwotna. Podobne stanowisko wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 roku (sygn. akt II GSK 7/06), gdzie wskazano "praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej ręki mogłaby*

doprowadzić do omijania wymogów ustawy Prawa zamówień publicznych przez jednostki tego sektora, które zawierałyby umowy wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy.”

Przedmiotowy przepis znajduje więc zastosowanie jedynie w sytuacji, w której zamówienie może być wykonane przez jednego wykonawcę, a okoliczność powyższa wynika z konieczności ochrony praw wyłącznych na podstawie odrębnych przepisów. Przy czym zauważyć należy, że ustawodawca nie wskazał źródeł, statuujących prawa wyłączne, poprzestając jedynie na zastrzeżeniu, że źródłem tym mogą być wyłącznie przepisy prawa, nie zaś stosunek zobowiązaniowy.

Mając zaś na względzie, że to zamawiający, dokonując wyboru trybu postępowania, prowadzącego do udzielenia zamówienia publicznego, winien uzasadnić odstępnie od trybów konkurencyjnych na rzecz niekonkurencyjnego, ciężar udowodnienia, iż ziszczy się przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 ustawy Pzp) spoczywa na zamawiającym.

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności niniejszej sprawy zwrócić należy uwagę, że Zamawiający zaniechał wskazania jakichkolwiek praw wyłącznych, przysługujących wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o., istnienie których przesądzałoby, że jedynie ten wykonawca może zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zamawiający nie skonkretyzował tych praw (nie nazwał ich), nie wskazał również źródła ich powstania (konkretnych przepisów prawa), co powoduje, że nie sposób w ogóle mówić o istnieniu jakichkolwiek praw wyłącznych w odniesieniu do powołanego wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający powinien wykazać istnienie praw wyłącznych po stronie wykonawcy, a nie ograniczyć się jedynie do stwierdzenia, że takie prawa wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o. przysługują w obszarze objętym przedmiotem zamówienia. Powyższe przesądza o tym, że wobec braku wykazania istnienia praw wyłącznych, przysługujących wspomnianemu wykonawcy, nie dostarczono Izbie w ogóle substratu do oceny. Skoro bowiem Zamawiający nie wykazał, jakie *de facto* Wykonawcy prawa przysługują i z jakich przepisów są wywodzone oraz w jaki sposób zawarty stosunek zobowiązaniowy ukształtował korzystanie z rzeczonych praw, to po pierwsze, stwierdzenie istnienia praw wyłącznych nie jest możliwe, po drugie, tym bardziej nie jest możliwa ocena, czy ochrona wynikająca z tych praw przesądza o możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia jedynie przez wskazanego Wykonawcę.

Przedmiot zamówienia wydaje się wskazywać, że Wykonawcy mogłyby przysługiwać autorskie prawa majątkowe. Zważywszy zaś na okoliczność, że jak podał Zamawiający,

przedmiotem zamówienia jest zmodernizowanie serwerów środowiska IBM Mainframe, zmiana warunków licencyjnych na oprogramowanie systemowo-narzędziowe IBM Mainframe, rozszerzenie GDPS w oparciu o infrastrukturę SYSPLEX'U równoległego (objęcie rozwiązaniem GDPS dwóch dotychczas nim nieobjętych serwerów Mainframe), należałoby przyjąć, że przedmiotem zamówienia jest dokonanie pewnych zmian w utworze w rozumieniu prawa autorskiego. Na tym tle Zamawiający powinien wykazać, jaki jest sposób korzystania z dotychczasowego utworu i jakich pól eksploatacji dotyczy, a w konsekwencji, że określone ograniczenia dotyczące korzystania z utworu, wynikające z umowy, przesądzają o możliwości realizacji zamówienia przez jednego, wskazanego Wykonawcę.

Tymczasem Zamawiający tej kluczowej okoliczności nie wykazał. Począwszy od tego, że Zamawiający w ogóle nie konkretyzuje tych praw, a w konsekwencji nie wskazuje ich zakresu i przedmiotu ochrony. Zdziwienie budzi postępowanie Zamawiającego, który stara się ustalić zakres przysługujących mu praw na podstawie oświadczeń innych wykonawców. Zamawiający zupełnie pominął, że o przysługujących mu autorskich prawach majątkowych do utworu, który ma być zmieniony, rozstrzygają przepisy prawa i umowa regulująca tę materię, a nie oświadczenie IBM Polska Sp. z o.o.

Nawet, gdyby przyjąć, że mamy do czynienia z nowym utworem, choć wydaje się, że takie stanowisko nie jest uprawnione, bowiem przedmiot zamówienia stanowi pewną kontynuację w obszarze istniejącego utworu, to Zamawiający musiałby wykazać, że istnieje tylko jeden wykonawca, który może wytworzyć ten utwór. Z pewnością za niewystarczające dla wykazania tej okoliczności należy uznać przedstawienie oświadczenia IBM Polska Sp. z o.o. w tym przedmiocie. Jest to bowiem subiektywne stanowisko podmiotu zainteresowanego uzyskaniem zamówienia publicznego. Co więcej, dokument przedłożony przez tego Wykonawcę, w postaci gwarancji ograniczonej, nie potwierdza tezy Wykonawcy.

Trafne jest stanowisko Prezesa UZP, że Zamawiający nie wykazał, że przed udzieleniem zamówienia podjął niezbędne działania zmierzające do zweryfikowania rynku pod kątem potencjalnego wykonania przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty. Takiego dowodu nie może stanowić badanie rynku przeprowadzone w październiku 2014 r. Po pierwsze, badanie to zostało przeprowadzone po ponad roku od udzielenia przedmiotowego zamówienia i nie ma żadnej podstawy, żeby twierdzić, iż „*polityka IBM stosowana w 2013 r. była analogiczna do tej stosowanej w 2014 r.*” Po drugie, zapytanie zostały skierowane do kilku podmiotów wybranych przez Zamawiającego, a nadto z pominięciem wykonawcy S&T Services Polska Sp. z o.o., który zdaniem biegłego (uzupełnienie opinii), „*posiada wszystkie wymagane uprawnienia, kwalifikacje i możliwości do świadczenia tej usługi bez konieczności ich uzupełnienia.*”

Odnosząc się do kwestii wiedzy Zamawiającego na temat możliwości realizacji zamówienia, *pozyskanej przez pracowników Zamawiającego w ramach kilkunastoletniej*

współpracy zarówno z firmą IBM, jak i jej partnerami świadczącymi usługi dla ZUS, trafnie Prezes Urzędu wskazał na postępowanie na serwis *pogwarancyjny elementów i podzespołów środowiska Mainframe* oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2819/12). Wbrew twierdzeniom Zamawiającego postępowanie to nie zostało unieważnione z uwagi na fakt, że *dla realizacji zamawianych usług konieczne było zapewnienie wsparcia producenta IBM najpóźniej w dacie zawarcia umowy o zamówienie publiczne*, ale fakt, iż cena wybranej oferty przekraczała kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Warta odnotowania jest również okoliczność, że o ochronie utworu nie można w ogóle mówić na etapie przed jego powstaniem, a więc kiedy on nie istnieje. Nie sposób więc wywodzić praw wyłącznych do nieistniejącego utworu i na tej podstawie stwierdzić, że możliwe jest powierzenie wykonania zamówienia jednemu, konkretnemu podmiotowi.

Jedyną sytuacją, w której Zamawiający co do zasady mógłby udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie spornego przepisu, byłaby ta, gdy realizacja zamówienia, stanowiącego przedmiot kontroli, wiązałaby się z wykorzystaniem pól eksploatacji utworu już istniejącego, co do których nie nastąpiło przeniesienie autorskich praw majątkowych. Okoliczności tej jednak Zamawiający nie wykazał.

Jednakże zważywszy na fakt, iż przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły i należy go interpretować w sposób ścisły, a autorskie prawa majątkowe mogą być przedmiotem obrotu, należy dojść do przekonania, że ewentualne wywodzenie potrzeby ochrony praw autorskich, a tym samym konieczności udzielenia zamówienia autorowi jako jedynemu wykonawcy również nie znalazłoby uzasadnienia, zważywszy na fakt, że zamawiający ma instrumenty, aby zapobiec takiej sytuacji, może bowiem nabyć autorskie prawa majątkowe.

Dalej odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego wskazać należy, że samo zawiadomienie o wszczęciu postępowania w sprawie o zamówienie publiczne nie rodzi skutku w postaci zaistnienia domniemania, iż w danym miejscu i czasie istnieje tylko jeden wykonawca mogący świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia, szczególnie w przypadku, gdy z uzasadnienia nie wynika zasadność zastosowania wskazanego przez Zamawiającego trybu.

Takiego dowodu nie może również stanowić zamieszczenie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*. Okoliczność, że żaden wykonawca nie zakwestionował wyboru trybu dokonanego przez Zamawiającego pomimo, iż ten dokonał publikacji ogłoszenia o zamiarze

zawarcia umowy ex ante, nie przesądza o tym, że wybór trybu był właściwy i tylko jeden wykonawca był w stanie zrealizować zamówienie.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach podkreślił, że „o możliwości świadczenia usług przez poszczególne podmioty decyduje polityka korporacyjna IBM, na którą Zamawiający nie miał i nie ma wpływu”, nie jest zatem uprawnione odkodowywanie uprawnień podwykonawców czy też resellerów na podstawie *Warunków Ograniczonej Gwarancji*. Należy jednak przypomnieć Zamawiającemu, że treść przedmiotowej gwarancji stanowiła załącznik do pisma z dnia 9 maja 2013 r., w którym Wykonawca oświadczył, że jest jedynym podmiotem uprawnionym do realizacji przedmiotu zamówienia i wtenczas Wykonawca ten nie uczynił zastrzeżenia, że są to warunki ogólne gwarancji, nieuwzględniające zakresu autoryzacji poszczególnych partnerów handlowych IBM. Zatem, stanowisko wykonawcy IBM Sp. z o.o. z dnia 9 grudnia 2015 r. należy traktować jedynie jako przygotowane na potrzeby niniejszej kontroli, w celu obrony Zamawiającego, a w konsekwencji i interesów Wykonawcy. Nadto, twierdzenia Zamawiającego i Wykonawcy pozostają w opozycji do twierdzeń biegłego, którego opinia nie została zakwestionowana.

Za nieprzekonujące, w świetle wydanej przez biegłego opinii należy uznać również twierdzenia Zamawiającego, że nie było możliwości podzielenia zamówienia na części, a nawet, gdyby taka istniała, to wszystkie części zamówienia mógłby wykonać jedynie wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. W tym kontekście zwraca uwagę fakt, że jest to stanowisko Zamawiającego niczym nieoparte. Za rozstrzygające nie można uznać twierdzeń IBM Polska Sp. z o.o. wyartykułowanych w tym przedmiocie, skoro Wykonawca ten był zainteresowanym uzyskaniem zamówienia, a na etapie kontroli zmierza do wykazania słuszności decyzji podjętych przez Zamawiającego, również we własnym interesie. Natomiast, co istotne, Zamawiający ani Wykonawca nie podejmują nawet polemiki ze stanowiskiem biegłego zajęтым w opinii.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż powołany biegły nie posiada wiedzy z zakresu badanego postępowania, wskazać należy, że czynności biegłego w przedmiotowym postępowaniu wykonywał biegły sądowy z dziedziny informatyki. Z mocy § 12 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz. U. Nr 15, poz. 133), biegłym może być ustanowiona osoba, która w szczególności posiada teoretyczne i praktyczne wiadomości specjalne w danej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, a także innej umiejętności, dla której ma być ustanowiona i daje rękojmię należytego wykonywania obowiązków biegłego. Posiadanie wiadomości specjalnych powinno być wykazane dokumentami lub innymi dowodami. Ocena, czy

posiadanie wiadomości specjalnych zostało dostatecznie wykazane, należy do prezesa (§ 12 ust. 2 powołanego rozporządzenia).

W świetle przywołanych regulacji nie sposób stwierdzić, że ocena Prezesa Sądu w odniesieniu do powołanego biegłego co do posiadania wiadomości specjalnych była błędna. Sam Zamawiający nie wskazał, na podstawie czego wywodzi o niedostatecznej wiedzy biegłego. Jednocześnie za całkowicie nieuprawniony należy uznać zarzut co do braku znajomości polityki korporacyjnej IBM. Strategia i polityka wewnętrzna danej firmy nie mieści się w zakresie wiadomości specjalnych. Natomiast, jeśli z tych okoliczności miałyby wynikać istotne dla sprawy okoliczności, to rolą Zamawiającego, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, było ich przedstawienie. Wszelkie zaniechania w tym przedmiocie mogą obciążać jedynie Zamawiającego.

Zamawiający podniósł również, że *„oparcie opinii na analizie wybranych dokumentów i zapisów na stronach internetowych bez dogłębnej znajomości wszystkich okoliczności związanych z przedmiotowym zamówieniem, może budzić wątpliwości co do poprawności i rzetelności przedstawionej opinii.”* Odnosząc się do powyższego twierdzenia zwrócić należy uwagę, że Zamawiający wskazując na rzekomy brak poprawności i rzetelności sporządzonej opinii nie wnosił o jej uzupełnienie czy też ewentualnie o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, ale co najważniejsze, nie wskazał mankamentów tej opinii. Trudno na podstawie ogólnych sformułowań Zamawiającego o braku znajomości przedmiotu zamówienia przesądzić o jej dyskwalifikacji.

W tym miejscu warto przytoczyć tezę z wyroku SN z dnia 15 lutego 1974 r., sygn. akt: II CR 817/73, LEX nr 7404: *„Dowód z opinii biegłego jak i instytutu ma szczególny charakter, a mianowicie korzysta się z niego w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Do dowodów tych nie mogą więc mieć zastosowania wszystkie zasady o prowadzeniu dowodów a w szczególności art. 217 § 1 k.p.c. W konsekwencji nie można przyjąć, że Sąd obowiązany jest dopuścić dowód z kolejnych biegłych czy też z opinii instytutu w każdym wypadku, gdy opinia złożona jest niekorzystna dla strony. W świetle art. 286 k.p.c. Sąd ma obowiązek dopuszczenia dowodu z dalszych biegłych lub z opinii instytutu, gdy zachodzi tego potrzeba, a więc wówczas gdy opinia złożona już do sprawy zawiera istotne braki, względnie też nie wyjaśnia istotnych okoliczności.”*

Wreszcie Zamawiający zarzucił, że *„w sytuacji, kiedy biegły nie wskazuje żadnych podmiotów mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie a przedstawia jedynie hipotetyczne rozważania (...) nie upoważnia do tak jednoznacznych stwierdzeń przedstawionych w Informacji o wyniku kontroli.”* W odpowiedzi na powyższe ponownie należy zwrócić uwagę Zamawiającemu, że biegły wskazał m.in., że wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o. *„posiada wszystkie wymagane uprawnienia, kwalifikacje i*

możliwości do świadczenia tej usługi bez konieczności ich uzupełnienia”, której to tezie Zamawiający nie starał się nawet zaprzeczyć. Co więcej, biegły wskazał źródła, na podstawie których sformułował powyższy wniosek, z czym Zamawiający również nie polemizował.

Za całkowicie niezrozumiałą należy uznać jak się wydaje zarzut, że Prezes UZP zaniechał możliwości skorzystania z przepisu art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym nie uzyskał od podmiotów trzecich wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli. Zamawiający nie wskazał nawet, wyjaśnienia jakich podmiotów byłyby niezbędne dla prawidłowej oceny kontrolowanego postępowania.

Resumując stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał, że wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. posiada jakiegokolwiek prawa wyłączne, a tym bardziej prawa, z którymi wiąże się konieczność wykonania zamówienia jedynie przez tego wykonawcę. Po pierwsze, rolą Zamawiającego było wykazanie konkretnych praw wyłącznych po stronie tego Wykonawcy, mających swoje zakotwiczenie w przepisach prawa. Po drugie, niezbędne było wykazanie faktu istnienia tych praw jako przesądzającego wykonanie zamówienia przez ten jeden właśnie podmiot. Obowiązku tego Zamawiający nie udźwignął. Poza oświadczeniem podmiotu zainteresowanego w sprawie Zamawiający nie przedstawił żadnych dokumentów wskazujących na słuszność podjętej decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia.

W tym miejscu podkreślić wypada, że badanie okoliczności istotnych dla spełnienia przesłanek wymienionych w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp należy do Zamawiającego, który w sposób obiektywny winien je ustalić, a nie polegać na stanowisku Wykonawcy, zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. Poza tym, co istotne, przedmiot zamówienia wiązał się ze zmianą utworu już posiadanego, zatem Zamawiający dla prawidłowego ustalenia przysługujących mu prawa winien ustalić zakres korzystania z utworu (pola eksploatacyjne), w świetle posiadanych dokumentów i na tej podstawie wywieść i wykazać Izbie rodzaj i zakres przysługujących ewentualnie Wykonawcy praw wyłącznych.

Zwraca uwagę również i ta okoliczność, że Zamawiający w istocie nie podejmuje polemiki z opinią biegłego, w celu wykazania chociażby jej niekompletności czy też niepoprawności, nierzetelności. Zamawiający choć z wnioskami sformułowanymi przez biegłego nie zgadza się, to jednak poprzestaje wyłącznie na ogólnym stwierdzeniu o braku wiedzy biegłego i znajomości przedmiotu zamówienia. Powyższe nie mogło jednak prowadzić do podważenia opinii biegłego.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby, wyraził opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....