

Sygn. akt KIO/KD 56/15

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 października 2015 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 2 października 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych

do Informacji z dnia 25 września 2015 r. (znak: UZP/DKD/WKZ 421/45(3) /15/KG od wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „Opieka serwisowa sprzętu i oprogramowania HP” art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] z uwagi na niezasadne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Grzegorz Matejczuk
Aneta Młacka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolonej ręki podano w szczególności, że Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na opiekę serwisową sprzętu i oprogramowania HP przekazał w dniu 23 października 2013 r. zaproszenie do negocjacji firmie Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej: „HP”. Umowa nr 1036262/2013 została zawarta z tym wykonawcą w dniu 20 listopada 2013 r. na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a) ustawy, Pzp. Z protokołu postępowania wynika, że opieka serwisowa dotyczyła następującego sprzętu i oprogramowania:

Lp.	Nazwa	Okres	Grupa	Poziom serwisu
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 - do 30.09.2016	Serwery RX 6600	Data Center 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 któregośkolwiek 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. 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 Storage works 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 także, 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 nadmieniał, że nie nabył praw autorskich ani kodów źródłowych do oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia.

Prezes Urzędu mając na uwadze taki stan faktyczny, w pierwszej kolejności stwierdził, że (...) 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 Pzp. 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. Zdaniem Prezesa, 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. Dalej podano, że 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. 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, oraz 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.* Prezes Urzędu powołał się również na uchwałę 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.* Zdaniem Prezesa, 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. Dodał, że w związku z wartością zamówienia weryfikacja rynku objęłaby również rynek europejski oraz zauważył, że w zakresie serwisu sprzętu komputerowego oraz oprogramowania firmy Hewlett Packard przeprowadzane były i są postępowania w procedurze konkurencyjnej. Przykładowo wymienił 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 Prezes Urzędu stwierdził, że 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 stwierdził, że 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.

W zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający w szczególności podał, że w ocenie ZUS dokonane przez Kontrolującego ustalenia i przedstawione uzasadnienie na ich poparcie, nie uprawniają do stwierdzenia, że Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art.67 ust.1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Kontrolowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, swoim przedmiotem obejmowało uzyskanie przez ZUS usługi IT w zakresie serwisu sprzętu i oprogramowania złożonego architektonicznie środowiska, stanowiącego część ogromnej i heterogenicznej infrastruktury techniczno-systemowej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, na którym realizowane są główne, statutowe zadania ZUS. W skład całego środowiska, tj. sprzętu i oprogramowania, którego dotyczyły usługi będące przedmiotem postępowania, wchodziły kompleksy serwerów Superdome klasy enterprise, macierze dyskowe, biblioteki taśmowe, przełączniki SAN, a także oprogramowanie klastrowe oraz replikujące dane pomiędzy macierzami w dwóch ośrodkach. Środowisko opisane w zdaniu poprzedzającym funkcjonuje jako jedna całość logiczna, na której działają kluczowe systemy ZUS takie jak Elektroniczna Platforma Wymiany Danych (27 hostów, 76 paczek klastra), środowisko oddziałowe (44

hosty, 88 motorów baz danych), Platforma Usług Elektronicznych (motor repliki), system backupowy platformy UNIX w ZUS (dwa hosty), który archiwizuje dane ze środowisk, poza wyżej wymienionymi, również z pozostałego obszaru KSI, Systemu Wspomagania Ekonomiki Zakładu, środowisk przedprodukcyjnych i testowych. Całość została zaimplementowana w metro klastrach niezawodnościowych rozpiętych pomiędzy dwoma ośrodkami Centralnego Ośrodka Obliczeniowego i Zapasowego Centralnego Ośrodka Obliczeniowego. Wszystkie dane są replikowane synchronicznie pomiędzy macierzami dwóch ośrodków, a sterowanie automatyczne skonfigurowane jest na poziomie klastrów. Backupy danych wykonywane są synchronicznie na biblioteki w obu ośrodkach (dwie kopie), a system backupowy również umieszczony jest w wymienionym środowisku klastrowym. Wykorzystywane są również mechanizmy kopii biznesowych. Wszystkie elementy opisywanej architektury współdzielą te same macierze oraz sieć SAN. W ramach platformy UNIX w ZUS wykorzystywana jest technologia GiCAP, która umożliwia automatyczne przemieszczanie mocy (aktywacja/dezaktywacja CPU) pomiędzy kompleksami (również pomiędzy ośrodkami). Jest to technologia, która działa na pograniczu sprzętu i systemów operacyjnych, a której automatyzacja została zaimplementowana w konfiguracji klastrów niezawodnościowych. Kompleksowe środowisko zbudowane jest na sprzęcie firmy HP, która jest również producentem systemu operacyjnego. Wiele zmian zaimplementowanych w jednym z tych obszarów, wymaga korelacji działań w pozostałych, np. wymiana w czasie naprawy jednego z podzespołów Superdome może wiązać się z koniecznością aktualizacji mikrokodów, a w dalszej konsekwencji również systemu operacyjnego. Również działania prewencyjne, które realizowane są w ramach odpowiedniej umowy serwisowej dotyczącej tego środowiska, sprowadzają się w wielu przypadkach do aktualizacji mikrokodów oraz systemów operacyjnych. Ze względu na złożoność i wielkość środowiska, które jest unikalne w skali kraju, oraz wysoką jego krytyczność (środowisko KSI ZUS zostało wpisane na listę infrastruktury krytycznej państwa) Zakład - mając na względzie potrzebę zapewnienia niezawodności świadczenia usługi - musi udzielić zamówieniu podmiotowi uprawnionemu do świadczenia tego rodzaju usług, wiarygodnemu i spełniającemu warunki wskazane w art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. Takim Wykonawcą na rynku był tylko HP. Dalej podał, że przedmiotowe postępowanie obejmowało swoim przedmiotem serwis urządzeń i oprogramowania firmy HP w zakresie m.in.: Serwerów HP Superdome wraz z oprogramowaniem HP UX i przełączników będących integralną częścią serwera, Macierzy XP wraz z oprogramowaniem będącym integralną częścią macierzy, Biblioteki EML wraz z oprogramowaniem będącym integralną częścią biblioteki, Oprogramowania HP OV Data Protector, Oprogramowania HP Storage Essentials, oraz Serwera HP rx6600 wraz z oprogramowaniem HP UX będącym integralną częścią serwera. Dalej podał, że sprzęt objęty zamówieniem jest nierozdzielnie związany z wbudowanym oprogramowaniem, systemem operacyjnym i oprogramowaniem

narzędziowym. Są to wysokiej klasy dedykowane rozwiązania o zamkniętej architekturze (podobne do rozwiązań klasy np.: IBM Mainframe czy Oracle Exadata). Oznacza to, że na sprzęcie tym nie można zainstalować innego oprogramowania w taki sposób, aby działało ono poprawnie i odwrotnie, oprogramowanie to nie zadziała na sprzęcie innego typu niż dedykowany. W szczególności np. serwer Superdome działa wyłącznie z systemem HP - UX. Nie ma technicznej możliwości, zainstalowania ww. oprogramowania lub przeniesienia licencji na inny typ serwera. Nie ma też możliwości zainstalowania innego systemu operacyjnego na serwerze Superdome. Identyczną sytuację mamy w przypadku macierzy XP, bibliotek itd. Wyżej wymienione informacje zawarte zostały w dokumentacji technicznej producenta i potwierdzone wieloletnim doświadczeniem Zamawiającego. Powyższe dowodzi, że sprzęt i oprogramowanie objęte postępowaniem są nierozdzielnie ze sobą związane. Podkreślił, że modyfikacji zintegrowanego ze sprzętem oprogramowania może dokonać tylko i wyłącznie producent oprogramowania, tj. HP, z uwagi na konieczność dostępu do kodu źródłowego oraz uwzględniając ochronę własności intelektualnej. Wymagane przez Zamawiającego poprawki i nowe wersje oprogramowania może przygotować jedynie producent HP, który jest właścicielem kodu źródłowego. Idąc dalej, nikt poza producentem nie jest w stanie wygenerować nowego klucza aktywacyjnego dla oprogramowania w przypadku podnoszenia jego wersji. Również zwrócił uwagę, że Zamawiający wykorzystuje bardzo zaawansowane funkcjonalności sprzętu i oprogramowania HP (między innymi na serwerach Superdome wykorzystywane są mechanizmy dynamicznego przenoszenia mocy tzw. GiCAP). Tak dużych i zaawansowanych technicznie instalacji na świecie jest tylko kilka. Z tego powodu Zamawiający wymagał w Zamówieniu wsparcia centrum kompetencyjnego w zakresie sprzętu i oprogramowania HP, a także dostępu do bazy wiedzy. Żadna inna firma nie posiada i nie utrzymuje centrum kompetencyjnego w zakresie sprzętu i oprogramowania HP, gdyż nie ma dostępu do kodów źródłowych i patentów HP wykorzystywanych w tych rozwiązaniach - takie centrum istnieje jedynie w HP. Zdaniem ZUS, dla prawidłowej oceny całości zagadnienia ważne jest zrozumienie zakresu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wymagał usług w zakresie eksploatacji, zarządzania czy rekonfiguracji systemów. Zamawiający wymagał diagnozy, naprawy, modyfikacji oprogramowania oraz zmiany mikro-kodów. Takie usługi mogą być realizowane tylko przez producenta. Odnosząc się jednocześnie do uwagi zawartej w Informacji, że realizacja zamówienia nie wiązała się z dostępem lub modyfikacją kodu źródłowego oprogramowania związanego z przedmiotem zamówienia, podnieść należy, że Zamawiający nie wymagał dostępu do kodów źródłowych oprogramowania w tym znaczeniu, iż nie potrzebował mieć fizycznego dostępu/wglądu do kodu źródłowego. Oprogramowanie objęte postępowaniem jest oprogramowaniem standardowym, a nie oprogramowaniem dedykowanym dla Zamawiającego. Nie zmienia to jednak faktu, że podmiot wykonujący

zamówienie (w szczególności dostarczający poprawki i nowe wersje oprogramowania) nie byłby w stanie wykonać przedmiotu zamówienia bez dostępu do kodu źródłowego. Niewątpliwie jednak, Wykonawca umowy możliwość taką musi bezwzględnie posiadać, inaczej niemożliwe (i sprzeczne z przepisami o własności intelektualnej) byłoby świadczenie przedmiotowej usługi dla ZUS. Reasumując stwierdził, że z uwagi na powyższe jedynym podmiotem będącym w stanie wykonać zamówienie była firma HP, co dodatkowo potwierdził wykonawca poprzez złożenie stosownego oświadczenia oraz, że Zakład udzielając przedmiotowego zamówienia, miał na uwadze, że podstawą zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, który jako jedyny z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jest zdolny do realizacji danego zamówienia. Ponadto względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak aby można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, i że ta okoliczność ma charakter nieprzezwykłalny.

W ocenie Zamawiającego zaistniały stan faktyczny potwierdzał spełnienie przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a), w związku z czym uprawniał Zamawiającego do jego zastosowania i udzielenia zamówienia na rzecz HP. ZUS stwierdził, że Kontrolujący ocenił nieprawidłowo spełnienie powyższej przesłanki, poprzedzając swoje stanowisko niekompletną oceną okoliczności faktycznych i prawnych. Jego zdaniem, pojęcie jednego wykonawcy należy rozumieć w sensie obiektywnym i odnosić je do sytuacji, w której w danym miejscu i w zasadzie na danym rynku występuje tylko jeden taki wykonawca - monopolista (tak: wyrok SN z 6 lipca 2001 r., III RN 16/2001, LexPolonica nr 2318425, OSNAPIUS 2001, nr 22, poz. 657). Przesłanka odnosząca się do wymogu funkcjonowania tylko jednego wykonawcy, wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp nie oznacza jednak wykonawcy, który jako jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który - obiektywnie rzecz biorąc - jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać. Nie można zatem stosować trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie jest zasadne domniemanie, że istnieje więcej niż jeden wykonawca mogący świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia. ZUS wskazał, że zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2015 r. (Sygn. akt I ACa 1201/14) „pojęcia „przyczyn technicznych” w rozumieniu powyższego przepisu nie należy bowiem utożsamiać z pojęciem „przyczyn technologicznych”, zatem nie chodzi tu wyłącznie o umiejętności i możliwości specjalistyczne, lecz również względy logistyczne i organizacyjne pozwalające na ich

wykorzystanie w określony sposób, a więc także dającą się przewidzieć i oszacować sprawność wykonawcy /dostawcy w realizacji zamówienia". Zwrócił uwagę, że w sprawie przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu, owe względy logistyczne i organizacyjne oraz wspomniane wyżej prawa własności intelektualnej przekładały się w sposób zasadniczy na jakość, niezawodność i możliwość wykonania usług dotyczących - jak wyżej wskazano - środowiska o istotnym znaczeniu dla realizacji statutowych zadań ZUS i krytycznych z punktu widzenia funkcjonowania Państwa. Potwierdzeniem, choć nie wyłącznym (co wynika z powyżej przedstawionych twierdzeń), istnienia tylko jednego wykonawcy, zdolnego do realizacji przedmiotowego zamówienia, było uzyskane przez ZUS oświadczenie firmy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., z dnia 15 lipca 2013 r., z treści którego wynika, iż Spółka ta jest jedynym podmiotem uprawnionym do świadczenia na terenie Polski usług będących przedmiotem zamówienia dokonanego przez ZUS. Wskazane oświadczenie należy zaliczyć do kategorii oświadczeń wiedzy, mających charakter potwierdzenia faktów. Należy bezsprzecznie przyjąć, że podpisujący je prokurent spółki uprawniony do występowania w jej imieniu posiada wiedzę o tym, ile i jakie podmioty miały wykupione od HP usługi wsparcia technicznego w zakresie oprogramowania i dalej idącego zakresu serwisu, którego oczekiwał ZUS. Z oświadczenia jasno wynika, że HP nie autoryzowała żadnego partnera biznesowego do świadczenia usług serwisowych w zakresie sprzętu i oprogramowania wymienionego w tym dokumencie. Dlatego decyzja w sprawie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki była w pełni uprawniona i podjęta w oparciu nie tylko o analizę przedmiotowego oświadczenia, ale jako logiczne następstwo wiedzy pracowników ZUS 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. Reasumując stwierdził, że z przedstawionych powodów ZUS miał pełne podstawy, aby uznać prawdziwość (niewadliwość tj. zgodność ze stanem faktycznym) złożonego oświadczenia i przyjąć, iż Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o. jest jedynym podmiotem mogącym zrealizować podmiotowe zamówienie. Ponadto ZUS - biorąc pod uwagę powyższe względy oraz niebudzącą wątpliwości treść oświadczenia HP Polska Sp. z o. o. z dnia 15 lipca 2013 r. - mógł (dodatkowo w sposób uprawniony przedstawionymi powyżej okolicznościami) przyjąć, że jedynie HP Polska Sp. z o. o. jest owym „jedynym wykonawcą”. Powyższe potwierdzały również względy logistyczne (związane ze złożonością i przeznaczeniem środowiska, którego miały dotyczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia) i organizacyjne (dotyczących wywodzonej z treści oświadczenia „wyłącznie” działania HP Polska Sp. z o. o. na terytorium RP). Zauważył również, że w dacie przygotowywania wniosku o przeprowadzenie przedmiotowego Postępowania (wrzesień 2013 r.), nie było żadnych podstaw do kwestionowania oświadczenia z dnia 15

lipca 2013 r., ani też do przyjęcia założenia, że składając oświadczenie wykonawca HP Polska Sp. z o. o. wprowadził przedstawicieli ZUS w błąd. Opierając się na treści oświadczenia, ale i uwzględniając przedstawione powyżej względy techniczne i wiedzę Zamawiającego, ZUS prawidłowo skorzystał z przesłanki przewidzianej dyspozycją art. 67 ust, 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Zamawiający swoją decyzję oparł bowiem nie tylko na oświadczeniu firmy HP, ale również na wiedzy o aspektach technicznych produktów (przedstawionych powyżej), znajomości realiów rynkowych (w tym analiza postępowań innych instytucji publicznych) i prawa w zakresie własności intelektualnej, własnym szerokim doświadczeniu z obszaru IT oraz z historycznych zamówień o tożsamym zakresie. W ocenie Zamawiającego, w zakresie produktów jak powyżej, jedynym podmiotem mającym techniczne możliwości zrealizowania pełnego zakresu zamówienia, bez łamania prawa do własności intelektualnej, jest firma HP. Dodał, że nie jest to pierwsze zamówienie tego rodzaju udzielane w tym trybie przez Zamawiającego. We wcześniejszych latach (przed zmianą przepisów Pzp) Zamawiający uzyskiwał zgodę UZP na przeprowadzenie tego typu zamówienia z wolnej ręki. Po zmianie stanu prawnego nadal realizował postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, informując Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o tym fakcie i nie otrzymując zwrotnie żadnych zastrzeżeń. W ówczesnym czasie (2013 r.) nie zaszły żadne istotne zmiany, co do stanu faktycznego, które uzasadniałyby zmianę trybu postępowania. Dodatkowo podał, że umowy - Nr 7984/0/993200/1/2010 z dnia 14 grudnia 2010 r. oraz Nr 4743/0/993200/1/2012 z dnia 23 lipca 2012 r. - zostały zawarte właśnie z producentem rozwiązań serwerowych HP Polska Sp. z o.o. w trybie „z wolnej ręki” w oparciu o analogiczne oświadczenia producenta, jak przy umowie kontrolowanej. Zamawiający wskazał, że dla oceny okoliczności faktycznych istotna jest umowa TZ/370/57/08 z 2008 roku na modernizację i serwis serwerów HP Superdome, która także zawarta została w trybie „z wolnej ręki” w oparciu o oświadczenie producenta rozwiązań. Zauważył, że ta umowa, jak i cała procedura przetargowa prowadząca do jej zawarcia, była wielokrotnie kontrolowana przez różne organy, ze względu na dofinansowanie jej przedmiotu ze środków unijnych. Podał także, że w zakresie zastosowanych przez ZUS procedur i przedmiotu zawartej umowy przeprowadzone zostały kontrole sprawdzające:

1. czerwiec - lipiec 2009 r. - Władza Wdrażająca Programy Europejskie - weryfikacja dokumentów przetargowych przed zatwierdzeniem kwalifikowalności wydatków;
 2. 05.05 - 31.05.2010 r. - Urząd Kontroli Skarbowej - potwierdzenie prawidłowości stosowania procedury zamówień publicznych;
 3. 24 - 25.06.2010 r. - Władza Wdrażająca Programy Europejskie;
 4. czerwiec 2012 r.- kontrola przedstawicieli Komisji Europejskiej;
 5. 12 - 14.06.2012 r.- Grupa Gomułka - Audyt Sp. z o.o. kontrola na zlecenie WWPE;
- które nie wykazały żadnych nieprawidłowości. W żaden sposób nie została zatem

podważona zasadność udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w tym na podstawie złożonego oświadczenia przez HP Polska Sp. z o. o. Nie była również kwestionowana jego wiarygodność. Niezależnie od powyższego podniósł, że podstawą do kwestionowania zastosowanego przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki była okoliczność, że "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. Dodał, że w związku z wartością zamówienia weryfikacja rynku objęłaby również rynek europejski." Reasumując stwierdził, że zarzut Prezesa UZP co do nieprawidłowego zastosowania przez ZUS trybu z wolnej ręki, sprowadza się do twierdzenia, że gdyby Zamawiający zastosował tryb konkurencyjny i zamieścił publicznie stosowną informację, to ewentualnie mogliby w przetargu wziąć udział inni Wykonawcy. Zarzut ten jest o tyle nieuzasadniony, iż Prezes UZP – jego zdaniem - całkowicie pominął fakt, iż Zamawiający zamieścił w tym przypadku ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, które co do zasady funkcjonalnie spełnia ten sam cel, co ogłoszenie o wszczęciu postępowania w trybie konkurencyjnym. Zwrócił uwagę na fakt, iż polski ustawodawca - w celu implementacji postanowienia art. 3a dyrektywy odwoławczej - wprowadził do ustawy Pzp art. 62 ust. 2a oraz art. 66 ust. 2, które to odnoszą się do publikacji ogłoszeń o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Jego zdaniem, wskazany art. 66 ust. 2 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. Dodał, że wobec opublikowania takiego ogłoszenia przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz. U. UE), weryfikacja rynku w przedmiotowym postępowaniu objęta 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 Dz. U. UE 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. Publikacja w Dz. U. UE ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante ma przecież za zadanie umożliwienie potencjalnym

Wykonawcom pozyskanie informacji o zamiarze Zamawiającego udzielenia 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. Dalej podał, że stanowisko Zamawiającego jest zgodne ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, który pierwotnie uzasadniając wprowadzenie art. 62 ust. 2a oraz art. 66 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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. Wskazał, że stanowisko to Urząd podtrzymał i upublicznił również w Informatorze Zamówień Publicznych nr 6 z grudnia 2009 r. Zdaniem ZUS, porównywalność wymienionych w Informacji o wynikach kontroli postępowań przeprowadzanych przez PFRON w roku 2015 i 2013, jako dowód możliwości przeprowadzenia postępowania z tego zakresu, w procedurze konkurencyjnej uzależniona jest silnie od tożsamości zakresu zamówienia. Tymczasem przedmiot postępowań w zakresie sprzętu i oprogramowania HP w postępowaniach PFRON (2015 i 2013) nie jest tożsamy z zakresem w ZUS. Zasadniczą różnicą jest brak serwerów Superdome z oprogramowaniem HP - UX. Serwer Superdome jest najwyższym modelem serwera HP, ma inną i bardziej złożoną architekturę niż pozostałe serwery tego producenta. Serwery HP9000/RXxxxx (wymagane przez PFRON) są serwerami z „niższej” półki oraz starszej generacji. Serwery HP9000/RXxxxx (wymagane przez PFRON) nie posiadają pełnej funkcjonalności oprogramowania HP-UX (np. funkcjonalności GiCAP - dynamicznego przenoszenia zasobów - funkcjonalność intensywnie wykorzystywana w ZUS). Brak jest ponadto (w postępowaniu PFRON) macierzy klasy XP. PFRON wykorzystuje bardzo popularne macierze EVA i 3PAR (macierze klasy midrange), w odróżnieniu od ZUS, który wykorzystuje macierze klasy XP (zaawansowane macierze klasy high-end). Jest to całkowicie inny produkt, inna technologia, inne reguły obsługi serwisowej sprzętu i inna polityka producenta. Z kolei w zakresie postępowania PFRON brak jest oprogramowania HP Storage Essentials. Zamówienia PFRON natomiast obejmują sprzęt i oprogramowanie HP, ale również oprogramowania MFW Sec.QR-Gateway QR-CERT oraz Sec.QR MCL (oprogramowanie firmy MAŁKOM), oprogramowanie SUSE (open source), oprogramowanie SNORT (open source), oprogramowanie Squid, oprogramowanie Vmware (producent Vmware) oraz sprzęt firmy Cisco (postępowanie z roku 2013). Ponadto PFRON w odróżnieniu od ZUS serwisuje również bardzo dużą ilość sprzętu klasy niższej, systemów

otwartych i standardowych np. serwery typu x86 (blade i stelażowe), przełączniki czy UPS-y. Podsumowując stwierdził, że postępowania w PFRON obejmują sprzęt i oprogramowanie wielu producentów. Ich zakres jest, mimo podobnej nazwy postępowania, zdecydowanie różny i obejmuje sprzęt dalece mniej zaawansowany technologicznie od sprzętu i oprogramowania zawartego w zamówieniu ZUS. Przytoczone wyżej argumenty wskazują na nieadekwatność wymienionych postępowań, jako przykładów analogicznych do ZUS. Dodatkowo podkreślił, że mimo zastosowania procedury konkurencyjnej oraz nieporównywalnego zakresu we wskazanym przykładzie (PFRON w 2013 roku), jedynym podmiotem, który złożył ofertę było również HP. Podniósł również, że po otrzymaniu wyniku kontroli Prezesa UZP, ponownie zwrócił się do firmy HP z wnioskiem o udzielenie odpowiedzi co do okoliczności, czy w 2013 r. wyłącznie firma HP była uprawniona do realizacji przedmiotu zamówienia objętego niniejszą kontrolą oraz, czy zakres zamówienia nabywanego przez PFRON - podany jako referencyjny w stosunku do zamówienia ZUS - mógł być realizowany wyłącznie przez HP. Z udzielonej odpowiedzi - dokument w załączeniu - wynika, co następuje: „1) *Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. jako spółka działająca w Polsce, posiadała w 2013 roku autoryzacje i certyfikaty producenta sprzętu komputerowego i oprogramowania marki Hewlett Packard wymagane do świadczenia kompleksowych, pogwarancyjnych usług serwisowych wobec: a) Serwerów HP Superdome; b) Macierzy HP XP; c); biblioteki HP EML; d) Oprogramowania HP OV Data Protector; e) Oprogramowania HP Storage Essentials oraz e) Serwera HP rx6600; 2) w 2013 roku nie było innych podmiotów autoryzowanych przez producenta sprzętu komputerowego i oprogramowania marki Hewlett Packard do świadczenia na terytorium Polski kompleksowych, pogwarancyjnych usług serwisowych wobec powyższego sprzętu i oprogramowania; 3) w 2013 roku nie prowadziło i nie prowadzi nadal programu certyfikacji i autoryzacji partnerów serwisowych w zakresie świadczenia kompleksowych usług serwisowych do wyżej wymienionego sprzętu i oprogramowania; 4) Partnerzy serwisowi autoryzowani w zakresie innych grup produktowych (takich jak np. serwery Proliant, macierze EVA lub 3PAR) nie posiadają autoryzacji producenta do świadczenia kompleksowych usług serwisowych w zakresie sprzętu i oprogramowania wymienionego powyżej i będącego w posiadaniu ZUS. ” Powyższe potwierdza, iż tylko HP mógł w 2013 r. realizować przedmiot zamówienia objęty niniejszą kontrolą Prezesa UZP. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, Prezes Urzędu przeprowadzając kontrolę doraźną oraz dokonując oceny prawidłowości działania Zamawiającego oparł się na opinii biegłego, pomimo, iż opinia ta zawiera jedynie ogólne twierdzenia, niewynikające z rzetelnie przeprowadzonej analizy przedmiotu zamówienia i technicznych możliwości jego realizacji przez więcej niż jeden podmiot. Biegły przedstawił swoje tezy bez przeprowadzenia jakiegokolwiek wnioskowania i przywołania jakichkolwiek dowodów, formułując a priori określone tezy. Z treści Informacji wynika, że Prezes UZP przyjął opinię Biegłego za*

kluczowy i, jak można domniemywać, jedyny dowód w sprawie, a Biegły, jak wskazuje przekazana opinia, oparł się na źródłach wiedzy absolutnie nieadekwatnych do oceny skomplikowanego pod względem technicznym przedmiotu zamówienia - encyklopedii PWN, encyklopedii pojęć komputerowych i ogólnie Internecie, co z założenia czyni, że opinię tę trudno u/mu jako profesjonalną. Ocena tak wyrafinowanej technicznie materii przez pryzmat wiedzy opartej na zupełnie podstawowych publikacjach, podważa wiarygodność tak Biegłego, jak i sporządzonej przez niego opinii. Podkreślił, że Informacja o wyniku kontroli doraźnej zawiera w przeważającej treści stwierdzenia Biegłego, które są subiektywnymi ocenami lub domniemaniami, niepopartymi jakimikolwiek dowodami czy też merytorycznym uzasadnieniem. Zdaniem ZUS opinia biegłego nie może (na co wskazują fragmenty jej treści, udostępnione w dniu 30.09.2015 r. na wniosek Zamawiającego z dnia 25.09.2015r.) opierać się tylko na dokumentacji związanej z ww. postępowaniem tj. opisem przedmiotu zamówienia i warunkach jego realizacji zawartymi w zaproszeniu do negocjacji. Nie można bowiem pozostawać w oderwaniu od wskazanej przez ZUS analizy okoliczności faktycznych dających Zamawiającemu możliwość takiej subsumcji okoliczności zaistniałego stanu faktycznego, który przesądził o potrzebie zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Podniósł także, że biegły nie przeanalizował dokładnie zakresu i charakteru zamawianych usług. Sporządzona ekspertyza wskazuje, że biegły zalicza serwery klasy HP Superdome do tej samej klasy co popularne serwery HP Proliant. Zamawiający wskazuje, że może to budzić wątpliwości co do dogłębnej znajomości rynku produktów firmy HP oraz polityki serwisowej tego podmiotu. Dodatkowo ekspert zdaje się rozumieć serwis, jako bieżącą obsługę, administrację, eksploatację i rekonfigurację, co nie stanowi istoty przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga naprawy błędów w sprzęcie i oprogramowaniu, do której potrzebna jest wiedza z zakresu konstrukcji produktu, zrozumienie wewnętrznych zasad i procedur jego działania, zrozumienie zależności pomiędzy sprzętem i oprogramowaniem danego produktu oraz dostępu do kodu źródłowego. To wszystko musi być poparte posiadaną wiedzą oraz specyficznym zapleczem laboratoryjnym firmy wykonującej zamówienie. W przytoczonych przez Biegłego argumentach nie zostały wskazane jakiegokolwiek podstawy technologiczne oraz prawne, na których oparł się Biegły w swojej ekspertyzie. W dokumencie tym znajduje się ogólne stwierdzenie, że inni wykonawcy byłiby w stanie zrealizować zamówienie, jednak Biegły nie wskazuje żadnego podmiotu, który w 2013 r. byłby w stanie samodzielnie wykonać zamówienie w sposób należyty, oczywiście nie naruszając przy tym praw intelektualnych HP. Biegły wskazał też, że istotnym ułatwieniem dla wykonania przedmiotowego zamówienia mogłoby być uzyskanie - przez zatrudnione przez innego wykonawcę osoby - certyfikatów po uprzednim przeszkoleniu. Zamawiający wyraźnie podkreśla, że certyfikaty nie są gwarancją dostępu do oprogramowania HP. Certyfikaty, o których wspomina Biegły, mogą być

pomocne w pozyskaniu wiedzy z zakresu ww. eksploatacji, zarządzania i administrowania sprzętem i oprogramowaniem, czyli wykorzystaniem tego sprzętu z punktu widzenia użytkownika i administratora, jednakże certyfikaty takie nie są wyznacznikiem posiadania umiejętności i narzędzi niezbędnych dla zgodnego z warunkami zamówienia świadczenia serwisu, w szczególności modyfikacji oprogramowania. Te kompetencje wraz z prawami własności intelektualnej posiada jedynie producent, którym jest HP i zgodnie z jego oświadczeniem na terenie Polski nie było drugiego podmiotu, który byłby uprawniony do świadczenia usług w tym obszarze. Co prawda regulacje zawarte w ustawie Pzp, dotyczące prowadzenia kontroli i znaczenia opinii biegłego (poza koniecznością posiadania wiedzy specjalistycznej) są skąpe, tym niemniej właściwe jest odniesienie się do poglądów nauki prawa i orzecznictwa sądowego, wypracowanych na gruncie postępowania cywilnego, zwłaszcza, że procedury przetargowe są instytucjami prawa cywilnego. Otóż na gruncie KPC powszechnie wskazuje się, iż sąd może oceniać opinię biegłego pod względem fachowości, rzetelności czy logiczności. Może pomijać oczywiste pomyłki czy błędy rachunkowe. Sąd nie może oprzeć oceny opinii wyłącznie na podstawie jej konkluzji, lecz powinien sprawdzić poprawność poszczególnych elementów opinii, składających się na trafność jej wniosków końcowych. W szczególności sąd obowiązany jest sprawdzić przesłanki, którymi kierował się biegły, jak również skontrolować prawidłowość rozumowania biegłego (por. wyr. SN: z 3.11.1976 r., IV CR 481/76, OSNCP 1977, Nr 5-6, poz. 102; z 12.11.1970 r., I PR 350/69, Biul. SN 1971, Nr 1, poz. 5). Według wyroku SN z 15.6.1970 r. (I CR 224/70, BSN 1970, Nr 11, poz. 203), kontrola opinii biegłego powinna polegać na sprawdzeniu prawidłowości - z punktu widzenia wymagań logiki i zasad doświadczenia życiowego - rozumowania przeprowadzonego w jej uzasadnieniu, które doprowadziło do wydania przez biegłego takiej, a nie innej opinii. Oceniając opinię biegłego sąd powinien uwzględniać takie kryteria, jak poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (wyr. SA w Katowicach z 25.6.2009 r., V ACA 139/09, OSA w Katowicach 2009, Nr 4, poz. 8). Akceptacja przez Prezesa UZP opinii Biegłego w sytuacji, gdy nawet pobieżna jej lektura wskazuje na jej istotne błędy merytoryczne, logiczne i metodologiczne w powiązaniu z faktem, iż stanowisko Prezesa UZP zostało w głównej mierze oparte na opinii biegłego powoduje, iż jest ono wydane z naruszeniem zasad prowadzenia kontroli. Prezes UZP był uprawniony i zobowiązany do dokonania oceny przedstawionej opinii biegłego i w razie powstania wątpliwości (a które siłą rzeczy muszą powstać po lekturze tak niedopracowanego logicznie, metodologicznie i dowodowo stanowiska) wystąpić o uzupełnienie opinii lub zlecić innemu biegłemu wykonanie uzupełniającej opinii. W przedstawionych okolicznościach powstaje także pytanie, czy kontrolę doraźną Prezes UZP przeprowadził, stosownie do regulacji zawartych w ustawie

P.z.p., czy też, jak wskazano powyżej Informację sporządzono na bazie jedyne go dowodu, jakim była opinia Biegłego, bez analizy całości przekazanej dokumentacji. Niniejszy wniosek nasuwa się, biorąc pod uwagę choćby fakt, że UZP powiadomił ZUS o wszczęciu kontroli doraźnej 14 września 2015 r., a już 20 kwietnia 2015 r. zlecił opinię Biegłemu w niniejszym postępowaniu i 17 czerwca 2015 r. był już w jej posiadaniu. Wątpliwości co do rzetelnej i wyczerpującej oceny materiału w sprawie, przed sformułowaniem zarzutów, wywołuje również fakt, że sporządzona opinia odwołuje się do udzielenia zamówienia na podstawie art. 61 ust. 1 pkt 1 lit. b), podczas gdy Zamawiający udzielił zamówienia w oparciu o inną - zawartą w lit. a) - przesłankę. Tak więc w opinii Zakładu ustalenia dokonane w trakcie przeprowadzonej kontroli doraźnej i wnioski z nich wywiedzione, bez szczegółowej analizy tego konkretnego przedmiotu zamówienia i okoliczności z nim związanych oraz bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów je potwierdzających, sprawiają, że trudno się do nich rzetelnie odnieść oraz mogą budzić wątpliwości co do ich prawdziwości. Za uznaniem zarzutów zawartych w Informacji o wyniku kontroli, za bezzasadne i chybione, przemawia dodatkowo w ocenie Zamawiającego brak:

1. wskazania w Informacji jakiegokolwiek uzasadnienia, a tym bardziej podmiotu, który byłby w stanie w sposób należyty zrealizować zamówienie, poza wykonawcą któremu udzielono zamówienia;
2. ze strony UZP dotychczas jakichkolwiek wątpliwości, co do uprawnień wszczęcia i przeprowadzenia postępowania w przedmiotowym trybie i na rzecz wskazanego wykonawcy w związku z przekazanym w dniu 25.10.2013 r. w trybie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp zawiadomieniem o wszczęciu tego postępowania przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, które zawierało podstawę prawną, uzasadnienie faktyczne trybu udzielenia zamówienia oraz treść oświadczenia wykonawcy, iż jest jedynym podmiotem uprawnionym do wykonania zamówienia;
3. jakiegokolwiek reakcji (informacji do Zamawiającego lub odwołania do Prezesa KIO) ze strony wykonawców, zarówno działających na rynku krajowym, jak i europejskim, po upublicznieniu przez opublikowanie w D.U. UE ogłoszenia w dniu 31.10.2013 r. o dobrowolnej przejrzystości ex ante.

Biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienie jak i przedstawione fakty, Zamawiający wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes Urzędu stwierdził, że biorąc pod uwagę stan faktyczny przedmiotowej sprawy oraz stanowisko biegłego sądowego z zakresu informatyki nie zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na opiekę serwisową sprzętu i oprogramowania HP w Centrali ZUS oraz, że Zamawiający zarówno w przekazanych wyjaśnieniach, jak i w zastrzeżeniach będących przedmiotem niniejszej odpowiedzi, nie wykazał, iż jedynie wykonawca zaproszony do negocjacji był w stanie zrealizować zamówienie objęte przedmiotową kontrolą. Stwierdził także, że argument Zamawiającego wskazujący, iż zamówienie z wolnej ręki obejmowało uzyskanie przez ZUS usługi IT w zakresie serwisu sprzętu i oprogramowania złożonego architektonicznie środowiska, stanowiącego część ogromnej i heterogenicznej infrastruktury techniczno - systemowej nie uzasadniał zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Złożoność należy bowiem uznać za cechę, która jest nierozdzielnie związana z każdym środowiskiem architektonicznym IT. Tym samym ze złożoności infrastruktury techniczno - systemowej nie można wywodzić generalnej zasady, iż tylko autoryzowany przedstawiciel producenta sprzętu i oprogramowania może prowadzić jego serwis pogwarancyjny. Umiejętność radzenia sobie ze złożonością środowiska IT to podstawowa umiejętność, którą musi posiadać każdy podmiot działający na rynku IT. Dodał, że powoływana przez Zamawiającego unikalność środowiska w skali kraju oraz jego wysoka krytyczność, powiązana z realizacją głównych, statutowych zadań Zamawiającego również nie może stanowić uzasadnienia do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Działalność poszczególnych zamawiających charakteryzuje właściwa specyfika, skala czy waga. Ustawodawca nie uznał jednak, aby biorąc pod uwagę specyfikę działalności, w tym przypadku Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, odmiennie uregulować przesłanki udzielania zamówień publicznych. Zauważył ponadto, że 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 Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec, C-126/03). Tym samym Zamawiający w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki oraz przekazywanych wyjaśnieniach powinien wykazać, iż zachodziły podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki. Prezes Urzędu, w skierowanym do Zamawiającego piśmie z dnia 12 stycznia 2015 r. (sygn. UZP/DKD/WKZ/422/1482(5)/13/MT) zawarł następujące pytanie - czy wykonanie przedmiotu zamówienia wiąże się z dostępem lub modyfikacją kodu źródłowego oprogramowania związanego z przedmiotem zamówienia. W odpowiedzi (pismem z dnia 22 stycznia 2015 r.) Zamawiający wyjaśnił, że realizacja przedmiotowego zamówienia nie wiązała się z dostępem lub modyfikacją kodu źródłowego oprogramowania związanego z przedmiotem zamówienia. We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający zaprzeczył

powyższemu wskazując, że podmiot wykonujący zamówienie nie byłby w stanie wykonać przedmiotu zamówienia bez dostępu do kodu źródłowego. Zamawiający dodał, iż niewątpliwie jednak, wykonawca umowy możliwość taką musi bezwzględnie posiadać (chodzi o dostęp do kodów źródłowych,), inaczej niemożliwe (i sprzeczne z przepisami o własności intelektualnej) byłoby świadczenie przedmiotowej usługi ZUS. Zwrócił uwagę, że w samych zastrzeżeniach Zamawiający raz wskazuje, że sprzęt objęty zamówieniem wraz z wbudowanym oprogramowaniem, systemem operacyjnym i oprogramowaniem narzędziowym, stanowią wysokiej klasy dedykowane rozwiązania (...), innym razem stwierdza natomiast, że oprogramowanie objęte postępowaniem jest oprogramowaniem standardowym, a nie oprogramowaniem dedykowanym dla Zamawiającego. Prezes Urzędu wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uchwale z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt KIO/KD 78/11, w uzasadnieniu której wskazano, że zastrzeżenia podlegają rozpoznaniu w granicach podstaw prawnych i faktycznych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy - stosownie do wymagania zawartego w art. 67 ust. 2 (...), których istnienie było badane w trakcie kontroli. Należy odmówić zamawiającemu na etapie zgłaszania zastrzeżeń do wyników kontroli prawa do przywoływania innych podstaw prawnych, wskazywania nowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, które nie były badane przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego i nie zostały wskazane w informacji o wynikach kontroli. Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu podkreślił, że przedmiotem zamówienia objętego kontrolą była usługa serwisu oraz, że w Informacji o wyniku kontroli wskazano, że: z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji (załącznik nr 2 do umowy z dnia 20.11.2013 r. - zasady świadczenia serwisu pogwarancyjnego) wynika, że 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. Z kolei przywoływana przez Zamawiającego modyfikacja oprogramowania jest czynnością całkowicie niezależną od usług serwisu i usług prewencyjnych, powinna więc być realizowana w sposób całkowicie od nich niezależny. Podobnie odniósł się do tego biegły wskazując, że modyfikacja oprogramowania -w sensie zmiany kodu źródłowego i kompilacji - wykracza poza zakres przedmiotu zamówienia. Ponadto samo oprogramowanie wymienione przez Zamawiającego jest oprogramowaniem standardowym, tj. oferowanym wielu klientom i jego aktualizacja powinna być możliwa do wykonania przynajmniej przez partnerów producenta lub podmioty z nim współpracujące na innych zasadach. Poza tym w ocenie sporządzającego opinię nawet ewentualna modyfikacja którychkolwiek z części oprogramowania mogłaby być zlecona jego producentowi w sposób niezależny od pozostałej części zamówienia (...). Modyfikacja

oprogramowania nie stanowi bowiem procesu ciągłego powiązanego równolegle z pozostałymi usługami wchodzącymi w skład zamówienia, ale ma charakter incydentalny.

Ustosunkowując się do dalszych twierdzeń Zamawiającego i kwestii zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy w przedmiotowym stanie faktycznym Prezes Urzędu stwierdził, że przywołane przez Zamawiającego wnioski zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2015 r. (sygn. akt I ACa 1201/14) nie mają zastosowania do niniejszej sprawy. Po pierwsze, na co zwrócił uwagę również Sąd, że przesłanka sformułowana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy jest nieostra i podlega ocenie ad casu. Sąd badając stan faktyczny postępowania stwierdził, że z uwagi na specyfikę zamówienia (wprowadzenie modyfikacji do systemu informatycznego niezbędnych ze względu na zmianę przepisów prawnych) czas wykonania zamówienia, a ściśle biorąc zminimalizowanie opóźnienia miało kluczowe znaczenia dla dostosowania systemu do przepisów prawa, a więc dla bytu systemu dopłat do kredytów preferencyjnych, który musiał funkcjonować zgodnie z prawem. Sąd podkreślił względy logistyczne i organizacyjne w kontekście przekładania się ich w sposób spektakularny na czas wykonania umowy. Niemożliwe jest więc porównywanie stanu faktycznego, będącego podstawą wydania powyższego wyroku, a więc i wniosków zawartych w uzasadnieniu ze stanem faktycznym, będącym przedmiotem niniejszej odpowiedzi, gdyż Zamawiający nie wskazywał na konieczność wykonania zamówienia w określonym, krótkim terminie. Nawiązując do kwestii uzyskanych przez Zamawiającego zgód na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki Prezes Urzędu stwierdził, że każde postępowanie charakteryzuje się swoją specyfiką i jest rozpatrywane w odniesieniu do przedstawionego w nim stanu faktycznego. Podjęte przez Prezesa Urzędu decyzje nie determinują oceny kolejnych zamówień. Nie można również pominąć kwestii poszerzenia oferty na rynku informatycznym. Podobnie, na ocenę przedmiotowego postępowania, nie mają wpływu zawarte w latach ubiegłych umowy po przeprowadzeniu postępowań w trybie z wolnej ręki. Zdaniem Prezesa Urzędu, argumentem przesądzającym o prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki, nie może być również powoływanie się przez Zamawiającego na kontrole innych organów przeprowadzone w poprzednich latach (m.in. Władzy Wdrażającej Programy Europejskie, Urzędu Kontroli Skarbowej, Grupy Gomółka - Audyt Sp. z o.o.). Zdaniem Prezesa Urzędu, poza ogólną informacją przedstawioną w zastrzeżeniach Zamawiający nie wskazał w jakim zakresie były przeprowadzone wspomniane kontrole. Nie wyjaśnił w szczególności, czy dotyczyły zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Za Informacją o wyniku kontroli powtórzył, że Zamawiający nie wykazał, że przedsięwziął przed udzieleniem zamówienia niezbędne działania zmierzające do zweryfikowania rynku pod kątem potencjalnego wykonania przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty. Takiego dowodu nie może stanowić zamieszczenie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości

ex ante. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, powyższe nie świadczy o tym, że żaden inny wykonawca nie był w stanie zrealizować zamówienia. Wskazał ponadto, że zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2014 r. (sygn. KIO/KD 56/14) nie stanowi o wypełnieniu przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki okoliczność, że żaden wykonawca nie zakwestionował wyboru trybu dokonanego przez Zamawiającego pomimo, iż ten dokonał publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ex ante. Fakt niezłożenia odwołania mógł być wynikiem choćby przeoczenia publikacji takiego ogłoszenia przez potencjalnego wykonawcę. Jednocześnie Prezes Urzędu podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli, że opierając się na oświadczeniu firmy, która była zainteresowana sprzedażą swoich usług, Zamawiający uzyskał jedynie subiektywną wiedzę na temat funkcjonujących na rynku rozwiązań. Z kolei fakt, iż w postępowaniu wszczętym w 2013 r. przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych na pogwarancyjny serwis w stosunku do sprzętu komputerowego i oprogramowania firmy Hewlett - Packard ofertę złożyła jedna firma nie ma wpływu na ocenę konkurencyjności na rynku. W kolejnym postępowaniu, wszczętym w roku 2015 r. oferty złożyły cztery firmy, w tym firma Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o., a wybrany został inny wykonawca, którego oferta okazała się najkorzystniejsza. Prezes Urzędu stwierdził także, że niezasadne jest podważanie profesjonalizmu biegłego, który to biegły, jest biegłym sądowym między innymi w dziedzinie sprzętu i oprogramowania komputerowego. Opinia sporządzona została w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w zawiadomieniu, wyjaśnieniach oraz dołączone dokumenty, również na podstawie wiedzy i doświadczenia biegłego. Biegły zobowiązał się do sporządzenia opinii w zakresie okoliczności stanu faktycznego występującego na dzień wszczęcia postępowania, m.in. poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy wykonawca zaproszony do negocjacji z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze był jedynym mogącym zrealizować przedmiot zamówienia. Biegły udzielił odpowiedzi we wskazanym powyżej zakresie i tym samym ww. opinia została wzięta pod uwagę przy formułowaniu treści zawartych w Informacji o wyniku kontroli. Wbrew zarzutom Zamawiającego opinia nie odwołuje się do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. Wskazanie tego artykułu w części wstępnej opinii stanowiło omyłkę pisarską, która nie miała wpływu na wnioski zawarte w części III - Właściwa opinia, odnoszące się do przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

W konkluzji Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby oraz, właściwie określając warunki udziału wykonawców w postępowaniu, jak również formułując odpowiednie kryteria oceny ofert, Zamawiający był w stanie wyłonić wykonawcę, który zrealizuje zamówienie w sposób prawidłowy, jednocześnie oferując najkorzystniejsze warunki. W tym celu

Zamawiający winien jednak umożliwić wykonawcom konkurowanie między sobą, a nie zakładać, że konkurencja taka nie jest możliwa. Nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której Zamawiający, ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby złożyć oferty wykonania zamówienia, a tym samym kreuje monopol wybranego wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które stanowią fundament systemu zamówień publicznych. Tym bardziej w przypadku gdy sporządzający w niniejszej sprawie opinię biegły stwierdził, że nie znalazł w materiale będącym przedmiotem opinii, jak również w treści zastrzeżeń argumentów przemawiających za słusnością twierdzeń Zamawiającego, tj. obiektywną technicznie koniecznością zlecenia całości przedmiotu zamówienia jednemu podmiotowi - producentowi sprzętu i oprogramowania, których usługi te dotyczą. Reasumując stwierdził, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, że w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w związku z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze. Tym samym, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Prezes Urzędu, informując o zajęтым stanowisku zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając zastrzeżenia, z uwzględnieniem także oświadczenia Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. z Warszawy przedłożonego do tych zastrzeżeń, Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał, że jedynie zaproszony do negocjacji wykonawca był w stanie zrealizować usługę zamówienie objęte przedmiotową kontrolą. Ten fakt Zamawiający był zobowiązany wykazać już w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, a następnie w przekazywanych wyjaśnieniach w toku kontroli, że zachodziła dla udzielenia zamówienia, którego przedmiotem była usługa obejmująca swoim zakresem opiekę serwisową sprzętu i oprogramowania HP w centrali ZUS przesłanka z art. 67 ust.1 pkt 1 lit a ustawy Pzp, z uwagi na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Izba zwraca uwagę, na niespójność wyjaśnień i stanowiska z zastrzeżeń, co do dostępu lub modyfikacji kodów źródłowych oraz klasy oferowanego sprzętu i oprogramowania. Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie

Prezesa Urzędu, [pismo z dnia 12.01.2015 r. sygn. UZP/DKD/WKZ/422/1482(5)/13/MT]) (...) czy wykonanie przedmiotu zamówienia wiąże się z dostępem lub modyfikacją kodu źródłowego oprogramowania związanego z przedmiotem zamówienia – stwierdził (pismem z dnia 22 stycznia 2015 r.), że realizacja przedmiotowego zamówienia nie wiązała się z dostępem lub modyfikacją kodu źródłowego oprogramowania związanego z przedmiotem zamówienia. Z kolei we wniesionych zastrzeżeniach zaprzeczył powyższemu wskazując, że podmiot wykonujący zamówienie nie byłby w stanie wykonać przedmiotu zamówienia bez dostępu do kodu źródłowego oraz podkreślił, że niewątpliwie jednak, wykonawca umowy możliwość taką musi bezwzględnie posiadać (chodzi o dostęp do kodów źródłowych), inaczej niemożliwe (i sprzeczne z przepisami o własności intelektualnej) byłoby świadczenie przedmiotowej usługi ZUS. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że przedmiotem zamówienia jest opieka serwisowa sprzętu i oprogramowania HP, a z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji (załącznik nr 2 do umowy z dnia 20.11.2013 r. - zasady świadczenia serwisu pogwarancyjnego) wynika, że ta opieka serwisowa sprzętu i oprogramowania miała polegać, co do zasady, na świadczeniu usług naprawczych - reakcji na zaistniałe usterki w sposób zapewniający minimalizację wpływu usterki na sprawność funkcjonowania oprogramowania i urządzeń oraz na świadczeniu usług prewencyjnych - dbaniu o prawidłowe funkcjonowanie elementów oprogramowania i urządzeń. Izba stwierdza, że zgodnie z art. 75 ust.1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. - Prawo autorskie (Dz. U z 2006 r. nr 90 poz.631 ze zm.) zamawiający jest uprawniony do podejmowania wszystkich czynności „niezbędnych” do korzystania z programu zgodnie z przeznaczeniem, a zatem do wszystkich działań, jakie w normalnym toku czynności powinny zostać podjęte dla prawidłowej eksploatacji programu. Powyższe nie wymaga zgody [zezwoleń] producenta oprogramowania. Przywoływana przez Zamawiającego modyfikacja oprogramowania [w sensie zmiany kodu źródłowego i kompilacji] wykracza poza zakres przedmiotu zamówienia i jest czynnością całkowicie niezależną od usług serwisu i usług prewencyjnych, a zatem powinna być realizowana także w sposób całkowicie od nich niezależny. Odnośnie sprzętu i oprogramowania, Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że Zamawiający raz wskazuje, że sprzęt objęty zamówieniem wraz z wbudowanym oprogramowaniem, systemem operacyjnym i oprogramowaniem narzędziowym, stanowią wysokiej klasy dedykowane rozwiązania (...), innym razem stwierdza, że oprogramowanie objęte postępowaniem jest oprogramowaniem standardowym, a nie oprogramowaniem dedykowanym dla Zamawiającego”. Izba ponadto podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że ze złożoności infrastruktury techniczno - systemowej nie można wywodzić generalnej zasady, iż tylko autoryzowany przedstawiciel producenta sprzętu i oprogramowania może prowadzić jego serwis pogwarancyjny, z uwagi na złożoność środowiska IT. W tym przypadku Zamawiający podnosząc ogólnie złożoność środowiska IT nie odnosi tego argumentu do specyfiki tego przedmiotu zamówienia, nie

wykazując tym samym, że podstawowe umiejętności, które musi posiadać każdy podmiot działający na rynku IT dla wykonania tej usługi są niewystarczające. Także powoływana przez Zamawiającego unikalność środowiska w skali kraju oraz jego wysoka krytyczność, powiązana z realizacją głównych, statutowych zadań Zamawiającego nie mogła stanowić uzasadnienia do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, gdyż ustawodawca nie uznał, aby z uwagi na specyfikę działalności, w tym przypadku Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, odmiennie uregulować przesłanki udzielania zamówień publicznych. Zamawiający nie wykazał także na czym polega unikalność oprogramowania, a jego ewentualna modyfikacja z pewnością nie stanowi – jak już wskazano - procesu ciągłego powiązanego równoległe z pozostałymi usługami wchodzącymi w skład zamówienia, ale ma wyłącznie charakter incydentalny.

Izba stwierdza także, że w tej sprawie, Zamawiający nie wykazał, że przedsięwziął przed udzieleniem zamówienia niezbędne działania zmierzające do zweryfikowania rynku pod kątem potencjalnego wykonania przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty. W udzielanych wyjaśnieniach przyznał, że w związku z oświadczeniem HP nie prowadził żadnych innych analiz rynku w przedmiocie poszukiwania innego wykonawcy mogącego zrealizować przedmiot zamówienia. Z powodu tego oświadczenia oraz w oparciu o dotychczasowe doświadczenie uznał, że jedynym podmiotem zdolnym do realizacji przedmiotowego zamówienia była firma HP. Zdaniem Izby to oświadczenie nie może stanowić samoistnego dowodu dla zastosowania przesłanki z art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Opierając się na oświadczeniu firmy, która była zainteresowana sprzedażą swoich usług, Zamawiający mógł uzyskać wyłącznie subiektywną wiedzę na temat funkcjonujących na rynku rozwiązań. Takiego dowodu nie może stanowić również zamieszczenie Ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, publikacja tego Ogłoszenia nie świadczy o tym, że żaden inny wykonawca nie był w stanie zrealizować zamówienia. Nie może świadczyć również o powyższym okoliczność nie kwestionowania przez wykonawców wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki dla udzielenia tego zamówienia. Także fakt, że w postępowaniu wszczętym w 2013 r. przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych na pogwarancyjny serwis w stosunku do sprzętu komputerowego i oprogramowania firmy Hewlett - Packard ofertę złożyła jedna firma nie ma wpływu na ocenę konkurencyjności na rynku. W kolejnym postępowaniu, wszczętym w roku 2015 r. oferty złożyły cztery firmy, w tym firma Hewlett Packard Enterprise Polska Sp. z o.o., a wybrany został inny wykonawca, którego oferta okazała się najkorzystniejsza. Izba stwierdza także, że opinia biegłego sporządzona w oparciu o uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w zawiadomieniu, wyjaśnieniach oraz dołączone dokumenty, również na podstawie wiedzy i doświadczenia biegłego odnosi się do wymaganego zakresu, a

mianowicie: czy wykonawca zaproszony do negocjacji z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze był jedynym mogącym zrealizować przedmiot zamówienia, a tym samym do przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp i wskazanie lit. b w art. 67 ust. 1 pkt 1 tej ustawy w części wstępnej opinii stanowiło niewątpliwie omyłkę pisarską, która nie miała wpływu na wnioski zawarte w części III.

Odnosząc się dodatkowo do podnoszonej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli kwestii uzyskanych przez Zamawiającego w latach poprzednich zgód na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki Izba, podobnie jak Prezes Urzędu, prezentuje pogląd, że każde postępowanie charakteryzuje się swoją specyfiką i jest rozpatrywane w odniesieniu do przedstawionego w nim stanu faktycznego. Podjęte przez Prezesa Urzędu decyzje nie determinują oceny kolejnych zamówień. Nie można również pominąć kwestii poszerzenia oferty na rynku informatycznym. Podobnie, na ocenę przedmiotowego postępowania, nie mają wpływu zawarte w latach ubiegłych umowy po przeprowadzeniu postępowań w trybie z wolnej ręki. Także argumentem przesądzającym o prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki, nie może być również powoływanie się przez Zamawiającego na kontrole innych organów przeprowadzone w poprzednich latach (m.in. Władzy Wdrażającej Programy Europejskie, Urzędu Kontroli Skarbowej, Grupy Gomółka - Audyt Sp. z o.o.). Izba ponadto zauważa, że poza ogólną informacją przedstawioną w zastrzeżeniach Zamawiający nie wskazał w jakim zakresie były przeprowadzone wspomniane kontrole. Nie wyjaśnił w szczególności, czy dotyczyły zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

W konkluzji Izba stwierdza, że w tej sprawie brak jest dowodów przemawiających za słusnością twierdzeń Zamawiającego, że dla tego przedmiotu zamówienia - na opiekę serwisową sprzętu i programowania – zaistniała obiektywna technicznie konieczność zlecenia całości przedmiotu zamówienia producentowi sprzętu i oprogramowania, których usługi te dotyczą. Tym samym przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, że w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na rzecz Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w związku z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze. Tym samym, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust., 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....