

Warszawa, dnia 27.11.2015 r.

UZP/DKD/WKZ/421/48()/15/KG
KNZ/22/15

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

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

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

Rodzaj zamówienia: usługa

Przedmiot zamówienia: modernizacja systemu Komputera Centralnego w 2013 roku wraz z zakupem licencji

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

Wartość zamówienia: 31.211.382,11 zł (7.764.798,02 euro)

Środki UE: nie

2. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

Pismem z dnia 10 czerwca 2013 r. Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, dalej: „Prezes Urzędu”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (sygn.: 993200/370/IN-232/13), na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą”, którego przedmiotem była *modernizacja systemu Komputera Centralnego w 2013 roku wraz z zakupem licencji*.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 6 czerwca 2013 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Umowa została zawarta w dniu 27 czerwca 2013 r.

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 jedynym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może dostarczyć rozwiązanie systemowe polegające na:

- 1) modernizacji posiadanego przez ZUS środowiska IBM Mainframe polegającej na zwiększeniu mocy obliczeniowej o 1820 MIPS i rozszerzeniu rozwiązania GDPS (Geographically Dispersed Parallel Sysplex) w oparciu o infrastrukturę syspleksu równoległego wraz z objęciem zmodernizowanych maszyn, przez IBM Polska Sp. z o.o., gwarancją tożsamą, co do warunków z gwarancją producenta. IBM Polska Sp. z o.o. jest bowiem jedynym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, może zaoferować w ramach gwarancji dla zmodernizowanych maszyn prawo bezpośredniego dostępu do aktualizacji kodu maszynowego, zgodnie z warunkami załączonego dokumentu ograniczonej gwarancji,
- 2) zmianie warunków licencyjnych oprogramowania systemowo-narzędziowego IBM zainstalowanego na serwerach IBM System Z (Mainframe) w ZUS, polegającej na zwiększeniu limitów dozwolonego korzystania z tego oprogramowania w okresie do

dnia 31 grudnia 2014 r. stosownie do nowych parametrów architektury syspleksu równoległego, po dokonaniu modernizacji, o której mowa powyżej, oraz określenie maksymalnego autoryzowanego limitu – „Limitowane Programy Korporacyjne”,

- 3) świadczeniu usług wsparcia Kodu Sterującego GDPS (Geographically Dispersed Parallel Sysplex) zapewniających ciągły dostęp do danych i systemów produkcyjnych z/OS DB2 i IBM System Z (Mainframe).

Do pisma załączone zostały warunki ograniczonej gwarancji IBM.

Zamawiający wskazał, 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 mające 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. W związku z powyższym zdecydował o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy.

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 wiązałyby 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.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

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

Z analizy zawiadomienia oraz wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy.

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, nie wystarczy zatem 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. Do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, konieczne jest zatem spełnienie dwóch przesłanek – istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy. Pamiętać należy, że przepisy szczególne ustawy, w szczególności przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, 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. W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b), 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 (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. b) ustawy.

Na wstępie należy wskazać, iż 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., iż *jest jedynym podmiotem, który na terytorium RP, może oferować i dostarczyć rozwiązanie systemowe polegające na: modernizacji posiadanego przez ZUS środowiska IBM Mainframe polegającej na zwiększeniu mocy obliczeniowej o 1820 MIPS i rozszerzeniu rozwiązania GDPS (Geographically Dispersed Parallel Sysplex) w oparciu o infrastrukturę syspleksu równoległego wraz z objęciem zmodernizowanych maszyn, przez IBM Polska Sp. z o.o., gwarancją tożsamą, co do warunków z gwarancją producenta. IBM Polska Sp. z o.o. jest bowiem jedynym podmiotem, który na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, może zaoferować w ramach gwarancji dla zmodernizowanych maszyn prawo bezpośredniego dostępu do aktualizacji kodu maszynowego, zgodnie z warunkami załączonego dokumentu ograniczonej gwarancji.* W związku z powyższym należy stwierdzić, iż z treści ww. oświadczenia nie wynikają żadne prawa o charakterze wyłącznym, które determinowałyby konieczność udzielenia zamówienia firmie IBM Polska Sp. z o.o. w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. 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. Należy też zauważyć, 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. Powyższe potwierdził biegły sądowy z zakresu informatyki, którego opinii w niniejszej sprawie zasięgnął Prezes Urzędu. W przekazanej opinii wskazał, iż *w treści zamówienia należało szczegółowo określić warunki gwarancyjne dotyczące prac modernizacyjnych. Pozwoliłoby to potencjalnym wykonawcom podjęcie decyzji o przystąpieniu do postępowania. Można było osobno określić warunki serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego.*

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, 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. Zgodnie z warunkami ograniczonej gwarancji (strona 3 z 16): *Jeśli w okresie gwarancyjnym Maszyna nie funkcjonuje zgodnie z gwarancją i do rozwiązania problemu nie wystarcza kontakt telefoniczny ani elektroniczny, zastosowanie Kodu Maszynowego lub aktualizacji oprogramowania ani wymiana części CRU, to IBM, podwykonawca IBM lub reseller uprawniony przez IBM do wykonywania serwisu gwarancyjnego, w zależności od własnego uznania:*

- 1) naprawi Maszynę, aby funkcjonowała w sposób zgodny z gwarancją, lub*
- 2) wymieni Maszynę na inną, stanowiącą co najmniej jej funkcjonalny odpowiednik.*

Dalej czytamy, iż *jeśli IBM, podwykonawca IBM lub reseller nie jest w stanie wykonać żadnej z tych czynności, Klient ma prawo oddać Maszynę do miejsca zakupu i otrzymać zwrot kwoty zapłaconej za tę Maszynę. IBM, podwykonawca IBM lub reseller zidentyfikuje ponadto i zainstaluje wybrane zmiany techniczne właściwe dla Maszyny.*

Powyższe zaprzecza zatem twierdzeniom zawartym w oświadczenia firmy IBM Polska Sp. z o.o., iż jest jedynym podmiotem, który na terytorium RP, może oferować i dostarczyć rozwiązania systemowe polegające na modernizacji posiadanego przez ZUS środowiska IBM Mainframe wraz z objęciem zmodernizowanych maszyn, przez IBM Polska Sp. z o.o., gwarancją tożsamą, co do warunków z gwarancją producenta, w tym prawo bezpośredniego dostępu do aktualizacji kodu maszynowego. 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. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, iż jedynie firma IBM Polska Sp. z o.o. mogła wykonać przedmiotowe zamówienie.

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, 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 sporządzającej 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.

Należy dodać, iż 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/pdf/Broszura_PartnerWorld.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. *Twarde stanowisko sporządzającego opinię jest takie, że polityka IBM dotycząca partnerów biznesowych pozwalała na datę wszczęcia przedmiotowego postępowania dowolnym podmiotom posiadającym zdolność techniczną w dużym zakresie osiągnąć samodzielnie (w czasie umożliwiającym przystąpienie do postępowania o zamówienie) zdolność – zarówno techniczną jak i w sensie formalnym – do realizacji wszelkich usług objętych przedmiotem zamówienia.*

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, 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 na podstawie subiektywnej oceny Zamawiającego wynikającej z oświadczenia firmy, która była zainteresowana sprzedażą swoich produktów.

Należy stwierdzić, 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 029-044128) Zamawiający poinformował, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, czyli Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, ale jej cena przekraczała kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie należy zauważyć, iż 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.

Należy w tym miejscu wskazać, 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.

W konsekwencji należy uznać, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie było wynikiem sytuacji faktycznej, w której przedmiotowe zamówienie mogło zostać zrealizowane tylko przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji ze względu na ochronę praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, lecz było wynikiem subiektywnej oceny dokonanej przez Zamawiającego. 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. b) ustawy

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