

WYROK
z dnia 30 grudnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) „Promity” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiejska 14/25, 00-490 Warszawa (lider Konsorcjum)** oraz **2) R. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Info Design” Systemy Informatyczne R. D., ul. Owalna 43, 05-420 Józefów (członek Konsorcjum)**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) „Promity” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz 2) R. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Info Design” Systemy Informatyczne R. D., i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) „Promity” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz 2) R. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Info Design” Systemy Informatyczne R. D., tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie [zwana dalej: „Zamawiającym”], prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Rozbudowa oprogramowania JIRA o nowe moduły wraz z usługą ATIK*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.] – zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2014 roku pod numerem 2014/S 176-310462.

W dniu 15 grudnia 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) „Promity” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) oraz 2) R. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „Info Design” Systemy Informatyczne R. D. (członek Konsorcjum) [zwani dalej łącznie: „Odwołującym”] wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postaci:

- unieważnienia czynności z dnia 21 listopada 2014 roku polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polegające na zastosowaniu wskazanych przepisów prawa pomimo niezastąpienia zdarzeń wyczerpujących dyspozycje zawartych w nich norm prawnych, przez dokonanie czynności, o których mowa powyżej.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. nakazanie Zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, tj. kosztów wpisu i kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 21 listopada 2014 roku jego oferta została wybrana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Wybór tej oferty był poprzedzony złożeniem przez Odwołującego w dniu 18 listopada 2014 r. wyjaśnień, stanowiących odpowiedź na pytania Zamawiającego z dnia 13 listopada 2014 r. zadane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przytoczył treść wyjaśnień, zgodnie z którymi:

- „1. Warunki wszelkich umów licencyjnych, które Wykonawca planuje wykorzystać przy realizacji Zamówienia dopuszczają wykorzystywanie oprogramowania przez osoby trzecie poprzez udostępnianie im prawa do używania oprogramowania, którego licencjobiorcą będzie Zamawiający.
2. W zakresie oprogramowania wytwarzanego w ramach realizacji Zamówienia, Wykonawca dopuszcza dotatkowo udzielanie przez Zamawiającego sublicencji innym podmiotom w zakresie NIE pozostającym w związku z funkcjonowaniem SZBP, np. Zamawiający może przekazać na podstawie sublicencji takie oprogramowanie innemu, nie związanemu z nim podmiotowi publicznemu lub prywatnemu celem wykorzystania we własnych celach tego podmiotu.”.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że wprawdzie jego pismo z dnia 18 listopada 2014r. zawierające wyjaśnienia zawierało odniesienia do warunków licencyjnych oprogramowania Atlassian, jednak miały one charakter poboczny do tych wyjaśnień, ponieważ zostały przedstawione dla szerszego kontekstu i chęci dodatkowego odwołania się do „umownej definicji sublicencji”. Odwołujący podniósł przy tym, że w żadnym miejscu nie oświadczył, iż miał zamiar wykorzystywać oprogramowanie marki Atlassian, jako oprogramowanie standardowe.

Odwołujący stwierdził ponadto, że Zamawiający w ramach oceny ofert dokonywanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, rozważył te wyjaśnienia i m.in. na ich podstawie zdecydował się na wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Następnie zauważył, że w dniu 25 listopada 2014 roku Zamawiający otrzymał od podmiotu nie będącego uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - InTENSO Sp. z o. o., pismo w przedmiocie warunków licencyjnych oprogramowania JIRA, w którym wskazano, że wymagane w projekcie umowy pola eksploatacji w zakresie możliwości sublicencjonowania oprogramowania standardowego JIRA "przekazywania osobom trzecim (sublicencja)" nie jest udzielone przez producenta oprogramowania, firmę Atlassian. Odwołujący podniósł, że pismo to dotyczyło wyłącznie warunków licencyjnych oprogramowania Atlassian, natomiast w SIWZ nie było wymagania, aby w ramach oprogramowania standardowego dostarczane było oprogramowanie marki Atlassian, zaś Odwołujący nigdy nie oświadczył, że takie oprogramowanie będzie wykorzystywał, lecz

wskazywał, że wykorzystywane oprogramowanie będzie mogło zostać udostępnione osobom trzecim.

Odwołujący powołał się również na treść pisma Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2014 roku, w którym został poinformowany o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z którego to pisma jednocześnie wynikało, że *Wykonawca błędnie zinterpretował zapisy SIWZ, gdyż działanie Zamawiającego w świetle zapisów § 4 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ), będzie polegało, m.in. na przekazywaniu osobom trzecim (sublicencji) oprogramowania standardowego.*

Zdaniem Odwołującego, jego wyjaśnienia z dnia 18 listopada 2014 roku w żaden sposób nie mogą świadczyć o niezgodności oferty z treścią SIWZ, a w szczególności z treścią § 4 ust. 2 wzoru umowy. Odwołujący wskazał, że stanowisko Zamawiającego wynika z braku rozróżnienia rodzajów oprogramowania, które będą stanowić elementy przyszłego systemu stanowiącego przedmiot zamówienia oraz braku odniesienia się do zakresu wymogu zawartego w § 4 ust. 2 wzoru umowy. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z § 1 ust. 3 wzoru umowy na definicję „Oprogramowania” składa się : oprogramowanie JIRA, z którego Zamawiający korzysta na podstawie odrębnych umów, wskazane w załączniku 1 do Umowy oraz oprogramowanie standardowe wykorzystywane i dostarczane przez Wykonawcę do budowy SZBP.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w SIWZ nie było wymagania, aby w ramach oprogramowania standardowego dostarczane było oprogramowanie marki Atlassian. Dla porządku dodał, że oprogramowanie JIRA jest oprogramowaniem marki Atlassian.

Dalej stwierdził, że treść § 4 ust. 2 wzoru umowy wskazuje na to, że warunki, jakim odpowiadać ma licencja udzielana przez wykonawcę (w tym prawo do przekazania oprogramowania osobom trzecim, nazwane „sublicencją”), odnoszą się jedynie do oprogramowania standardowego, a więc oprogramowania, którym nie musi być oprogramowanie marki Atlassian. Odwołujący zaś nigdy (w ramach oferty czy późniejszych wyjaśnień) nie oświadczył, że ma zamiar użyć oprogramowania marki Atlassian jako oprogramowania standardowego w ramach realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego nieuprawniona jest argumentacja Zamawiającego, sprowadzająca się do wskazania, że skoro Wykonawca potwierdził, że producent oprogramowania Atlassian zakazuje sublicencjonowania swojego oprogramowania, a wzór umowy wymaga w ramach oprogramowania standardowego możliwości przekazania osobom trzecim (sublicencja) to zasadne jest odrzucenie jego oferty. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące interpretacji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z którego wynika, że Zamawiający musi wykazać istotną sprzeczność pomiędzy ofertą wykonawcy a postanowieniami SIWZ oraz powinien w ogóle wskazać na czym ta niezgodność polega, aby skorzystać z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał,

że Zamawiający, odrzucając jego ofertę, powołał się na zdanie z pisma z dnia 18 listopada 2014 r., tj.: *Pojęcie niedozwolonego sublicencjonowania użyte przez producenta oprogramowania (tj. firmę Atlassian) odnosi się do zakazu występowania przez Zamawiającego jako licencjodawca dla kolejnych licencji (sublicencji), które jedynie wskazuje, że warunki licencyjne właściwe dla oprogramowania Atlassian nie pozwalają na jego dalsze sublicencjonowanie. Natomiast, nie mając informacji na temat oprogramowania, którego Odwołujący zamierza użyć jako standardowego, a w szczególności czy będzie posługiwał się oprogramowaniem Atlassian jako standardowym, Zamawiający nie był uprawniony do stwierdzenia niezgodności oferty z określonym w § 4 ust. 2 wzoru umowy wymogiem możliwości przekazania oprogramowania standardowego osobom trzecim (definiowanego jako sublicencja).*

Odwołujący wskazał także, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że niezrozumiałym jest, dlaczego te same wyjaśnienia z dnia 18 listopada 2014 roku najpierw umożliwiły Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a następnie stanowiły uzasadnienie dla jej odrzucenia. Jego zdaniem, to dodatkowo wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bezpośrednio implikuje naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1, tj. poprzez czynność unieważnienia postępowania. W ocenie Odwołującego, skoro, Zamawiający niesłusznie zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę, która stanowiła jedyną ofertę złożoną w postępowaniu, to w konsekwencji niewłaściwie zastosował również art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący dodał również, że jego wyjaśnienia z dnia 18 listopada 2014 r. w pewnym zakresie odnosiły się do warunków licencyjnych producenta oprogramowania Atlassian, ponieważ jego intencją było ukazanie szerszego kontekstu prezentowanego zagadnienia, gdyż oprogramowanie tej marki wykorzystywane jest przez Zamawiającego w systemach, które miały podlegać rozbudowie w ramach zamówienia, jednak nie oznacza to, że stanowi ono oprogramowanie standardowe.

Wskazał również, że termin „sublicencja” użyty w § 4 ust. 2 wzoru umowy zdefiniowany został niezwykle skrótowo, co może budzić wątpliwości interpretacyjne w zakresie kwalifikacji tego pojęcia jako sublicencji występującej powszechnie w obrocie prawnym, a w szczególności w standardowych warunkach licencyjnych producentów oprogramowania komputerowego oraz, że sam Zamawiający w pytaniach z dnia 13 listopada 2014 roku podkreślał umowny charakter definicji sublicencji, a podając przykłady

udostępnienia na zewnątrz SZBP wskazywał na bardzo wąski zakres przekazywania oprogramowania standardowego osobom trzecim. Odwołujący, odnosząc się do znanych Zamawiającemu warunków licencyjnych oprogramowania Atlassian, chciał wykazać, że wiele przypadków udostępnienia oprogramowania innym podmiotom nie narusza postanowień licencyjnych, w tym, postanowień w zakresie sublicencjonowania. Wskazał, że każdorazowa ocena wymagań określonych w § 4 ust. 2 wzoru umowy wymaga szczegółowej analizy oprogramowania używanego przez danego wykonawcę jako standardowe, w kontekście warunków licencyjnych producenta. I taki przekaz wynika z odwoływania się przez Odwołującego do warunków licencyjnych właściwych dla oprogramowania Atlassian. Przede wszystkim zaś z wyjaśnień Odwołującego z dnia 18 listopada 2014 r. wynika, iż *Warunki wszelkich umów licencyjnych, które Wykonawca planuje wykorzystać przy realizacji Zamówienia dopuszczają wykorzystywanie oprogramowania przez osoby trzecie poprzez udostępnianie im prawa do używania oprogramowania, którego licencjodawcą będzie Zamawiający, które to oświadczenie wskazuje, że działanie Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego było całkowicie nieuzasadnione.*

Odwołujący stwierdził również, że wobec treści jego oferty i składanych w postępowaniu oświadczeń, ewentualny spór co do zakresu definicji „sublicencji” zawartej we wzorze umowy nie wpływa na ocenę legalności kwestionowanych czynności Zamawiającego i stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 29 grudnia 2014 roku, przed otwarciem posiedzenia z udziałem Stron, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, złożonych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późn. zm.] – dalej zwanej: „*ustawą Pzp*”.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 grudnia 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną Izbie przez Zamawiającego, a w szczególności: Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia [zwaną dalej: „SIWZ”], ofertę Odwołującego, wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 13 listopada 2014 roku, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 18 listopada 2014 roku, pisma InTenso Sp. z o. o. z dnia 5 i 25 listopada 2014 r. skierowanych do Zamawiającego, pismo Asseco Poland S.A. z dnia 21 października 2014 r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 listopada 2014 r., informację o unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego, dokonaniu ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, jej odrzuceniu i o unieważnieniu postępowania z dnia 4 grudnia 2014 roku, a także stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego przedstawione pisemnie (odpowieź Zamawiającego na odwołanie z dnia 29 grudnia 2014 roku) oraz przedstawione ustnie do protokołu.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, podtrzymanych na rozprawie, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w treści SIWZ w Rozdziale I *Opis przedmiotu zamówienia* Zamawiający wskazał, że *Przedmiot zamówienia obejmuje:*

- 1) budowę System Zarządzania Błędami i Problemami (SZBP) w oparciu o oprogramowanie JIRA, z którego Zamawiający korzysta na podstawie odrębnych umów;
- 2) świadczenie Usługi rozwoju przez okres 24 miesięcy;
- 3) zapewnienie Licencji dla 30 000 użytkowników oraz dostarczenie dokumentów licencyjnych;
- 4) zapewnienie Usługi ATiK dla Oprogramowania przez okres 36 miesięcy

oraz

- 5) przeprowadzenie warsztatów dla 5 administratorów i 10 operatorów wskazanych przez Zamawiającego;
- 6) zapewnienie Zamawiającemu konsultacji przez okres 24 miesięcy.

- w terminach i na zasadach określonych we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Z kolei w § 1 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, Zamawiający podał definicje poszczególnych wyrażeń użytych w treści umowy, i tak, m.in. wskazał:

„3) Oprogramowanie – oprogramowanie JIRA z którego Zamawiający korzysta na podstawie odrębnych umów, wskazane w Załączniku nr 1 do Umowy oraz oprogramowanie standardowe wykorzystane i dostarczone przez Wykonawcę do budowy SZBP;

4) System SZBP (SZBP) – System Zarządzania Błędami i Projektami powstały poprzez rozbudowę Oprogramowania z którego Zamawiający korzysta na podstawie odrębnych umów, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy; SZBP odebrany Protokołem odbioru ZSBP będzie rozbudowywany o Produkty SZBP, które stają się integralną częścią SZBP z chwilą ich odbioru przez Zamawiającego;

5) Produkt SZBP – oprogramowanie, Projekt techniczny lub Dokumentacja Zmiany powstałe w wyniku świadczenia Usługi rozwoju”.

Na podstawie § 4 ust. 1 wykonawca zobowiązywał się do udzielenia licencji oraz do przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych w zakresie i w sposób określony w kolejnych ustępach tego paragrafu. Według § 4 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający, w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 3 Umowy, nabywa, z dniem, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, Licencję uprawniającą do trwałego lub czasowego zwielokrotnienia oprogramowania standardowego, o którym mowa w § 1 pkt 3 Umowy w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie; w zakresie, w którym jest to niezbędne dla wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania osobom trzecim (sublicencja), przechowywania oprogramowania standardowego dla potrzeb Zamawiającego, z uwzględnieniem treści ust. 3, zgodnie z jego charakterem i przeznaczenie, dokumentacją i warunkami Umowy.

W dniu 13 listopada 2014 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie oświadczenia zawartego na stronie 47 oferty (objętej tajemnicą przedsiębiorstwa), w tym do odpowiedzi na pytanie:

„1) czy warunki licencyjne oprogramowania standardowego, które zostało zaoferowane w ofercie i będzie dostarczone oraz wykorzystane przez Wykonawcę do budowy SZBP – zezwalają na przekazywanie tego oprogramowania standardowego osobom trzecim zgodnie z § 4 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ), przy czym uprawnienie to zostało umownie zdefiniowane w SIWZ jako „sublicencja”?

2) czy Wykonawca zapewnia, że zgodnie z zapisami § 4 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) możliwy będzie dostęp do oprogramowania standardowego osobom trzecim będącym kontrahentami Zamawiającego w ramach wykonywanych przez nich obowiązków na rzecz Zamawiającego? Zamawiający zakłada, że oprogramowanie będzie przekazywane osobom trzecim będącym kontrahentami Zamawiającego i tylko na czas trwania Umowy z tymi kontrahentami (np. kontrahentom utrzymującym systemy Informatyczne Zamawiającego). Obowiązki osób trzecich mogą być realizowane poprzez umożliwienie im dostępu do SZBP, umożliwiając im obsługę zgłoszeń w SZBP”.

W dniu 18 listopada 2014 roku Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Nadmienić jednak należy, że fragmenty tych wyjaśnień były przywoływane zarówno w odwołaniu, jak i w odpowiedzi na odwołanie, nie zawierających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co do ich treści. Nadto, do odwołania zostały załączone stosowne załączniki, co do których również brak zastrzeżenia, że mogą stanowić one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 21 listopada 2014 r. dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Następnie, w dniu 4 grudnia 2014 roku Zamawiający dokonał unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i po dokonaniu ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz, że jako jedyna została złożona w postępowaniu oferta Odwołującego, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, że po ponownym przeanalizowaniu wyjaśnień Wykonawcy zawartych w piśmie z dnia 18.11.2014 r. dotyczących warunków licencyjnych oprogramowania, a w szczególności możliwości i potrzeb Zamawiającego określonych w § 4 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) w zakresie przekazywania oprogramowania na rzecz podmiotów świadczących usługi dla Zamawiającego (sublicencji) stwierdził, że Odwołujący nie zaoferował realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach i zasadach określonych przez Zamawiającego we wzorze umowy.

Izba podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Dla oceny prawidłowości podjętej przez Zamawiającego decyzji co do odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znamienne znaczenie miała treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 18 listopada 2014 roku, ale również treść oświadczenia zawartego na stronie 47 oferty Odwołującego.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że przytoczona powyżej treść pytań zawartych w wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 13 listopada 2014 roku, wskazuje, że Zamawiający powziął wątpliwości jedynie co do zaoferowanego oprogramowania standardowego i wyłącznie w tym zakresie wezwał Odwołującego do wyjaśnień, bowiem oba pytania dotyczą wyłącznie oprogramowania standardowego. Co do pozostałych oprogramowań, wskazanych we wzorze umowy, tj. oprogramowania JIRA (z którego Zamawiający korzysta na podstawie odrębnych umów), czy oprogramowania, stanowiącego Produkt SZBP, Zamawiający nie zadawał pytań Odwołującemu.

Ponadto, nie ulega wątpliwości, że w zakres licencji, o której mowa w § 4 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, wchodziła m.in. możliwość przekazywania osobom trzecim przez Zamawiającego oprogramowania standardowego (czyli udzielenie sublicencji). W ramach wyjaśnień z dnia 18 listopada 2014 roku Odwołujący kilkakrotnie odniósł się do oprogramowania standardowego (na stronie 5 „ad. 1” i na stronie 6 „ad. 2”). Wskazał, że możliwy będzie dostęp do oprogramowania standardowego dla osób trzecich, niemniej, wskazywał również, że *pojęcie niedozwolonego sublicencjonowania użyte przez Producenta oprogramowania odnosi się do zakazu występowania przez Zamawiającego jako licencjodawca dla kolejnych licencji (sublicencji)*, co potwierdza, że w przypadku zaoferowania oprogramowania tego Producenta (Atlassian), nie zostałby spełniony wymóg Zamawiającego, określony w § 4 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, a dotyczący nabycia przez Zamawiającego licencji uprawniającej m.in. do przekazywania osobom trzecim oprogramowania standardowego, w ramach wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy.

W odwołaniu, a także na rozprawie w dniu 29 grudnia 2014 roku, Odwołujący podnosił, że odniesienia do warunków licencyjnych oprogramowania firmy Atlassian miały jedynie charakter poboczny. Nie sposób jednak uznać za przekonującą tej argumentacji, skoro Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień wyłącznie w zakresie oprogramowania standardowego, a odniesienia Odwołującego do warunków licencyjnych producenta oprogramowania, o którym mowa powyżej, w przedmiotowych wyjaśnieniach

miały charakter obszerny i z ich treści wynikało zapewnienie Odwołującego, że będzie możliwy dostęp do oprogramowania standardowego dla osób trzecich będących kontrahentami Zamawiającego. Co więcej w złożonych przez siebie wyjaśnieniach Odwołujący nie powoływał się na oprogramowanie jakiegokolwiek innego producenta, a nadto Odwołujący do przedmiotowych wyjaśnień załączył także tekst oryginalny umowy ww. producenta oprogramowania.

Jak słusznie wskazał Zamawiający, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie potwierdzają wymaganego zakresu licencji określonego w § 4 ust. 2 wzoru umowy, co do przekazywania oprogramowania standardowego osobom trzecim (sublicencji), niezależnie już od kwestii pochodzenia oprogramowania standardowego od konkretnego producenta. Wyjaśnienia potwierdzają bowiem, jak już powyżej zostało wskazane, jedynie możliwość dostępu osób trzecich do oprogramowania standardowego, co oznacza, znacznie węższy zakres niż określony w § 4 ust. 2 wzoru umowy wymagany zakres sublicencji.

Odwołujący, w toku rozprawy w dniu 29 grudnia 2014 roku, podnosił, że Zamawiający w SIWZ nie określił, że oprogramowanie standardowe ma pochodzić od producenta oprogramowania JIRA (firmy Atlassian) oraz, że w ogóle ma pochodzić od innego producenta. Argumentował, że sam zamierzał stworzyć to oprogramowanie i je dostarczyć Zamawiającemu zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w tym z wymaganiami określonymi w § 4 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ. Faktem jest, że Zamawiający w tym zakresie nie postawił żadnych wymagań w SIWZ co do pochodzenia oprogramowania standardowego. Odnosząc się do oprogramowania standardowego określił, że jest to oprogramowanie wykorzystane i dostarczone przez Wykonawcę do budowy SZBP, wchodzące w skład oprogramowania, na które również składało się oprogramowanie JIRA z którego Zamawiający korzysta na podstawie odrębnych umów (definicja zawarta w § 1 pkt 3 wzoru umowy). Przy czym należy podkreślić, że Zamawiający nie podnosił, że oprogramowanie standardowe musi pochodzić od producenta oprogramowania JIRA, aby System SZBP powstały przez rozbudowę oprogramowania, z którego Zamawiający obecnie korzysta, mógł funkcjonować prawidłowo.

Odwołujący powoływał się na użycie wyrażenia „oprogramowania wytwarzanego”, które jego zdaniem miało wskazywać na zamiar wytworzenia przez niego oprogramowania standardowego w ramach przedmiotu zamówienia i dostarczenia tego oprogramowania Zamawiającemu. Odwołujący podkreślał, że w zakresie oprogramowania wytwarzanego dopuścił dodatkowo udzielanie przez Zamawiającego sublicencji innym podmiotom w zakresie nie pozostającym w związku z funkcjonowaniem SZBP. Co prawda Zamawiający nie określił w SIWZ warunku co do pochodzenia oprogramowania standardowego, jednakże treść wyjaśnień z dnia 18 listopada 2014 roku, nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że to Odwołujący stworzy oprogramowanie standardowe, a nie wykorzysta oprogramowania

innych producentów, tym bardziej, że powoływał się na warunki licencyjne producentów oprogramowania, z których wywodził fakt zapewnienia dostępu do oprogramowania standardowego osób trzecich, będących kontrahentami Zamawiającego, przy czym szeroko odwoływał się do warunków licencyjnych firmy Atlassian.

Podnieść należy także, że trafnie stwierdził Zamawiający w piśmie z dnia 4 grudnia 2014 roku dotyczącym unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponownego badania i oceny oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania, że na każdym etapie postępowania może on dokonać weryfikacji własnych czynności i zmienić swoją błędną decyzję. Dlatego też argumentacja Odwołującego, że na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazuje dodatkowo fakt, że na podstawie tych samych wyjaśnień Zamawiający początkowo dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a następnie ją odrzucił, jest chybiona.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba ustaliła, że Zamawiający prawidłowo ocenił, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Tym samym Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowiącego, iż: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.*

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a) oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

