

Sygn. akt: KIO 2761/11

**WYROK**  
**z dnia 10 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Protokolant:       Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez wykonawcę „**Qumak – Sekom**” S.A., **00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5**

przy udziale wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., 02-372 Warszawa, ul. Opaczewska 42/110** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
  
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „**Qumak – Sekom**” S.A., **00-807 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5** na rzecz wykonawcy „**Qumak – Sekom**” S.A. w **Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zmianami), 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**

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup licencji na EPWD – zakup licencji na oprogramowanie IBM Websphere lub równoważne.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011r. przez Qumak-Sekom S.A. w Warszawie i MIS S.A. we Wrocławiu zakwestionowano wybór oferty najkorzystniejszej oraz niewykluczenie z postępowania wykonawcy Tradex Systems sp. z o.o. i nieodrzućenie oferty złożonej przez tego wykonawcę. Odwołujący zarzucił zamawiającemu błędne ustalenie stanu faktycznego, nierówne traktowanie uczestników ze złamaniem zasady z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Tradex pomimo złożenia nieprawdziwych informacji oraz niezastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww wykonawcy, jako niezgodnej z siwz.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty, powtórne dokonanie oceny ofert, odrzucenie oferty Tradex jako sprzecznej z treścią siwz, wykluczenie wykonawcy Tradex z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W ocenie odwołującego przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z treścią siwz. W Rozdziale II ust. 1 pkt 1 siwz wskazano, że „Przedmiotem zamówienia jest nabycie licencji oprogramowania IBM Websphere Process Server 6.2 z prawem użytkowania dla 18 rdzeni (tj. 1800 PVU – part number D572HLL, E02E7LL),rozszerzającej licencję posiadaną przez zamawiającego w ramach programu Passport Advantage lub oprogramowania równoważnego (opis warunków równoważności w załączniku nr 3 do siwz), zwanego dalej „Oprogramowaniem” wraz z 12 miesięcznym wsparciem w cenie licencji, a po tym okresie oprogramowane objęte zostanie opieką serwisową przez okres 24 miesięcy.” Wykonawcy składali

oferty na formularzu (zał. Nr 1), który nakładał obowiązek wskazania nazwy oferowanego

produktu. Wykonawca w formularzu cenowym wskazał, że oferuje „licencję na oprogramowanie Websphere Process Serwer 6.2 z prawem użytkowania dla 18 rdzeni (tj. 1800 PVU spełniająca WARUNKI równoważności określone w załączniku nr do siwz”.

Odwołujący stwierdza, że zamawiający na podstawie tak wypełnionego formularza nie był w stanie ocenić jaki właściwie jest przedmiot oferty wykonawcy, dlatego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp dwukrotnie wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie przedmiotu oferty. W odpowiedzi wykonawca nie wyjaśnił, co dokładnie jest przedmiotem oferty, nie rozwiązał wątpliwości co do oferowanego produktu oraz nie wskazał jednoznacznie nazwy oferowanego produktu, co było konieczne z uwagi na treść formularza ofertowego zgodnie z siwz. Odwołujący wysłał dnia 20.12.2011 r. zapytanie do IBM Polska Sp. z o.o., producenta oprogramowania Websphere Process Serwer 6.2 stanowiącego przedmiot zamówienia, dotyczące wyjaśnień w zakresie prawidłowości przedmiotu oferty Tradex i otrzymał szczegółowe informacje potwierdzające twierdzenia odwołującego o niezgodności przedmiotu oferty z przedmiotem zamówienia. Odwołujący wyjaśnia przy tym, że oprogramowanie Websphere Process Server 6.2 WPS (Websphere Process Server 6.2) jest oprogramowaniem stanowiącym bazę do modelowania procesów biznesowych, jest narzędziem, na bazie którego można zbudować bazę relacji między procesami i obiektami takimi jak np. dokumenty. Licencje te nie mają zastosowania jako samodzielne oprogramowanie, stanowią jednak ważne narzędzie przy budowie dedykowanych systemów informatycznych działających w oparciu o procesy i obiekty. IBM sprzedaje licencje Websphere Process Server 6.2 na 2 sposoby:

1/ autonomicznie, do ogólnego, pełnego wykorzystania (program sprzedaży PA – Passport Advantage). W tym przypadku licencja jest wystawiana bezpośrednio na klienta.

2/ jako integralny składnik gotowego rozwiązania (program ASL – Application-Specific Licesning lub OEM – Oryginal Equipment Manufacturer) np. firma X sprzedaje klientowi produkt o nazwie „portal wymiany dokumentów” zbudowany na bazie Websphere Process Server, w tym przypadku jednak licencja jest wystawiana na partnera budującego portal, nigdy na klienta. Klient w tym przypadku korzysta z funkcjonalności Websphere Process Server, ale tylko w zakresie oferowanego łącznego rozwiązania (np. „portal wymiany dokumentów”).

Z powyższego wynika konsekwencja powodująca, że wykorzystywanie licencji ASL/OEM do celów innych niż łączne kompletne rozwiązanie będzie stanowiło naruszenie warunków licencyjnych IBM. Zamawiający, który dokupuje licencje Websphere Process Server 6.2 do budowy innego, niezależnego portalu EPWD (Elektroniczna Platforma Wymiany Dokumentów), produkcji innej firmy niż Tradex System nie będzie miał prawa tych licencji wykorzystać zgodnie z przeznaczeniem i celem przetargu opisanym jako przedmiot zamówienia. Ponadto również zdaniem producenta oprogramowania tj. koncernu IBM

„Programy sprzedaży ASL i OEM mogą być zastosowane do sprzedaży licencji pod budowę autonomicznych rozwiązań informatycznych. Zastosowanie Licencji Websphere w programie ASL lub OEM do budowy przez innego Wykonawcę portalu musi spełniać określone warunki m.in. użytkownik końcowy musi zostać poinformowany, że otrzymuje rozwiązanie, które zawiera ograniczoną licencję Websphere, co nie jest równoznaczne z nabyciem licencji Websphere. Ewentualne zatajenie tego faktu mogłoby przesądzać o istnieniu wady prawnej autonomicznego rozwiązania.”

Odwołujący stwierdził, że Tradex poprzez wskazanie, iż oferuje oprogramowanie Websphere Process Serwer 6.2 spełniające warunki równoważności poświadcza nieprawdę, bowiem nie można dostarczyć jednocześnie wskazanego oprogramowania i oprogramowania równoważnego. Natomiast w razie wskazania, iż wykonawca oferuje rozwiązanie równoważne zobowiązany był do wskazania nazwy produktu, czego nie uczynił, nawet na wezwanie zamawiającego, i stwierdził, że nie był do tego zobowiązany wobec braku takiego obowiązku poza formularzem oferty. W konsekwencji oferta w braku możliwości jednoznacznej oceny zaoferowanego produktu powinna być odrzucona jako niezgodna z siwz.

Uzasadniając zarzut złożenia nieprawdziwych informacji i naruszenia uczciwej konkurencji odwołujący wskazał na treść pisma IBM Polska Sp. z o.o. dotyczącego znaku towarowego Websphere, braku w IBM rozwiązań równoważnych, wycofania oferty dystrybutora IBM w Niemczech dla Tradex Systems Sp. z o.o. z zaleceniem wycofania oferty Tradex złożonej zamawiającemu i warunków licencjonowania IBM.

W ocenie odwołującego powyższe okoliczności dowodzą, że Tradex zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami siwz i zasadne jest przypuszczenie że wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Na potwierdzenie stanowiska odwołujący przywołał orzecznictwo KIO.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Uznał, że zarzuty odwołania nie są zasadne. Wskazał, że w toku postępowania, w trakcie badania ofert, powziął wątpliwości co do zaoferowanego przez przystępującego rozwiązania. W piśmie wykonawcy z dnia 8 grudnia 2011 r. otrzymał wyjaśnienia co do zaoferowanego przez przystępującego produktu jako równoważnego do wskazanego w SIWZ oraz stwierdzenie, że wykonawca ma uprawnienia do sprzedaży przedmiotu zamówienia i udostępniania licencji zamawiającemu. Zamawiający stwierdził, że oceniając oferty dysponował informacjami zawartymi w piśmie IBM Polska, który jest podmiotem trzecim, nie uczestniczącym w postępowaniu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że złożona przez niego oferta jest zgodna z wymaganiami siwz. Stwierdził, że zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia potwierdzając to

także wyjaśnieniami złożonymi zamawiającemu. Odnosząc się do argumentacji odwołującego opartej na treści pisma IBM Polska z 21.12.2011 r. stwierdził, że pismo to zawiera informacje nieprawdziwe, błędne i ma na celu zdyskredytowanie firmy przystępującego. Stwierdził, że nieprawdziwa jest zwłaszcza informacja, jakoby oprogramowanie dostarczane w modelu licencyjnym ASL/OEM było innym produktem niż to, które jest oferowane w modelu „Passport Advantage”. W ocenie przystępującego brak jest dowodów potwierdzających zarzuty odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z stron oraz uwzględniając przedstawione stanowiska stron i dokumentację postępowania, zważyła, co następuje.

W wyniku przeanalizowania ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalono, wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza zaoferował „licencję na oprogramowanie Websphere Process Server 6.2 z prawem użytkowania dla 18 rdzeni (tj. 1800 PVU) spełniająca warunki równoważności określone w załączniku nr 3 do SIWZ”. Zamawiający w toku badania ofert zauważył, że z jednej strony wykonawca oferuje dokładnie takie oprogramowanie, jakiego żądał zamawiający, a z drugiej strony wskazał, iż oprogramowanie spełnia warunki równoważności. W związku z tym zażądał wyjaśnienia, czy oferowane jest oprogramowanie IBM Websphere Proces Server 6.2 z prawem użytkowania dla 18 rdzenie, rozszerzające licencję posiadaną przez zamawiającego w ramach programu Passport Advantage, czy też programowanie równoważne z podaniem nazwy produktu i producenta oraz podkreślając, że rozwiązaniem równoważnym nie jest oprogramowanie wskazane wprost w siwz służące jedynie za podstawę do oceny równoważności wg przesłanek równoważności wskazanych w załączniku nr 3 do siwz. W odpowiedzi wykonawca stwierdził, że zaoferował konkretny produkt równoważny do wskazanego w siwz, który nie jest tożsamy z „licencją oprogramowania IBM Websphere Process Server 6.2 /.../ rozszerzający licencję posiadaną przez zamawiającego w ramach programu Passport Advantage”. Stwierdził przy tym, że siwz nie zawiera wymogu podania nazwy producenta oferowanego oprogramowania oraz w zakresie opisu oferowanego przedmiotu zamówienia poza nagłówkiem kolumny 2 pkt V formularza cenowego („nazwa oferowanego produktu”). Na podstawie powołanej treści oferty i wyjaśnienia uprawdopodobniony jest wniosek, że wykonawca zaoferował oprogramowanie Websphere Process Server 6.2 lecz nie w modelu licencyjnym „Passport Advantage”, lecz w modelu „ASL/OEM”, będące wg stwierdzenia zawartego w przystąpieniu do postępowania

odwoławczego, tym samym produktem posiadającym dokładnie te same funkcjonalności i parametry. Izba uznaje przy tym za niesporną okoliczność, że znak towarowy „Websphere” jest przynależny oprogramowaniu, które może być nabywane od koncernu IBM w wyżej wskazanych modelach licencyjnych (PA, ASL, OEM). Skład orzekający uznaje za zasługujący na uwzględnienie dowód dokumentu – pisma IBM Polska Sp. z o.o. z 21.12.2011 r. załączonego do odwołania oraz pisma IBM z 22.12.2011 r. skierowanego do zamawiającego (kopia złożona do akt postępowania odwoławczego na rozprawie), z których wynika, że firma przystępującego nie posiada autoryzacji na sprzedaż do zamawiającego oprogramowania IBM Websphere Process Server 6.2 w żadnym z programów sprzedaży, w tym PA, ASL lub OEM. W konsekwencji wskazanych warunków licencjonowania IBM, które nie dopuszczają wykorzystywania w ramach systemu zbudowanego w oparciu o oprogramowanie licencjonowane w programie PA, licencji w ramach innego niż ten program, uznać należy, że wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami siwz. Należy przy tym zauważyć, że wykonawca wbrew postanowieniom siwz i treści żądania zamawiającego nie wskazał nazwy oferowanego produktu (pkt V formularza oferty) poprzestając na deklaracji o jego równoważności.

W konsekwencji i w świetle dokonanych ustaleń uzasadnione jest stwierdzenie, że oferta wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego jako niezgodna z treścią siwz, w wyniku ponownej oceny ofert powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....