

Sygn. akt: KIO 1610/21

WYROK

z dnia 9 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 5 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 maja 2021 r. przez **wykonawcę Zakład Elektroniczny SiMS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach**

przy udziale **wykonawcy: GenesisMobo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zakład Elektroniczny SiMS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Bydgoszczy i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Zakład Elektroniczny SiMS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **wykonawcy Zakład Elektroniczny SiMS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Bydgoszczy** na rzecz **Zamawiającego: Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii z siedzibą w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr**

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę, montaż i utrzymanie systemu zliczania pasażerów”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Zakład Elektroniczny SiMS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Bydgoszczy (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 28 maja 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GenesisMobo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, w zw. Z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp oraz w związku z art. 90 ust. 1, ust. 1a, i ust. 3 ustawy Pzp w zw. Z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. Z art. 15 ust. 1 UZNK oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. Z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem w ocenie Odwołującego oferta ww. wykonawcy z jednej strony zawiera rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jak również nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji powinna zostać odrzucona.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2021 r. na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ oraz ofertę wykonawcy GenesisMobo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego następującego wykonawcy: GenesisMobo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia z siedzibą w Katowicach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę, montaż i utrzymanie systemu zliczania pasażerów”.

Przystępujący pismem z dnia 8 marca 2021 r. został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Na ww. pismo Przystępujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 15 marca 2021 r., dołączając do niego liczne dowody, jak również zawierając w treści pisma zarówno twierdzenia natury ogólnej, jak i szczegółowe wskazania potwierdzające realność dokonanej kalkulacji (również w ramach poszczególnych jej elementów), w tym oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych i oryginalności projektu wykonawcy oraz wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Przystępującego (zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Następnie Zamawiający pismem z dnia 26 marca 2021 r. wezwał Przystępującego do dodatkowych wyjaśnień w zakresie szczegółowych pytań Zamawiającego, na które Przystępujący również udzielił odpowiedzi pismem z dnia 2 kwietnia 2021 r. Przystępujący ponownie zawarł w swych wyjaśnieniach informacje o zakładanych rozwiązaniach i dostarczanych urządzeniach. Wyjaśnienia Przystępującego zostały uznane przez Zamawiającego za wyczerpujące i wykazujące prawidłową kalkulację ceny. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp pozostaje nieuzasadniony i nie zasługiwał na uwzględnienie. Zgodzić należało się z Przystępującym, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Zgodzić należało się z Przystępującym, że stanowisko Odwołującego przedstawia zaistniały stan faktyczny w sposób wybiórczy, w oderwaniu od pytań sformułowanych przez Zamawiającego i w sposób wypaczający rzeczywistą treść wyjaśnień i intencję Przystępującego. Nie uwzględnia również prawidłowej analizy treści pytania nr 12 do SIWZ (zadanego przez Przystępującego) i jego konsekwencji w postaci modyfikacji Wzoru Umowy w zakresie praw autorskich i licencji. Rację ma Przystępujący twierdząc, że Odwołujący próbuje wywołać wrażenie, iż Przystępujący nie uwzględnił w ofercie wszystkich wymogów Zamawiającego, które to wrażenie okazuje się całkowicie pozorne po przeprowadzeniu pełnej analizy modyfikacji SIWZ oraz treści oferty i wyjaśnień Przystępującego. Zgodzić należało się z Przystępującym, że przedmiotu zamówienia w całości nie stanowiło oprogramowanie dedykowane, zaś oprogramowanie dedykowane stanowiło niewielki ułamek zamówienia a autorskie prawa majątkowe miały zostać przeniesione wyłącznie do oprogramowania dedykowanego. Ponadto Odwołujący zarzucał, że cena Przystępującego nie stanowi nawet 30 % kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia oraz średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Zgodzić należało się z Przystępującym, że w postępowaniu zostały złożone tylko trzy oferty, a rozbieżności cenowe między nimi wskazują na znaczny rozrzut cenowy typowy na rynku usług informatycznych i potwierdzają specyfikę branży, a także wpływ indywidualnych cech poszczególnych wykonawców (w tym ich doświadczenia i wypracowanych rozwiązań technicznych) na możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. I tak oferta plasująca się bezpośrednio za ofertą Odwołującego przewyższała ją o ponad 9 mln złotych, a cena oferty Odwołującego nie stanowiła nawet połowy ceny oferty znajdującej się w rankingu bezpośrednio za nią.

Zgodzić należało się z Przystępującym, że Odwołujący faktu niemożliwości należytego wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego nie wykazał. Odwołujący ograniczył się w odwołaniu do rozważań dotyczących praw autorskich i rzekomej intencji Przystępującego do udzielenia wyłącznie licencji i dostarczenia wyłącznie oprogramowania standardowego. Tymczasem treść wyjaśnień Przystępującego takim wnioskom przeczy.

Zgodzić należało się z Przystępującym, że wyjaśnienia jego zawierały przykłady i rozważania o charakterze ogólnym dotyczące rodzajów oprogramowania (w tym standardowego, dedykowanego, jak również modelu pośredniego), możliwego do zaoferowania na rynku usług informatycznych, które jednak nie przeczą, że Przystępujący realizuje kontrakty w modelu oprogramowania standardowego oraz oprogramowania dedykowanego i oferuje Zamawiającemu produkt w pełni zgodny z jego oczekiwaniami. Przystępujący wskazał na stronie I akapit 2. swoich wyjaśnień: Oprogramowanie

standardowe a oprogramowanie dedykowane. Model biznesowy Oferenta. Ponadto Przystępujący na stronie 4. złożonych wyjaśnień odnosi się do pytania nr 12 do SIWZ, jak również wskazuje na elementy standardowe i dedykowane w oprogramowania (i w kontekście tak dokonanego przez Zamawiającego, na skutek modyfikacji SIWZ i Wzoru umowy, podziału na oprogramowanie standardowe i dedykowane prowadzi dalsze rozważania) a podział na oprogramowanie dedykowane i standardowe umożliwia skalowalność rozwiązań, obniżając tym samym zaoferowaną cenę.

Przystępujący uwzględnił w swojej ofercie, iż część oprogramowania będzie miała charakter standardowy, natomiast część będzie stanowiła oprogramowanie dedykowane (skonfigurowane, dostosowane do wymogów Zamawiającego, w tym dot. przeniesienia praw autorskich). I tak Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, zarówno na oprogramowanie dedykowane oraz standardowe – co potwierdzają złożone wyjaśnienia.

Ponadto wyjaśnienia Przystępującego są spójne z treścią Pytania nr 12 oraz zmodyfikowanego Wzoru Umowy. Tymczasem należy przypomnieć, że to właśnie Przystępujący, jako podmiot posiadający doświadczenie w opracowywaniu tego rodzaju oprogramowania, był w stanie odpowiednio zdefiniować pola i zakresy, gdzie wystarczające będzie korzystanie przez Zamawiającego z oprogramowania standardowego (znacznie obniżającego koszt), a gdzie z tzw. „oprogramowania dedykowanego”. Na skutek ww. pytania Zamawiający dokonał podziału oprogramowania w ramach zamówienia na oprogramowanie standardowe (dla którego właściwa jest licencja) i określony zakres oprogramowania dedykowanego (dla którego nastąpi przeniesienie praw autorskich wraz z kodami źródłowymi). Część dedykowana miała stanowić wyłącznie niewielki ułamek oprogramowania.

Dlatego też nie sposób zgodzić się z Odwołującym, jakoby „w przedmiotowym postępowaniu było jednak odwrotnie niż w swoich wyjaśnieniach przedstawia Przystępujący. Odwołujący błędnie twierdzi, że pierwotna wersja SIWZ oraz Wzoru Umowy przewidywała jedynie udzielenie przez Wykonawcę pełnej niewyłączonej licencji wszystkich programów komputerowych, finalnie jednak Zamawiający zażądał dostarczenia mu oprogramowania dedykowanego wraz z kodami źródłowymi. Jak słusznie zauważył Przystępujący początkowo (przed zmianą SIWZ) licencja była po pierwsze ujęta w bardzo szerokim zakresie (na szerokich polach eksploatacji) i czasie trwania (10 lat), a po drugie, ta szeroka licencja dotyczyła całości oprogramowania. Zakres licencji obejmował również w odniesieniu do standardowych elementów opracowania takie pola eksploatacji, jak wprowadzanie zmian w programie komputerowym, wprowadzanie do obrotu, publiczne rozpowszechnianie,

wykonywanie praw zależnych do utworu. Faktycznie zatem pierwotny zakres „licencji” odpowiadał bardziej prawom autorskim majątkowym niż klasycznej licencji. Po modyfikacjach (wprowadzonych na wniosek Przystępującego) oprogramowanie zostało podzielone na standardowe i dedykowane i odpowiednio zróżnicowano zakres praw autorskich/licencji wymaganych dla każdego z rodzajów oprogramowania. Zgodzić należało się, że przeniesienie praw autorskich na szerokich polach eksploatacji (wraz z kodami źródłowymi) po modyfikacji dotyczyło wyłącznie oprogramowania dedykowanego G 13 ust. 1 Wzoru Umowy po modyfikacji), tj. oprogramowania zainstalowanego w sprzęcie w pojazdach, zapewniającego funkcjonalności systemu zliczania pasażerów. Natomiast dla oprogramowania standardowego (centralnego) przewidziano licencję niewyłączną, ale o ograniczonych polach eksploatacji wskazanych w 13 ust. 8 zmodyfikowanego Wzoru Umowy (stosowania, wyświetlania, przekazywania i przechowywania niezależnie od formatu, systemu lub standardu, uruchamianie, stosowanie, zapisywanie i kasowanie wprowadzonych danych oraz trwałego lub czasowego zwielokrotniania programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie przekazywania i przechowywania programu komputerowego niezbędne jest jego zwielokrotnienie). Tym samym Zamawiający w większości podzielił uwagi Przystępującego zawarte w Pytaniu nr 12 i w adekwatny sposób zmodyfikował Wzór Umowy. Przystępujący bowiem w Pytaniu nr 12 do SIWZ wskazywał: Strona 5., 5. akapit: (...) Oprogramowanie dedykowane to fragment oprogramowania, który jest dopasowany pod szczególne wymogi Zamawiającego, które nie są zawarte w standardowym oprogramowaniu Wykonawcy. W ust. 1 SI 3 Umowy Zamawiający wymaga nabycia pełnego prawa do licencji (części standardowego oprogramowania i dedykowanego) lub sublicencji wszystkich programów komputerowych niezbędnych do funkcjonowania Systemu. Oferent informuje Zamawiającego, że w ramach funkcjonowania Systemu będzie wchodziło oprogramowanie wytworzone przez Wykonawcę jak i podmioty trzecie (tzw. oprogramowanie standardowe), które jest szeroko używane (skalowalne) przez Wykonawcę i w związku z tym Oferent nie ma możliwości przekazania Zamawiającemu pełnego prawa do licencji. Przystępujący wniósł o zmianę niniejszych postanowień umownych, co Zamawiający uczynił – zmieniając SIWZ.

Izba zgodziła się z Przystępującym, że Przystępujący, potwierdził złożonymi wyjaśnieniami, iż przeniesie pełne prawa autorskie do oprogramowania dedykowanego na warunkach wskazanych w Umowie, tj. wraz z kodami źródłowymi. Za takim uznaniem przemawiają zarówno pierwotne wyjaśnienia Przystępującego, jak i wyjaśnienia dodatkowe. Przystępujący potwierdził również wyjaśnieniami warunki i wymogi wiążące się z przeniesieniem praw autorskich jak również wycenę i kalkulację zaoferowanej ceny. Przystępujący potwierdził, iż przeniesie pełne prawa autorskie do oprogramowania

dedykowanego wraz z kodami źródłowymi. Tym samym oprogramowanie, które będzie sprzedawane innym klientom Przystępującego nie będzie oprogramowaniem tożsamym z oprogramowaniem dedykowanym dla Zamawiającego i zdefiniowanym we Wzorze Umowy (będzie sprzedawana inna wersja oprogramowania z której będzie korzystał wyłącznie Zamawiający po przeniesieniu pełni autorskich praw majątkowych). Ponadto zarzut, iż złożenie oferty z podaniem łącznej ceny na poziomie nieprzekraczającym 30 % średniej innych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w świetle wyjaśnień Przystępującego oraz wykazania braku rażąco niskiej ceny, nie ma uzasadnienia. Ponadto stanowisko Odwołującego – dotyczące rażąco niskiej ceny sprowadza się do błędnego rozumowania SIWZ (i wyciągania błędnych wniosków dla Przystępującego). Odwołujący nie wykazał – poza wskazaną argumentacją, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest rażąco niska. Ponadto co do poszczególnych elementów oferty Przystępujący wskazał, że poszczególne elementy oferty wykonawców też były rozbieżne i tak np. co do pozycji nr 3 „akcesoria” przystępujący zaoferował kwotę na 47 000 zł, Odwołujący zaś na 425 000 zł. Cena oferty przystępującego to 11% oferty Odwołującego. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, które pozycje wskazują na to, że cena jest rażąco niska. Zaproponowanie ceny 0 zł z automatu nie może być uznane za rażąco niską cenę. Przystępujący wyjaśnił, że ma niskie koszty oprogramowania.

Ponadto Odwołujący nie wskazał również z jakich powodów jest ona niezgodna z SIWZ. Ponadto Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 15 marca 2021 r. szczegółowo opisał produkt TC 1010 i powody, dla których nie ma konieczności tworzenia dla niego oprogramowania od nowa a urządzenie zamontowane w pojazdach mające na celu zliczanie pasażerów jest urządzeniem stosunkowo prostym technicznie, nie wymagającym zaawansowanego oprogramowania. Wskazuje na to treść pisma wykonawcy R&G PLUS p. z o.o. z dnia 2 października 2020 r. (Załącznik do odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 lipca 2021 r.). W piśmie tym R&G PLUS p. z o.o. wskazuje wprost iż urządzenie „nie wymaga zbyt dużych zasobów sprzętowych i pamięciowych” oraz że „nie jest wymagany żaden interfejs pokładowy GUI do jego obsługi”. Przystępujący wskazał, że posiada oprogramowanie dla urządzenia TC 1010 na różne funkcjonalności. System operujący na urządzeniu jest otwartym standardem Linux. Na stronie 18. ww. wyjaśnień Przystępujący opisał również, że będzie opierał się m.in. na posiadanym module raportowym, module diagnostycznym urządzenia, module szablonów raportów. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty nieodpowiadającej zapisom SIWZ oraz zarzut nierównego traktowania wykonawców należy zatem uznać za niezasadny. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, wykonawca nie wskazał na okoliczności stanowiące podstawę faktyczną odrzucenia oferty Przystępującego na ww. podstawach prawnych.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów odwołania, odwołanie podlegało oddaleniu. O kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....