

**WYROK**  
**z dnia 7 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2014 r. przez Odwołującego – Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (03-310), przy ul. Odrowąża 15, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 50-950 Wrocław, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pidikom sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (02-981), przy ul. Augustówka 11G/5, Kapsch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-822), przy ul. Poleczki 35,
2. wykonawcy Matic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-486), przy ul. Puławskiej 300A, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (03-310), przy ul. Odrowąża 15 i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (03-310), przy ul. Odrowąża 15 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego – Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (03-310), przy ul. Odrowąża 15 na rzecz Zamawiającego – Skarbu Państwa – Ministerstwa Finansów reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 50-950 Wrocław kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów reprezentowane przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 50-950 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa wraz z wdrożeniem systemu wirtualizacji, backupu i platformy sprzętowej dla systemów realizowanych w ramach programu e-Cło” (nr postępowania: 450000-ILGW-253-34/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2014 r., pod nr 2014/S 134-240315.

W dniu 15 października 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Matic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-486), przy ul. Puławskiej 300A (dalej: „Wykonawca Matic”) oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (03-310), przy ul. Odrowąża 15 (dalej: „Wykonawca Innergo” lub „Odwołujący”)

Wskazana powyżej czynność zaskarżona została odwołaniem wniesionymi do Prezesa Izby w dniu 24 października 2014 r., w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykonania, powtórzenia i unieważnienia czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Wykonawcy Innergo z dnia 26 września 2014 r., mimo iż Zamawiający uwzględnił przedmiotowe odwołanie w całości, a w konsekwencji bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy jego oferta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ,
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów.

W świetle powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego,
2. dokonania powtórnej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona i miałby on możliwość uzyskania zamówienia (cena oferty Odwołującego jest ceną niższą, od ceny oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą). Tym samym, wskutek niezgodnych z Pzp działań Zamawiającego, Odwołujący poniósł szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Tytułem wstępu Wykonawca Innergo wyjaśnił, że w dniu 16 września 2014 r. Zamawiający poinformował go o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz przesłał uzasadnienie odrzucenia jego oferty. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający poinformował m.in., że oferowana przez Odwołującego wersja oprogramowania do wirtualizacji (vCenter Server 5 Foundation for vSphere) nie umożliwia rozbudowy środowiska wirtualnego bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania. Wobec powyższego Wykonawca Innergo, w dniu 26 września 2014 r., wniósł odwołanie, którego zarzuty Zamawiający uwzględnił w całości w dniu 7 października 2014 r. Żaden z wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu, co spowodowało umorzenie postępowania odwoławczego postanowieniem z dnia 10 października 2014 r. (sygn. akt KIO 2001/14).

W dniu 15 października 2014 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Wykonawcę Matic. Wraz z tą informacją Zamawiający przesłał uzasadnienie odrzucenia oferty Wykonawcy Innergo, którego podstawa faktyczna, jak i prawna pokrywa się z uzasadnieniem odrzucenia oferty z dnia 16 września 2014 r.

Na uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp Odwołujący w pierwszej kolejności przytoczył brzmienie przepisu art. 186 ust. 2 Pzp stwierdzając, że nie pozostawia on wątpliwości co do obowiązku Zamawiającego

dokonania czynności zgodnie z żądaniem wykonawcy zawartym w uwzględnionym odwołaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien wykonać czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w jego odwołaniu, tj. unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia jego oferty, poprawić jej treść oraz dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego oznacza, iż Zamawiający przyznał rację Odwołującemu i potwierdził, że odrzucając jego ofertę naruszył przepisy Pzp. Jednocześnie żaden z konkurentów Odwołującego nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu, a co za tym idzie także oni uznali, że odwołanie z dnia 26 września 2014 r. jest w pełni uzasadnione. Zdaniem Wykonawcy Innergo konstrukcja prawna umożliwiająca uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego została przyjęta przez ustawodawcę ze względu na to, że uwzględnienie wszystkich zarzutów wykonawcy, który skorzystał ze środków ochrony prawnej miało zabezpieczać dostatecznie jego interes poprzez całkowite uczynienie zadość stawianym żądaniom.

Odwołujący podał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty z dnia 15 października 2014 r. stwierdził, że od wykonawcy „[...]wymagał między innymi zaoferowania oprogramowania do wirtualizacji umożliwiającego rozbudowę bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania[...]”. Zamawiający powołał się również na ustne motywy rozstrzygnięcia Izby dotyczące oddalenia odwołania wykonawcy IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-486), przy Al. Jerozolimskich 176 (dalej „Wykonawca IT.expert”), zgodnie z którymi „[...]oprogramowaniem niespełniającym wymagań Zamawiającego w SIWZ co do możliwości rozbudowy, a w szczególności poprzez rozbudowę skutkującą zwiększeniem liczby serwerów powyżej trzech, jest oprogramowanie VMware vCenter Server 5 Foundation[...]”. Wykonawca Innergo zaznaczył, że wbrew temu, co twierdzi Zamawiający nie zaistniały żadne okoliczności, które spowodowałyby konieczność zmiany oceny prawnej sytuacji. Skoro Zamawiający w dniu 7 października 2014 r. uznał, że treść jego oferty jest jednak zgodna z SIWZ w zakresie zaoferowania przez Wykonawcę Innergo oprogramowania VMware vCenter Server 5 Foundation, to nie może on w dniu 15 października 2014 r. odrzucać oferty wskazując tą samą podstawę, co w pierwszym, skutecznie zakwestionowanym wyborze. Bezzasadne jest zatem twierdzenie na obecnym etapie Postępowania, iż rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego uniemożliwia dokonanie rozbudowy bez zmiany sposobu licencjonowania, skoro Zamawiający uwzględniając wniesione uprzednio odwołanie, w którym jeden z zarzutów dotyczył przedmiotowej kwestii, potwierdził zgodność oferty Wykonawcy Innergo z SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wskazał, jakoby podstawą jego decyzji było rozstrzygnięcie KIO zapadłe w sprawie o sygn. akt KIO 2008/14, dotyczące rozpoznania

odwołania wniesionego przez Wykonawcę IT.expert. Oferta wspomnianego wykonawcy została odrzucona z powodu niezgodności z treścią SIWZ w zakresie:

1. niezgodności zaoferowanych macierzy z wymaganiem pkt 8 tabeli 4 wymagań dla macierzy zawartej w załączniku nr 1 do SIWZ,
2. użyciu jednego portu USB przełącznika 10GbE przez zaoferowanie wymaganej przez SIWZ pamięci Flash,
3. braku określenia numeru wersji zaoferowanego oprogramowania VMware vCenter Server 5.

Podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy IT.expert nie była niezgodność jej treści z SIWZ wynikająca z zaoferowania oprogramowania VMware vCenter Server 5 Foundation, a wyłącznie to, że ww. nie wskazał w ofercie, co tak naprawdę oferuje.

Wykonawca Innergo wskazał, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba jest związana zarzutami wskazanymi w odwołaniu, a co za tym idzie, skoro podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy IT.expert nie było zaoferowanie oprogramowania VMware vCenter Server 5 Foundation (tak jak miało to miejsce w przypadku oferty Odwołującego), to zarówno odwołanie Wykonawcy IT.expert, a tym bardziej wyrok KIO, nie rozstrzygał kwestii, czy oprogramowanie VMware vCenter Server 5 Foundation spełnia wymagania SIWZ, czy też nie. Odwołujący podkreślił, że w żadnym miejscu pisemnego uzasadnienia wyroku Izby z dnia 15 października 2014 r., wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1981/14 i 2008/14, nie wskazano, że oprogramowanie VMware vCenter Server 5 Foundation (czyli oprogramowanie zaoferowane przez Wykonawcę Innergo) nie spełnia wymagań SIWZ. Nie sposób zatem zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że z ustnych motywów rozstrzygnięcia dotyczących zasadności odrzucenia jednego z wykonawców, który złożył ofertę w Postępowaniu można – niejako przez analogię – stworzyć podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Niezależnie od powyższego Wykonawca Innergo zasygnalizował, że zaoferował Zamawiającemu rozwiązanie, które spełnia wszelkie jego oczekiwania, w szczególności umożliwia rozbudowę środowiska wirtualnego bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania. Nie zaktualizowała się zatem przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podał, że wszyscy wykonawcy, w tym również ten, którego oferta została wybrana, zaoferowali Zamawiającemu taki sam produkt, jak to uczynił Odwołujący, tj. VMware, tyle że w różnych wersjach: Standard, Foundation, Essential Kit Plus. W każdej z ww. wersji oprogramowania VMware sposób licencjonowania jest identyczny (w szczególności tożsamość sposobu licencjonowania w zakresie wersji Standard

i Foundation została potwierdzona w oświadczeniu autoryzowanego dystrybutora oprogramowania – Arrow ECS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-255), przy ul. Krakowiaków 32, zwanego dalej: „Arrow”, na które w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego powołuje się Zamawiający). W postanowieniach OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ) wskazano, że na obecnym etapie Zamawiający wymaga zapewnienia, że wykonawca dostarczy i uruchomi system wirtualizacji w 17 lokalizacjach Izb Celnych składający się z 3 serwerów w klastrze HA (pkt 1.1, tiret 1 OPZ). Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie wskazał co rozumie poprzez rozbudowę środowiska wirtualizacyjnego. Ponadto, zgodnie z pkt 1.1 akapit pierwszy OPZ „[...]Każdy SW (System Wirtualizacji) musi składać się ze sprzętu obejmującego trzy fizyczne serwery, na których Wykonawca zainstaluje oprogramowanie systemu wirtualnego pełniące rolę hypervisora, które również jest przedmiotem niniejszego zamówienia[...]”. W dalszej części pkt 1.1 OPZ Zamawiający stwierdził, że dostarczony przez wykonawcę system wirtualizacji musi umożliwiać jego rozbudowę bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania zastosowanego oprogramowania wirtualizacyjnego. W § 8 ust. 15 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) Zamawiający wskazał jedynie, że „[...]jest uprawniony do samodzielnej rozbudowy serwerów w zakresie rozszerzania pamięci RAM oraz zwiększania ilości serwerów w platformie wirtualizacyjnej[...]”. Kwestia ewentualnej rozbudowy nie została również doprecyzowana w odpowiedzi na pytanie 14 z dnia 8 sierpnia 2014 r. – Zamawiający wyjaśnia w tym zakresie jedynie kto i jakimi modułami będzie przeprowadzał rozbudowę pamięci RAM, co jest istotne jedynie w kontekście zachowania ważności udzielonej gwarancji na serwery. Brak jest odniesienia do oprogramowania wirtualizacji.

Reasumując – w przytoczonych powyżej fragmentach postanowień SIWZ i odpowiedzi Zamawiającego na pytanie wykonawcy podane było jedynie, że:

1. system ma składać się z trzech fizycznych serwerów, w których ma zostać zainstalowane oprogramowanie systemu wirtualnego,
2. system musi umożliwiać jego rozbudowę (nie jest wskazane w jaki sposób) bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania oprogramowania wirtualizacyjnego,
3. Zamawiający planuje samodzielną rozbudowę serwerów w zakresie rozszerzania pamięci RAM oraz zwiększania ich ilości w platformie (a nie zdefiniowanym w pkt 1.1 OPZ systemie wirtualizacji).

Odwołujący podkreślił, że zarówno w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty z dnia 16 września 2014 r., jak i z dnia 15 października 2014 r. Zamawiający wskazał, że oczekuje oprogramowania do wirtualizacji umożliwiającego rozbudowę bez konieczności zmiany

sposobu licencjonowania, przy czym przez rozbudowę „środowiska wirtualnego” należy rozumieć zwiększenie liczby serwerów, ilości pamięci RAM, itp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty po raz pierwszy pojawił się bardziej dokładny sposób rozumienia rozbudowy systemu wirtualizacji (choć również nieprecyzyjny poprzez użycie wyrażenia „itp.”). Próbę doprecyzowania niejasnych postanowień dokumentacji przetargowej na etapie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawca Innergo ocenił jako naruszenie przepisów Pzp.

Odwołujący podkreślił, że oprócz niedookreślonego domniemanego sposobu rozbudowy systemu Zamawiający również nie określił jej skali. Dopiero na etapie uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, co rozumie poprzez rozbudowę systemu wirtualizacji, ale kwestią wciąż otwartą pozostaje zakres (wielkość) szacowanej rozbudowy (przykładowo – nie zostało w żaden sposób doprecyzowane czy rozbudowa będzie obejmowała kilka czy kilka tysięcy sztuk serwerów). Zauważyć należy, iż zarówno przy oprogramowaniu VMware vCenter Server 5 w edycji Foundation (zaoferowanego przez Wykonawcę Innergo), jak i przy oprogramowaniu VMware w edycji Standard (zaoferowanym przez innych wykonawców, których oferty nie zostały z tego powodu odrzucone jako niezgodna z treścią SIWZ) istnieją ograniczenia, co do możliwości rozbudowy serwerów.

W konsekwencji, skoro każda z wersji oprogramowania VMware (tak w edycji Foundation, jak i Standard) zakłada ograniczenia dotyczące możliwości rozbudowy, a Zamawiający nie przybliżył wielkości planowanej w przyszłości rozbudowy, to nie sposób uznać, że oprogramowanie w edycji Foundation nie spełnia wymagań Zamawiającego, a w edycji Standard już tak. Co więcej, z treści OPZ wynika, że przy rozbudowie, jedynie sposób licencjonowania oprogramowania wirtualizacyjnego ma pozostać niezmienny. Jeśli bezspornym jest, że oprogramowanie VMware w edycji Standard spełnia przedmiotowy wymóg SIWZ, a sposób licencjonowania jest taki sam, jak w edycji Foundation (oświadczenie Arrow ECS sp. z o.o.), to logiczne jest, że również przedmiotowe oprogramowanie (Foundation) nie zmieni sposobu licencjonowania.

Odnosząc się szczegółowo do zasugerowanego przez Zamawiającego sposobu rozbudowy i licencjonowania dotyczącego oprogramowania VMware w edycji Foundation Odwołujący stwierdził, że w przypadku rozbudowy pamięci RAM, ilości procesorów, a także rozbudowywania systemu o urządzenia peryferyjne: karty rozszerzeń, moduły dokładające nowe funkcjonalności, etc., licencja nie zawiera ograniczeń w tym zakresie (nie zmieni się zarówno sposób licencjonowania, jak i ilość licencji). Z kolei w przypadku rozbudowy poprzez zwiększenie ilości serwerów sposób licencjonowania pozostanie niezmienny, wymagane jednak będzie dokupienie licencji. Tym niemniej, powołany powyżej zakaz zmiany sposobu



licencjonowania nie oznacza zakazu zmiany w zakresie ilości licencji niezbędnych do rozbudowy systemu. Zamawiający nie może oczekiwać, że zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie uchroni Zamawiającego przed koniecznością kupowania nowych licencji w przypadku rozbudowy systemu, gdyż wszystkie wersje vCenter posiadają ograniczenia co do możliwości rozbudowy i w każdym przypadku konieczne będą nowe licencje. Nie zmienia to faktu, że nawet dokupując nowe licencje sposób licencjonowania może się nie zmieniać; a w szczególności nie zmienia się między edycjami Foundation i Standard. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie zastrzegł, że zmiana sposobu licencjonowania nie może powodować konieczności np. dokupienia większej ilości licencji (zakładających taki sam sposób licencjonowania) – większa liczba licencji umożliwi zarządzanie więcej niż 3 hostami (serwerami) fizycznymi. To, że Zamawiający sobie wyobraża, iż pozostanie w przedziale od 3 do 1000 serwerów per lokalizacja, wskazując wersję Standard jako jemu odpowiadającą, nie może stanowić powodu odrzucenia oferty Wykonawcy Innergo, ponieważ Zamawiający nie zawarł w SIWZ (i odpowiedziach na pytania, itd.) informacji o skali rozbudowy systemu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o poniższą argumentację.

W pierwszeństwie podkreślił, że Wykonawca Innergo w dniu 26 września 2014 r. złożył odwołanie (sygn. akt KIO 2001/14), którego zarzuty zostały uwzględnione w całości. Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, wykonał, powtórzył lub unieważnił czynności w Postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, ponieważ oferta Odwołującego została ponownie poddana ocenie przez Zamawiającego w dniu 15 października 2014 r. Po dokonanej w dniu 15 października 2014 r. ponownej ocenie Zamawiający doszedł do wniosku, że jest ona sprzeczna z SIWZ i z tego względu dokonał jej odrzucenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego podstawa odrzucenia oferty Wykonawcy Innergo, które nastąpiło dnia 15 października 2014 r. tylko pozornie pokrywa się z uzasadnieniem odrzucenia oferty z dnia 16 września 2014 r. Na wspomnianą czynność wpływ miała treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 15 października 2014 r. w sprawie z odwołania wykonawcy IT.expert (sygn. akt KIO 2008/14). Zamawiający podkreślił, że wyrok ten nie dotyczy bezpośrednio Odwołującego, jednakże postępowanie dowodowe przeprowadzone przed Izbą ma bezpośredni wpływ na ocenę jego oferty ze względu na podobieństwo jednego z zarzutów dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Następnie wskazano, że zgodnie z SIWZ jednym z elementów oferty, który wykonawcy mieli zaoferować było oprogramowanie do wirtualizacji umożliwiające jego rozbudowę bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania. Zdaniem Zamawiającego jest to jeden z najistotniejszych elementów oferty, mającym wpływ na wysokość oferowanej ceny. W pkt

I OPZ zawarto wyraźne wskazanie: „[...]Dostarczony przez Wykonawcę system wirtualizacji musi umożliwiać jego rozbudowę bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania zastosowanego oprogramowania wirtualizacyjnego[...]”. Rozwinięcie pojęcia rozbudowy zawarte zostało w § 8 ust. 15 załącznika nr 9 do SIWZ, w którym stwierdzono „[...]Zamawiający jest uprawniony do samodzielnej rozbudowy serwerów w zakresie rozszerzenia pamięci RAM oraz zwiększenie ilości serwerów w platformie wirtualizacyjnej[...]” oraz w odpowiedzi na pytanie nr 14 z dnia 8 sierpnia 2014 r. Z powyższego, w ocenie Zamawiającego, wynika bezsprzecznie, że oczekuje on dostarczenia przedmiotu zamówienia umożliwiającego zwiększenie ilości hostów (serwerów) powyżej trzech, gdyż zgodnie z OPZ (pkt 1, ppkt 1, akapit pierwszy) „[...]Każdy SW (system wirtualizacji – przyp. Izby) musi składać się ze sprzętu, obejmującego trzy fizyczne serwery, na których Wykonawca zainstaluje oprogramowanie systemu wirtualnego[...]”. Z powyższego wynika, że zadaniem wykonawcy jest stworzenie systemu wirtualizacji obejmującego od początku trzy serwery, a oprócz tego zapewnienie jego rozbudowy w przyszłości o kolejne serwery. Skoro system od samego początku składa się z trzech serwerów, to logicznym jest, że jakkolwiek rozbudowa musi oznaczać co najmniej podłączenie kolejnego czwartego serwera.

Bezspornym jest, że Odwołujący w zakresie konsoli do zarządzania serwerami zaoferował oprogramowanie do wirtualizacji VMware vCenter Server 5 Foundation, co zostało wskazane m.in. na str. 5 odwołania. Oprogramowanie to nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż w ramach licencji umożliwia podłączenie maksymalnie trzech serwerów. Podłączenie kolejnych wymaga dokupienia kolejnych licencji, co oznacza zmianę sposobu licencjonowania, której Zamawiający w SIWZ nie dopuścił. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca Innergo całkowicie błędnie usiłuje wykazać, że zmiana sposobu licencjonowania nie oznacza, że Zamawiający nie dopuścił zakupu dodatkowych licencji.

Zamawiający podkreślił, że kwestia wymagań w zakresie oprogramowania do wirtualizacji została zbadana w toku postępowania przed Izbą w sprawie o sygn. akt KIO 2008/14. Izba oddaliła wszystkie zarzuty Wykonawcy IT.expert, z których jeden bezpośrednio wpływa na sytuację Wykonawcy Innergo. W uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2008/14 Izba wyraźnie wskazała (str. 12-13 uzasadnienia), że: „[...]Konsola do zarządzania maszynami wirtualnymi w oprogramowaniu do wirtualizacji – jak wykazał zamawiający – występuje na rynku w dwóch wersjach w zakresie zasad licencjonowania, z których tylko jedna zapewnia w pełni możliwość rozbudowy systemu. Druga wersja tę możliwość zawęża, a tym samym jej zaoferowanie nie spełnia wymogów SIWZ. System będzie bowiem rozbudowywany, na co zwracał uwagę zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców[...]”. Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że wyżej cytowany fragment uzasadnienia wyroku w oczywisty sposób stanowi dla niego wykładnię postanowień

SIWZ i jednocześnie podstawę oceny prawnej zgodności oferowanych edycji oprogramowania do wirtualizacji z treścią SIWZ. Oprogramowanie w oferowanej przez Wykonawcę Innergo wersji Foundation ogranicza obsługiwana ilość serwerów do trzech, czego Odwołujący nie kwestionuje. Odwołujący potwierdził to oświadczeniem Arrow z dnia 8 października 2014 r. złożonym jako dowód w poprzednim postępowaniu przed Izbą (sygn. akt KIO 1981/14 i KIO 2008/14) oraz na str. 9 odwołania. Tym samym wersja oprogramowania do wirtualizacji zaoferowana przez Odwołującego nie umożliwia rozbudowy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, zatem jest to wersja wskazana w uzasadnieniu wyroku KIO jako nie spełniająca wymagań SIWZ. Treść uzasadnienia dowodzi też, że kwestia rozbudowy systemu i sposobu licencjonowania została oceniona przez KIO i brak dowodu na jej zapewnienie przez Wykonawcę IT.expert stał się podstawą oddalenia jego odwołania w zakresie tego zarzutu.

Zamawiający stwierdził ponadto, że nie jest trafne stwierdzenie Wykonawcy Innergo, że podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy IT.expert było wyłącznie nie wskazanie z nazwy oferowanego oprogramowania do wirtualizacji. Została ona bowiem podana, ale na tyle niedokładnie, że nie można było zidentyfikować czy zaoferowana jest wersja zapewniająca rozbudowę o kolejne serwery powyżej trzech. Biorąc pod uwagę, że na rynku istnieją tylko dwie wersje oprogramowania tego producenta, oraz przyznany przez Odwołującego fakt, że oferowana przez niego wersja Foundation nie umożliwia rozbudowy bez dokupienia kolejnych licencji, Zamawiający odrzucając jego ofertę postąpił prawidłowo. Zamawiający przyznał, że także oprogramowanie w wersji Standard ogranicza możliwość rozbudowy systemu, tym niemniej do 1000 serwerów. Oznacza to jednak, że Zamawiający może w ramach licencji rozbudować system o dodatkowe 997 serwerów, podczas gdy w wersji Foundation nie może tego zrobić wcale z uwagi na opisane powyżej ograniczenia.

Zamawiający poddał krytyce argumentację Odwołującego jakoby zakaz zmiany sposobu licencjonowania oznaczać miał tyle, że Zamawiający nie życzy sobie zmiany licencjonowania per-instancja polegającego na tym, że dla każdej grupy serwerów jest jedna licencja. W piśmie Arrow z dnia 8 października 2014 r. wskazano, że oprogramowanie vCenter Server 5 w obu wersjach: Foundation i Standard jest licencjonowane w ten sposób, że dla każdej lokalizacji (grupy serwerów) przypada jedna licencja (wersja Foundation jest ograniczona do 3 serwerów, wersja Standard do 1000 serwerów na każdą licencję). Odwołujący wykazuje, że obie wersje oprogramowania do wirtualizacji licencjonowane są w taki sam sposób, gdyż dla obu istnieją ograniczenia co do możliwości rozbudowy, dla Foundation do 3 serwerów, dla Standard do 1000 serwerów, podkreślając jednocześnie, że Zamawiający nie wskazał skali planowanej rozbudowy. Powyższe twierdzenia są jednak – w ocenie Zamawiającego – nieistotne dla sprawy, bowiem spór dotyczy tego czy oprogramowanie zaoferowane przez Wykonawcę Innergo umożliwia rozbudowę systemu

wirtualizacji, czy też nie. Co więcej, argumentowanie, że zakaz zmiany sposobu licencjonowania nie oznacza zakazu zmiany w zakresie ilości licencji niezbędnych do rozbudowy systemu jest pozbawione sensu. Zamawiający wyraźnie wskazał, że rozbudowa musi być dopuszczona bez zmiany sposobu licencjonowania, a jednocześnie we wskazanych wyżej § 8 ust. 15 oraz w odpowiedzi na pytanie nr 14 sprecyzował, że przez rozbudowę rozumie między innymi podłączenie kolejnych serwerów. Skoro rozbudowa o kolejne serwery została połączona z brakiem zgody na zmianę systemu licencjonowania, to nie powinno budzić wątpliwości, że Zamawiający rozumie przez to brak konieczności zakupu kolejnych licencji, zwłaszcza, że zakup kolejnych licencji powoduje konieczność ponoszenia dużych kosztów.

W odpowiedzi na odwołanie wskazano również, że wymóg zastosowania technologii niewymagającej zmiany sposobu licencjonowania platformy wirtualizacji w przypadku konieczności jej rozbudowy wynika z planowanej na kolejne lata rozbudowy i migracji kolejnych systemów informatycznych o zasięgu regionalnym na budowane środowisko wirtualne i został narzucony przez Ministerstwo Finansów w ramach projektu e-cło. Przyjęcie wersji Foundation oprogramowania VMware w momencie rozbudowy będzie rodziło konieczność nabywania kolejnych licencji, bądź kosztownej zmiany wersji na Standard. Skutkiem będzie nieefektywne wykorzystanie środków publicznych przeznaczonych na realizację zadania.

Następnie Zamawiający wyjaśnił, że nie ulega też najmniejszej wątpliwości, że oprogramowanie do wirtualizacji oferowane przez Odwołującego występuje w dwóch wersjach, a nie jak zdaje się sugerować Odwołujący w odwołaniu – w trzech (Standard, Foundation i Essential Kit Plus). Przypomniał, że odrzucenie jego oferty wiąże się z zaoferowaniem oprogramowania na konsolę do zarządzania maszynami wirtualnymi, tj. w tym przypadku oprogramowania VMware vCenter Server 5 Foundation. Essential Kit Plus dotyczy oprogramowania vSphere, a nie vCenter, czyli odrębnej kwestii. W zakresie ilości sposobów licencjonowania produktu VMware vCenter Server Zamawiający powołał się na informacje zawarte na stronie internetowej producenta oprogramowania.

Pismem z dnia 7 listopada 2014 r. Odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie.

Podkreślił, że podstawa odrzucenia jego oferty w tzw. pierwszym i drugim wyborze, w zakresie dotyczącym oprogramowania do wirtualizacji, jest tożsama. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że pierwotnie Zamawiający wskazał więcej podstaw odrzucenia oferty, gdyż uzasadnienie rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie oprogramowania do wirtualizacji i zmiany sposobu licencjonowania z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 października 2014 r. pokrywa się z uzasadnieniem przedstawionym w dniu 16 września 2014 r. W konsekwencji, zdaniem Wykonawcy Innergo,

Zamawiający naruszył przepis art. 186 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykonania czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu, tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, także w zakresie decyzji odnoszącej się do podstawy odrzucenia dotyczącej oprogramowania do wirtualizacji, oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że utożsamianie przez Zamawiającego sformułowania „zmiana sposobu licencjonowania” z „dokupieniem kolejnej licencji” jest sprzeczne z literalnym brzmieniem wymogu zawartego w SIWZ, oceną Zamawiającego dokonaną przy weryfikacji zgodności oprogramowania VMware vSphere 5 Standard (drugiego z komponentów oprogramowania do wirtualizacji) z wymogiem dotyczącym zmiany sposobu licencjonowania oraz z praktyką innych zamawiających, potwierdzającą literalne brzmienie wymogu. Zaznaczył, że definicja „zmiany sposobu licencjonowania” przedstawiona przez Zamawiającego nie ma jakiegokolwiek odzwierciedlenia w treści SIWZ, jak również jest sprzeczna z wykładnią językową znaczenia słów „sposób” i „rozbudowa”.

Odwołujący wyjaśnił następnie, że oprogramowanie do wirtualizacji zaoferowane przez wszystkich wykonawców składa się z dwóch komponentów, tj. VMware vSphere 5 Standard oraz VMware vCenter Server 5 (Foundation lub Standard), przy czym wymóg braku konieczności zmiany sposobu licencjonowania na który powołuje się Zamawiający dotyczy całości oprogramowania, czyli obu komponentów. VMware vSphere 5 Standard jest licencjonowane per procesor, co potwierdził m.in. Arrow w oświadczeniu przedłożonym przez wykonawcę Sygnity podczas rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 1981/14. Zatem jeżeli Zamawiający będzie rozbudowywał system wirtualizacji o kolejne serwery, to zaistnieje bezwzględna konieczność dokupienia licencji dotyczącej oprogramowania VMware vSphere 5. Skoro na jeden procesor przypada jedna licencja, to logiczne jest stwierdzenie, że zwiększając ilość serwerów (w ramach których działają procesory) zajdzie konieczność dokupienia (zwiększenia liczby) licencji VMware vSphere 5. Wykonawca Innergo ocenił, że wewnątrz sprzeczne jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym VMware vCenter Server 5 Foundation nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż zakłada konieczność dokupienia dodatkowych licencji, przy jednoczesnym uznaniu oprogramowania VMware vSphere 5 za zgodne z treścią SIWZ, mimo iż w razie rozbudowy systemu wirtualizacji Zamawiający i tak będzie zobowiązany do dokupienia dodatkowych licencji przy zaoferowaniu tego oprogramowania.

Proponowany przez Zamawiającego sposób rozumienia wyrażenia „zmiana sposobu licencjonowania” nie znajduje potwierdzenia także w praktyce. W innych postępowaniach

o udzielanie zamówień publicznych Zamawiający wyraźnie oddzielali bowiem pojęcie „dokupienia nowych licencji” od „zmiany sposobu licencjonowania”, co potwierdza, iż ich utożsamianie na gruncie niniejszej sprawy jest błędem.

Odwołujący podkreślił, że wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, w żadnym miejscu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2008/14 Izba nie wskazała, iż oprogramowanie VMware vCenter Server 5 w edycji Foundation jest niezgodne z treścią SIWZ. Co więcej, postępowanie dowodowe także tego nie wykazało. Zamawiający błędnie założył, że oprogramowanie vCenter Server 5 występuje jedynie w dwóch edycjach, gdyż oprócz edycji Foundation oraz Standard istnieje również edycja Essentials, co potwierdza oświadczenie Arrow. Biorąc pod uwagę, że ww. orzeczenie mówi o dwóch wersjach „zasad licencjonowania”, to należy stwierdzić, że chodzi o modele licencjonowania per-instancja (dla edycji Standard i Foundation) oraz per-pakiet (dla edycji Essentials), które zostały wskazane w oświadczeniu Arrow. Wyrok Izby, na który powołuje się Zamawiający potwierdza zatem jedynie, że model licencjonowania per-pakiet (edycja Essentials) jest niezgodny z treścią SIWZ (co również jest zgodne z oświadczeniem Arrow). Tym samym, błędna interpretacja wyroku Izby oraz brak rzetelnych informacji o dostępnych edycjach oprogramowania dla vCenter Server 5 stały się podstawą wadliwej decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, podczas gdy oferowane przez Odwołującego rozwiązanie spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego.

Wykonawca Innergo wyjaśnił, że istnieją dwa sposoby licencjonowania oprogramowania VMware – per-instancja (dla każdej lokalizacji – grupy serwerów), w zakresie wersji Standard i Foundation oraz per-pakiet, w zakresie wersji Essentials. Nie może zatem budzić wątpliwości, że zmianą sposobu licencjonowania w przypadku oprogramowania VMware vCenter Server byłoby przejście z modelu licencjonowania per-pakiet na per-instancja, tj. z edycji Essentials na Foundation lub Standard. Dopiero wówczas nastąpiłaby zmiana sposobu licencjonowania, która jest niedopuszczalna w świetle postanowień SIWZ. Odwołujący podał, że zgodnie z oświadczeniem Arrow edycje Standard i Foundation umożliwiają rozbudowę bez zmiany sposobu licencjonowania, a jedynie edycja vCenter Server 5 Essentials nie spełnia przedmiotowego wymogu.

Wykonawca Innergo stwierdził również, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zwiększenie ilości licencji nie oznacza zmiany sposobu licencjonowania. W przypadku dokupienia licencji, czy to dla wersji Standard czy Foundation, sposób licencjonowania pozostaje niezmienny (per-instancja). Fakt, iż oprogramowanie w edycji Foundation zarządza 3 serwerami (hostami) fizycznymi nie oznacza, że system nie może być rozbudowany. Skoro Zamawiający twierdzi, że edycja Standard (posiadająca taki sam sposób

licencjonowania, jak edycja Foundation), spełnia wymagania SIWZ, a Zamawiający odrzuca ofertę, w której zaoferowano rozwiązanie opierające się o oprogramowanie VMware vCenter Server 5 Foundation to bezsprzecznie należy uznać, że naruszona została przez Zamawiającego zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie obaw Zamawiającego, że skutkiem przyjęcia oprogramowania w edycji Foundation może być nieefektywne wykorzystanie środków publicznych przeznaczonych na realizację zadania Wykonawca Innergo wyjaśnił, że nieefektywne wydatkowanie w rozumieniu przepisu art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2013.885 j.t. ze zm.) ma miejsce wówczas, gdy Zamawiający dokonuje zakupu droższego oprogramowania umożliwiającego obsługę tysiąca serwerów w lokalizacji (przy obecnym założeniu 3 serwerów w lokalizacji) w sytuacji, gdy nie potrafi określić, czy w ogóle rozbudowa będzie miała miejsce, a jeśli tak, to w jakiej skali. Podkreślił, że to właśnie zakupienie oprogramowania VMware vCenter Server w edycji Foundation, które umożliwia rozbudowę systemu, a obsługuje mniejszą ilość serwerów i jest znacznie tańsze, pozwoli na bardziej przemyślane, efektywne, a w konsekwencji, oszczędne wydatkowanie środków publicznych. Rozwiązanie to umożliwia racjonalną, stopniową rozbudowę poprzez dokupowanie kolejnych licencji, adekwatnie do wielkości rozbudowy (jeśli takowa będzie przeprowadzona). W edycji Standard Zamawiający nie ma możliwości wyboru i jest zmuszony zakupić licencję parokrotnie droższą, z góry zakładającą możliwą do objęcia ilość serwerów, w sytuacji, gdy tak duża infrastruktura może nigdy nie powstać. Jednocześnie należy wskazać, iż zakup nowych licencji nie spowoduje ani dwukrotnej zapłaty za ten sam zakup, ani też braku wykorzystania już zakupionych wcześniej licencji, gdyż w przypadku rozbudowy mamy do czynienia z dokupieniem kolejnych licencji, a nie zastąpieniem dotychczasowych licencji przez nowe.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W świetle wykładni literalnej (językowej), postanowienie OPZ „możliwość rozbudowy bez zmiany sposobu licencjonowania” jest jasne i nie powinno budzić wątpliwości interpretacyjnych. Nie sposób wywodzić na etapie badania i oceny ofert, że wynika z niego zakaz zwiększenia ilości licencji, a tym bardziej twierdzić, że wniosek taki jest logiczny. W ocenie Wykonawcy Innergo tylko dodanie wprost zastrzeżenia o niedopuszczeniu możliwości zaoferowania przez wykonawcę rozwiązania przewidującego konieczność dokupienia licencji, uprawniałoby Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy proponującego rozwiązanie VMware vCenter Server 5 w edycji Foundation. Natomiast brak sformułowania takiego zakazu nie uprawnia Zamawiającego do nadawania przedmiotowemu

postanowieniu SIWZ znaczenia całkowicie dowolnego. Co istotne, jeśli Zamawiający planuje rozbudowę infrastruktury w systemie m.in. w zakresie zwiększania ilości serwerów w platformie wirtualizacyjnej (§ 8 ust. 15 wzoru umowy) – przez co można rozumieć, iż przewiduje również możliwość ich dokupienia – to niezasadne jest twierdzenie, że nie może dokupić do nich licencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienia zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Pidikom sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (02-981), przy ul. Augustówka 11G/5, Kapsch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-822), przy ul. Poleczki 35 (dalej: „Konsorcjum Pidikom”) oraz Wykonawca Matic wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały argumentację zawartą w złożonych pismach procesowych.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści wydruku ogłoszenia o zamówieniu na zakup nowych licencji systemu Eskulap oraz zmianę sposobu licencjonowania posiadanych modułów systemu Eskulap w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez SP ZOZ Szpital Wojewódzki w Poznaniu na okoliczność rozróżniania przez zamawiających pojęć „zakupu nowych licencji” i „zmiany sposobu licencjonowania”, oświadczeń Arrow z dnia 6 listopada 2014 r. (3 sztuki), na okoliczność: liczby edycji (wersji) i sposobów licencjonowania oprogramowania VMware vCenter Server 5, możliwości rozbudowy systemu wirtualizacji bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania, zarówno przy wykorzystaniu oprogramowania VMware vCenter Server 5 w wersji Standard i Foundation oraz możliwości rozbudowy oprogramowania VMware vCenter Server 5 Foundation do edycji Standard bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów z tego tytułu, a nadto z treści wyciągu z zasad licencjonowania produktów VMware (wraz z tłumaczeniem na język polski) na okoliczność liczby edycji oprogramowania vCenter Server.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści przygotowanego przez niego schematu graficznego na okoliczność różnic w sposobach licencjonowania oprogramowania VMware w wersji Standard i Foundation.

Wykonawca Matic wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia Avnet sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-134), przy ul. 1 sierpnia 6A (dalej: „Avnet”) – autoryzowanego dystrybutora rozwiązań VMware, na okoliczność liczby edycji oprogramowania vCenter Server 5, oraz że dokupienie dodatkowych licencji na



oprogramowanie VMware vCenter Server 5 Foundation lub ulepszenie tej edycji do wersji Standard stanowić będzie zmianę sposobu licencjonowania zakazaną postanowieniami SIWZ.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum Pidikom oraz Wykonawcę Matic (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba ustaliła, że nie były sporne między stronami relewantne dla rozstrzygnięcia sprawy elementy stanu faktycznego, które przedstawione zostały zarówno w odwołaniu, jak i odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Odwołującego z dnia 7 listopada 2014 r. Osią sporu była natomiast interpretacja zakresu obowiązków Zamawiającego wynikających z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania (por. przepis art. 186 ust. 2 zd. drugie Pzp), jak również rozumienie postanowień SIWZ odnoszących się do wymogu zapewnienia przez oprogramowanie wirtualizacyjne możliwości rozbudowy dostarczonego systemu bez konieczności zmiany sposobu licencjonowania.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się, w konsekwencji czego podlegało ono oddaleniu.

W zakresie naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba wskazuje, że nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołania, jakoby zamawiający w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych przez wykonawcę zobligowany był do bezrefleksyjnego uczynienia zadość wszystkim żądaniom zawartym w treści odwołania. Trzeba mieć bowiem na względzie, że zamawiający – zarówno podejmując czynności na skutek uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, jak i w normalnym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – winien działać zgodnie z nadrzędnym celem prowadzonej przez siebie procedury, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem przepisów Pzp. Podstawą takiego zapatrywania jest chociażby art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamówienie publiczne może być udzielone wyłącznie wykonawcy

wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Nawet w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania czynności podejmowane przez zamawiającego w jego następstwie nie mogą, w ocenie Izby, prowadzić do skutków sprzecznych z przepisami Pzp, przykładowo do wyboru oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, co *notabene* miałyby miejsce w przedmiotowej sprawie. Przeciwnie zapatrywanie prowadziłoby do wniosku, że *ad casum* rola Zamawiającego sprowadzać miałyby się do unieważnienia pierwszej czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Innergo, a następnie do jej wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu, nawet z pominięciem zawartego w uprzednim odwołaniu żądania dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Co więcej, mając na względzie niekwestionowany przez Odwołującego fakt, że Zamawiający unieważnił podjęte uprzednio czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Wykonawcy Innergo, a nadto powtórzył pierwszą z wymienionych czynności, to podstawą omawianego zarzutu było *de facto* niedokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego. Okoliczność ta nie może jednak stanowić wystarczającej podstawy do zarzucania Zamawiającemu naruszenia wskazanych powyżej przepisów Pzp. W szczególności naruszenie przepisu art. 186 ust. 2 Pzp nie przesądza *per se* o uwzględnieniu kolejnego odwołania wykonawcy, wniesionego od niewykonanej zgodnie z jego intencją czynności, lecz o merytorycznym rozpoznaniu środka ochrony prawnej. Niewykonanie wszystkich żądań zawartych w uwzględnionym odwołaniu odnosi bowiem ten skutek, że zamawiający musi liczyć się z ewentualnością zaskarżenia czynności podjętych wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia zarzutów odwołania, co z kolei skutkować będzie wydłużeniem czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji wykonawca, którego odwołanie zostało pierwotnie uwzględnione jest legitymowany do ponownego skorzystania ze środka ochrony prawnej, inicjującego postępowanie odwoławcze mające na celu – jak wspomniano –weryfikację zgodności z Pzp tych czynności zamawiającego, które stoją w sprzeczności z żądaniami zawartymi w uprzednio uwzględnionym odwołaniu. Interpretacja taka podyktowana jest okolicznością, że obowiązujące przepisy Pzp nie przewidują obowiązku badania przez Izbę zgodności czynności polegającej na uwzględnieniu zarzutów odwołania z materialnymi przepisami Pzp. Przeciwnie – art. 186 ust. 2-3 Pzp statuuje wyłącznie skutek w postaci umorzenia postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznawania zasadności sformułowanych w uwzględnionym odwołaniu zarzutów, czy też wspomnianej powyżej zgodności tej czynności zamawiającego z regulacjami Pzp. Jeżeli nawet okaże się, że powtórzone przez zamawiającego czynności, choć nie odpowiadają żądaniu odwołującego z uwzględnionego odwołania, były prawidłowe, odwołanie, w którym sformułowano zarzut

naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 Pzp podlega oddaleniu, jako pozbawione merytorycznego uzasadnienia.

W konsekwencji ocenie Izby w tym postępowaniu odwoławczym poddane zostały przyczyny ponownego odrzucenia oferty Odwołującego, nie zaś sam fakt niewykonania w całości żądań poprzednio uwzględnionego odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, w zakresie zaoferowania oprogramowania do wirtualizacji uniemożliwiającego rozbudowę systemu bez zmiany sposobu licencjonowania Izba wskazuje, że w toku rozprawy strony i Przystępujący toczyły niemający pierwszoplanowego znaczenia dla rozstrzygnięcia o tej kwestii spór odnoszący się do liczby dostępnych wersji oprogramowania VMware vCenter Server 5. Odwołujący przedstawił bowiem argumentację i dowody (*vide* pierwsze ze złożonych na rozprawie oświadczeń Arrow z dnia 6 listopada 2014 r. oraz wyciąg z zasad licencjonowania produktów VMware) mające niejako sprostować stanowisko Izby zawarte w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 1981/14 i KIO 2008/14, na którym to oparł się Zamawiający dokonując zaskarżonej przez Wykonawcę Innergo czynności względem jego oferty.

Jedynie na marginesie, w odniesieniu do dostępnych na rynku wersji oprogramowania VMware vCenter Server 5, zasygnalizować należy w tym miejscu sprzeczność wniosków płynących z materiału dowodowego prezentowanego przez strony. Wspomniane dowody zawnioskowane przez Odwołującego mówią o trzech wersjach (edycjach) oprogramowania (Standard, Foundation i Essentials), podczas gdy oświadczenie Avnet (drugiego, obok Arrow, oficjalnego dystrybutora VMware w Polsce) z dnia 29 października 2014 r. złożone przez Przystępującego i informacje ze strony internetowej VMware, w połączeniu z oświadczeniem Arrow z dnia 8 października 2014 r., którymi posłużył się w postępowaniu odwoławczym Zamawiający – wyłącznie o dwóch (Standard i Foundation). Podważa to, w ocenie Izby, wiarygodność wnioskowanych dowodów.

Niezależnie od powyższego skład orzekający doszedł jednak do przekonania, że to nie wyjaśnienie, która z wersji ww. oprogramowania nie spełnia wymagań SIWZ, a ustalenie, czy spełnia je wersja zaoferowana przez Odwołującego (VMware vCenter Server 5 Foundation – patrz formularz ofertowy Wykonawcy Innergo sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ) stanowić może podstawę rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie.

Niekwestionowanym wymaganiem Zamawiającego było, aby dostarczony przez wykonawcę system wirtualizacji zapewniał możliwość rozbudowy bez zmiany sposobu

licencjonowania zastosowanego oprogramowania wirtualizacyjnego (pkt I, ppkt 1, tiret trzeci OPZ). W powyższym kontekście, w zakresie pojęcia rozbudowy, należy zwrócić uwagę na okoliczność, że zgodnie z § 8 ust. 15 wzoru umowy mogła ona polegać m.in. na zwiększeniu liczby serwerów składających się na wspomniany system. Mając dodatkowo na względzie fakt, że wersje zaoferowanego oprogramowania (VMware vCenter Server 5 – Standard i Foundation) różniły się liczbą serwerów objętych jedną licencją, co wynikało nie tylko z treści oświadczenia Arrow z dnia 8 października 2014 r., ale zostało również przyznane przez Wykonawcę Innergo (np. str. 6 – pkt IV, ppkt 5, lit. d pisma procesowego z dnia 7 listopada 2014 r.), Izba doszła do wniosku, że pod pojęciem sposobu licencjonowania mieszczą się nie tylko modele instalacji wskazane we wzmiankowanym powyżej oświadczeniu Arrow z dnia 6 listopada 2014 r. (per-instancja, per-pakiet), ale również maksymalna liczba serwerów objętych jedną licencją. W tym sensie także zwiększenie liczby posiadanych licencji, towarzyszące rozbudowie systemu polegającej na dodaniu kolejnych serwerów, uznane musi być za zmianę sposobu licencjonowania produktu. Inaczej byłoby w sytuacji, w której wspomniane sposoby licencjonowania nie dotyczyłyby w ogóle kwestii maksymalnej liczby serwerów, jakie mogą być objęte jedną licencją – w takim wypadku dokupienie następnej licencji obejmującej kolejne serwery, o które rozbudowywany miałby zostać system, nie mogłoby być poczytywane za zmianę sposobu licencjonowania.

Innymi słowy, w ocenie Izby, kwestia liczby serwerów objętych jedną licencją była immanentnie związana ze sposobem licencjonowania produktu (stanowiła o sposobie licencjonowania produktu stanowiącego przedmiot zamówienia). Postanowienia SIWZ wskazują, że intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy zaoferowali oprogramowanie do wirtualizacji (VMware vCenter Server 5) objęte taką licencją, która od początku umożliwiałaby jakąkolwiek rozbudowę systemu wirtualizacji realizowaną w drodze dołączania do niego nowych serwerów, bez konieczności dokupowania kolejnych licencji, czy ulepszania jednej edycji licencji do drugiej (tj. wersji Foundation do wersji Standard, na którą to możliwość wskazywał Wykonawca Innergo, odwołując się do kolejnego, złożonego na rozprawie, oświadczenia Arrow z dnia 6 listopada 2014 r.), co również, w ocenie Izby, jest formą ingerencji w sposób licencjonowania. Nie mogło przy tym stanowić argumentu przemawiającego za stanowiskiem Odwołującego wskazywanie obecnie, że Zamawiający nie określił skali planowanej rozbudowy systemu, ponieważ odnoszące się do niej postanowienia SIWZ nie były przedmiotem wnoszonych w toku Postępowania środków ochrony prawnej. Fakt, że Zamawiający nie doprecyzował w tym zakresie swoich zamierzeń nie ma bowiem znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, a wspomniany brak skutkować może dla Zamawiającego negatywnymi konsekwencjami dopiero na etapie realizacji umowy, w sytuacji w której chciałby rozbudować system powyżej maksymalnej liczby serwerów objętych jedną

licencją, tj. powyżej 1000 szt., ponieważ taką liczbę serwerów obejmuje oprogramowanie VMware vCenter Server 5 Standard.

Reasumując powyższe należało stwierdzić, że produkt zaoferowany przez Odwołującego (VMware vCenter Server 5 Foundation) umożliwia wprawdzie rozbudowę systemu o kolejne serwery (w tym zakresie kolejne z oświadczeń Arrow z dnia 6 listopada 2014 r. złożone przez Wykonawcę Innergo na rozprawie uznane zostało za wiarygodne), jednak nie bez ingerencji w samą licencję (ulepszenie jednej wersji do drugiej) lub dokupienia kolejnych licencji, co – wobec faktu związania rodzaju licencji z ilością objętych nią serwerów (3 w wersji Foundation i 1000 w wersji Standard) – uznać należało za naruszające zakaz zmiany sposobu licencjonowania przy rozbudowie systemu.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego dotyczącej braku konsekwencji Zamawiającego w odniesieniu do oceny możliwości rozbudowy systemu wirtualizacji w kontekście drugiego z komponentów oprogramowania do wirtualizacji – VMware vSphere Standard, ponieważ zaoferowanie tego oprogramowania nie leżało u podstaw odrzucenia oferty Wykonawcy Innergo. Co więcej, Odwołujący – poza odwołaniem się do dokumentu złożonego w innym postępowaniu odwoławczym przez innego wykonawcę – nie przedstawił dowodów (przykładowo w postaci oświadczenia Arrow, którego to dokumentami posługiwał się w toku postępowania odwoławczego) na istnienie określonych ograniczeń licencyjnych tego oprogramowania, które będą wymuszały na Zamawiającym zwiększanie ilości licencji także na nie. Przypomnieć należy, że postępowanie dowodowe prowadzone jest przez Izbę z poszanowaniem zasady bezpośredniości, co oznacza, że odbywa się ono przed składem orzekającym rozpoznającym daną sprawę, a zatem odwoływanie się do wyników postępowania dowodowego w innej sprawie nie może mieć miejsca. Na marginesie Izba wskazuje, że z powyższej przyczyny, a także z uwagi na brak związania Izby rozstrzygnięciami wydanymi na gruncie innych postępowań odwoławczych, nie została wzięta pod uwagę argumentacja Zamawiającego odnosząca się do uzasadnienia wyroku Izby z dnia 15 października 2014 r., wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1981/14 i KIO 2008/14 i ustaleń poczynionych w toku przeprowadzonego wówczas postępowania dowodowego.

Nie było również uzasadnione odwoływanie się przez Wykonawcę Innergo do praktyk innych zamawiających na gruncie prowadzonych postępowań o udzielanie zamówień publicznych oraz przyjmowanego przez nich sposobu definiowania pojęć „dokupienia nowych licencji” i „zmiany sposobu licencjonowania”, na dowód czego przedstawiono ogłoszenie o zamówieniu w przetargu prowadzonym przez SP ZOZ Szpital Wojewódzki w Poznaniu. Zamówienia z rynku informatycznego, ze względu na znaczny postęp technologiczny w tej branży i ogólny wysoki stopień skomplikowania oferowanych na tym rynku rozwiązań,

cechuje dalece idący indywidualizm towarzyszący opisywaniu potrzeb instytucji zamawiających. Wobec tego brak jest nie tylko uniwersalnego schematu konstruowania opisów przedmiotu zamówienia, ale również definiowania wykorzystywanych do tego pojęć, które łącznie można byłoby określić mianem zbioru dobrych praktyk. Nie można również zapominać o tym, że każdy zamawiający, będąc gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, winien samodzielnie, z uwzględnieniem własnych uzasadnionych potrzeb i oczekiwań, przygotowywać dokumentację przetargową (a w szczególności jeden z jej najistotniejszych elementów, jakim jest opis przedmiotu zamówienia), mając na uwadze nie to żeby przyjęte na jej gruncie definicje określonych pojęć odpowiadały ich znaczeniom nadawanym przez innych zamawiających w prowadzonych przez nich postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, ale to, aby pojęcia definiowane były w sposób jednolity i zrozumiały. Podkreślenia wymaga również, że na gruncie Pzp nie ma normatywnego obowiązku ujednolicania przez zamawiających opisów przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji, obowiązkiem każdego wykonawcy jest całościowa interpretacja postanowień konkretnej SIWZ, nie zaś egzegeza poszczególnych, wyrwanych z jej kontekstu treści. To właśnie znaczenia nadane określonym pojęciom przez Zamawiającego, nie zaś odnosząca się do sposobów licencjonowania oprogramowania VMware vCenter Server 5 nomenklatura stosowana przez jego dystrybutora (Arrow), czy wreszcie znaczenia pojęć nadawane przez innych zamawiających przesądzają o prawidłowości odczytania intencji wynikających z treści SIWZ. *Ergo* dowód z treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego zupełnie innego rodzaju oprogramowania, którego sposoby licencjonowania mogą być całkowicie odmienne, nie mógł zostać uznany za wiarygodny i stanowić podstawy obowiązującej w Postępowaniu wykładni pojęć „dokupienia nowych licencji” i „zmiany sposobu licencjonowania”.

Podsumowując – zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie potwierdził się.

Oddalenie omówionych powyżej zarzutów powoduje, że nie mógł również odnieść skutku zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, którego Odwołujący upatrywał w naruszeniu art. 186 ust. 2 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego przejawów postępowania wbrew zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie stwierdziła również udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba orzeczone, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....