

Sygn. akt: KIO 2106/13

WYROK
z dnia 13 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2013 r. przez wykonawcę **Senetic Sp. z o. o. Sp. komandytowo-akcyjna, 40-600 Katowice, ul. Kościuszki 227**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5**,

przy udziale wykonawcy **Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Senetic Sp. z o. o. Sp. komandytowo-akcyjna, 40-600 Katowice, ul. Kościuszki 227**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **Senetic Sp. z o. o. Sp. komandytowo-akcyjna, 40-600 Katowice, ul. Kościuszki 227**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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

Zamawiający, Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa licencji na bezterminowe użytkowanie oprogramowania serwerowego, klienckiego oraz licencji dostępowych.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), dalej także, jako „Pzp”, odrzucił ofertę wykonawcy Senetic Sp. z o. o. Spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Katowicach z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Wobec powyższych czynności w dniu 2 września 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył Senetic Sp. z o. o. S.K.A., zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenie jego oferty, pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ. Jak wskazywał odwołujący czynność ta doprowadziła do wyboru oferty wykonawcy Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie, która nie jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w przedmiotowym postępowaniu i konsekwencji naruszono zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż na podstawie treści wymagań zawartych w SIWZ wraz z jej zmianą z dnia 18 lipca 2013 r., treść jego oferty odpowiada wszystkim wymogom postawionym przez zamawiającego. Odwołujący wskazywał, iż zaoferował produkty w modelu licencjonowania Microsoft Open oraz Open Value, który spełnia wszystkie wymagania zamawiającego opisane w SIWZ. Podnosił, iż na potrzeby środowiska szkoleniowego zaoferował dodatkowe produkty umożliwiające prawo do instalacji środowiska szkoleniowego wykorzystującego oprogramowanie będące przedmiotem umowy dla grupy 20 osób - zgodnie z pkt 3 wymagań ogólnych. Odwołujący, powołując się na treść swojej oferty wskazywał, iż oświadczył, że produkty w przedstawionej konfiguracji spełniają wymagania SIWZ, ponadto w treści formularza ofertowego oświadczył, że: „oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego (...) zapoznaliśmy się ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zobowiązujemy się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych”. Odwołujący stwierdził, iż decyzja o odrzuceniu jego oferty została podjęta na podstawie przesłanek niesprecyzowanych w treści SIWZ. W treści SIWZ zamawiający nigdzie nie sprecyzował wymogu, że oferowane licencje

mają dawać możliwość instalacji i korzystania z 20 kopii dowolnych produktów Microsoft w środowisku szkoleniowym. Odwołujący wskazywał, że skoro zamawiający nie opisał w sposób zrozumiały swoich wymagań to nie może teraz oceniać ofert w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż nie oferował licencji dostępowych do Serwera Windows (Windows Server Client Access License), gdyż licencje te nie były przedmiotem zamówienia. Tym samym zdaniem odwołującego, przyjęcie powodów odrzucenia jego oferty prowadziłoby do wniosku, iż licencje w ramach zamówienia podstawowego również nie posiadają żądanej wartości funkcjonalnej, gdyż bez licencji dostępowych z funkcjonowania tego oprogramowania zamawiający również nie mógłby skorzystać a nie ma przecież zastrzeżeń co do oferty w zakresie licencji podstawowych.

Z ostrożności odwołujący wskazywał również, iż podnoszona przez zamawiającego niezgodność jego oferty z postanowieniami SIWZ winna być poprawiona stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wartość licencji dostępowych stanowi jedynie 0,012% wartości jego oferty dlatego z punktu widzenia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wytykana niezgodność jego oferty nie jest doniosła ani faktycznie ani prawnie. Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający uznał, iż błędnie interpretuje on postanowienia SIWZ i z tych powodów zaoferował licencje niezgodne z treścią SIWZ, to z uwagi na znikomy rozmiar błędu zobowiązany był go poprawić i dokonać wyboru oferty odwołującego. Odwołujący wskazywał, iż poprawienie omyłki mogłoby polegać na:

- 1) Dopisaniu przez zamawiającego do treści oferty licencji Windows Server Client Access Licence bez podniesienia ceny ofertowej,
- 2) Dopisaniu przez zamawiającego do treści oferty licencji Windows Server Client Access Licence wraz z podniesieniem ceny ofertowej o kwotę 2.428,00 zł.

Dopiero w przypadku niewyrażenia przez odwołującego zgody na dokonaną korektę zamawiający uprawniony byłby do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Betacom S.A.,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 4) wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa licencji na bezterminowe użytkowanie oprogramowania serwerowego, klienckiego oraz licencji dostępowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 czerwca 2013 r., pod numerem 2013/S 110-187771. Zgodnie z treścią SIWZ, rozdz. II pkt. I.1. przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji na bezterminowe użytkowanie oprogramowania serwerowego, klienckiego oraz licencji dostępowych, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ. W załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający szczegółowo opisał oprogramowanie dla, którego oczekiwał dostawy bezterminowych licencji z podaniem ilości poszczególnych licencji. W wymaganiach ogólnych zamawiający określił ponadto, iż:

- 1) „licencjonowanie musi uwzględniać prawo do instalacji udostępnianych przez producenta oprogramowania uaktualnień i poprawek krytycznych i opcjonalnych do zakupionej wersji oprogramowania oraz dla oprogramowania z pozycji 7, 8, 9, 10, 17 ww. tabeli prawa do uaktualniania do najnowszej wersji przez okres min. 36 miesięcy (od daty dostawy),
- 2) wymagane jest zapewnienie możliwości korzystania z wcześniejszych wersji zamawianego oprogramowania i korzystania z kopii zamiennych (możliwość kopiowania oprogramowania na wiele urządzeń przy wykorzystaniu jednego standardowego obrazu w procesie instalacji kopii zapasowych),
- 3) licencjonowanie musi uwzględniać prawo do instalacji środowiska szkoleniowego wykorzystującego oprogramowanie będące przedmiotem umowy dla grupy do 20 osób bez dodatkowych opłat.”

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Senetic Sp. z o. o. S.K.A. na kwotę 19.779.725,06 zł brutto,
- 2) Comarch S.A. na kwotę 20.452.415,40 zł brutto,
- 3) Betacom S.A. na kwotę 19.866.750,90 zł brutto,
- 4) A.P.N. Promise S.A. na kwotę 20.812.129,50 zł brutto,
- 5) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. na kwotę 21.050.585,31 zł brutto.

Opierając się na wyjaśnieniach wykonawców złożonych zamawiającemu, Izba ustaliła, iż wykonawcy Comarch S.A., Betacom S.A., A.P.N. Promise S.A. oraz Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. zaoferowali licencje w ramach programów licencjonowania odpowiednio Microsoft Select Plus oraz Microsoft Enterprise Agreement. Wykonawca Senetic Sp. z o. o. S.K.A. zaoferował licencje w ramach programu licencjonowania Microsoft Open i Microsoft Open Value.

Izba ustaliła także, że pismem z dnia 2 sierpnia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Senetic Sp. z o. o. S.K.A. o wyjaśnienie treści oferty „w jaki sposób Wykonawca, oferując wymienione w kolumnie 6 formularza cenowego dodatkowe licencje na potrzeby środowiska szkoleniowego wykorzystującego oprogramowanie będące przedmiotem zamówienia, zapewni możliwość wykorzystania oprogramowania Windows Server Datacenter 2012 (oraz innych produktów będących przedmiotem zamówienia, które będą na nim zainstalowane) grupie do 20 osób nie oferując licencji dostępowych dla tych osób do Serwera Windows (Windows Server Client Access License).”

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 6 sierpnia 2013 r., wykonawca Senetic Sp. z o. o. S.K.A. wyjaśnił, iż:

„(...)

- 1) przedmiotem postępowania wg Państwa SIWZ jest dostawa bezterminowych licencji na oprogramowanie zawarte w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ)
- 2) produkty oferowane przez Wykonawcę muszą spełniać wymagania ogólne opisane na stronie 19 SIWZ z uwzględnieniem zmian treści SIWZ dokonanej przez Państwa w dniu 18-07-2013 w szczególności zgodnie z pkt 3 wymagań ogólnych - licencjonowanie musi uwzględniać prawo do instalacji środowiska szkoleniowego wykorzystującego oprogramowanie będące przedmiotem umowy dla grupy 20 osób bez dodatkowych opłat
- 3) składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu w kolumnie 6 formularza cenowego wskazaliśmy licencje składające się na wymagane przez Państwa prawo do instalacji środowiska szkoleniowego wykorzystujące oprogramowanie będące przedmiotem umowy dla grupy 20 osób bez dodatkowych opłat, zapis ten został uszczegółowiony na kolejnych stronach złożonej przez nas oferty
- 4) wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej przez nas oferty dotyczy licencji dla środowiska szkoleniowego nie będących przedmiotem umowy (licencje dostępne do Serwera Windows – Windows Server Client Access License), dlatego też nie zostały one zaoferowane w naszej ofercie, dodatkowo pragniemy zauważyć, iż licencje te nie są wymagane do instalacji środowiska szkoleniowego wykorzystującego oprogramowanie będące przedmiotem umowy.”

Pismem z dnia 22 sierpnia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Betacom S.A., informując jednocześnie, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę wykonawcy Senetic Sp. z o. o. S.K.A. z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu zamawiający wskazał, iż oferta tego wykonawcy nie

spełnia wymagań ogólnych, pkt 3 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ, gdyż oferowany przedmiot nie daje możliwości korzystania ze środowiska szkoleniowego dla 20 użytkowników. Zamawiający wskazał, iż wykonawca Senetic Sp. z o. o. S.K.A. zaoferował produkty w systemie licencjonowania Open i Open Value i dołożył dodatkowe licencje na zamawiane produkty, jednakże zaoferowane produkty dodatkowe nie umożliwiają zamawiającemu korzystania w środowisku szkoleniowym z Windows Server Datacenter 2012, gdyż brakuje wśród nich licencji dostępowych do tego serwera (Windows Server Client Access License). Zamawiający podniósł również, iż samo zainstalowanie produktu w środowisku szkoleniowym nie spełnia jego wymagań.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 2 września 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w przypadku jego uwzględnienia oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. W ocenie Izby zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zamawiający wymagał dostawy licencji uprawniających do bezterminowego korzystania z określonego oprogramowania nie ograniczając jednocześnie konkurencji poprzez wskazanie na konkretny rodzaj programu licencjonowania. Opierając się na stanowisku przedstawiciela producenta

oprogramowania zaoferowanego przez odwołującego, Izba doszła do przekonania, iż wyłącznie w programach licencyjnych Enterprise Agreement i Select Plus klient może użyć do 20 nieodpłatnych kopii każdego z produktów we własnych pomieszczeniach przeznaczonych do szkoleń. Także zakupując oprogramowanie Microsoft w jednym z tych programów licencyjnych użytkownik, w trakcie trwania umów licencyjnych, ma prawo do instalacji środowisk szkoleniowych bez zakupu dodatkowych licencji. Tym samym, wobec zaoferowania przez odwołującego oprogramowania w programie licencyjnym Open i Open Value (co bezsporne) i nie oferując dodatkowych licencji dostępowych dla Microsoft Windows Server 2012 Datacenter, zamawiający prawidłowo ustalił, iż oferta ta nie odpowiada wymogom SIWZ wynikającym z postanowień załącznika nr 1, pkt 3 wymagań ogólnych. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż zamawiający oceniając jego ofertę oparł się na wymaganiach, które nie zostały w SIWZ zapisane. Izba wskazuje, iż określenia zawarte w SIWZ kierowane są do profesjonalistów zajmujących się z zawodowo wykonywaniem dostaw, usług czy prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w sposób, który umożliwi im złożenie prawidłowej oferty. Tym samym trudno zgodzić się z odwołującym, iż z opisu przedmiotu zamówienia wynika jedynie konieczność zapewnienia prawa do instalacji środowiska szkoleniowego wykorzystującego oprogramowanie będące przedmiotem umowy. W ocenie Izby słusznie wskazywał zamawiający, iż samo zainstalowanie produktu w środowisku szkoleniowym nie spełnia jego wymagań gdyż bez wątpliwości oprogramowanie to ma przede wszystkim wartość funkcjonalną, a bez licencji dostępowych z funkcjonalności tego oprogramowania nie będzie można skorzystać. Stanowisko takie znajduje również potwierdzenie w odpowiedzi przedstawiciela producenta zaoferowanego przez odwołującego oprogramowania, który w piśmie z dnia 13 sierpnia 2013 r., kierowanym do zamawiającego stwierdził, że w programach licencyjnych Open i Open Value dla instalacji środowiska szkoleniowego dla 20 osób, wykorzystującego Microsoft Windows Server 2012 Datacenter wymagane jest użycie następujących licencji:

- zakup minimum jednej licencji dwuprocessorowej Windows Server Datacenter 2012 oraz
- dla każdego pracownika Zakładu odbywającego szkolenie wymagany jest zakup po jednej licencji dostępowej (Windows Server 2012 Client Access License User CAL). Możliwe jest też użycie licencji dostępowych na urządzenie (Windows Server 2012 Client Access License Device CAL) w liczbie zgodnej z liczbą urządzeń klienckich w środowisku szkoleniowym.

W ocenie Izby, nie znajduje uzasadnienia stanowisko odwołującego, iż licencje dostępowe nie są wymagane do instalacji środowiska szkoleniowego wykorzystującego oprogramowanie będące przedmiotem umowy. Izba wskazuje, że skoro zamawiający nie ograniczył możliwości oferowania licencji w jakimś konkretnym programie licencyjnym to każdy wykonawca, jako profesjonalista, na podstawie opisu przedmiotu zamówienia

sporządzonego przez zamawiającego miał możliwość złożenia oferty odpowiadającej wszystkim postanowieniom SIWZ. Ponadto nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż zamawiający winien był działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawić omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ. Po pierwsze nie sposób w tej sprawie mówić o omyłce. Po drugie ewentualne poprawienie oferty w sposób proponowany przez odwołującego prowadziłoby wprost do nieuprawnionej zmiany treści oświadczenia wykonawcy i w konsekwencji zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert poprzez dopisanie dodatkowych licencji typu CAL, które nie zostały zaoferowane. Po trzecie w ocenie Izby argumentację prezentowaną przez odwołującego należy uznać za wewnętrznie sprzeczną. Skoro jak twierdzi odwołujący licencje dostępne nie są wymagane do instalacji środowiska szkoleniowego to niezasadne byłoby (choć w ocenie Izby w tym konkretnym przypadku niedopuszczalne) poprawianie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Albo oferowany przez odwołującego przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymogom SIWZ albo nie. W ocenie Izby, oferta odwołującego nie odpowiada wymogom SIWZ gdyż w licencje zaoferowane w programie licencjonowania Open i Open Value nie dają możliwości instalacji środowisk szkoleniowych bez zakupu dodatkowych licencji, a których w ofercie odwołującego bez wątpienia brak.

Mając na względzie powyższe, za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 stawy Pzp gdyż zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za niezasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: