

Sygn. akt: KIO 896/17

WYROK
z dnia 7 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2017 r. oraz w dniu 5 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Sygnity Business Solutions S.A., ITI Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 12, 05-021 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Krajowe Biuro Wyborcze, ul. Wiejska 10, 00-902 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Knurowska 19, 41-800 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu;**
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
 - 1.2. powtórzenie czynności oceny ofert, w tym:**
 - **wykluczenie wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o.**
 - **odrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o.,**
 - **powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**

- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Krajowe Biuro Wyborcze, ul. Wiejska 10, 00-902 Warszawa, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum**

Sygnity Business Solutions S.A., ITI Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 12, 05-021 Zielona Góra tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego **Krajowe Biuro Wyborcze, ul. Wiejska 10, 00-902 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Sygnity Business Solutions S.A., ITI Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 12, 05-021 Zielona Góra** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Krajowe Biuro Wyborcze z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę oprogramowania/licencji zintegrowanego systemu finansowo-księgowego i kadrowego na potrzeby Krajowego Biura Wyborczego wraz z wdrożeniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr S/2016 143-259231 w dniu 27 lipca 2016 r.

W dniu 24 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: Sygnity Business Solutions SA., ITIT Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Zielonej Górze wnieśli odwołanie, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej - oferty QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ w związku z zaoferowaniem liczby licencji niezgodnej z wymogami SIWZ,
- art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej polisy OC,
- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji w wyniku faworyzowania wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., przez interpretowanie złożonych przez niego oświadczeń, dokumentów i wyjaśnień na korzyść wykonawcy, chociaż pobieżna ich analiza wskazuje na zaistnienie postaw do odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 kwietnia 2017 r., odrzucenia oferty wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ lub wykluczenie tego wykonawcy z postępowania w związku z niespełnieniem warunków udziału w zakresie wymaganej polisy OC.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 3 marca 2017 r. złożył pismo do Zamawiającego kwestionujące zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez QNT w toku postępowania. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 7 marca 2017 r. unieważnił

czynność wyboru oferty QNT jako najkorzystniejszej i przystąpił do ponownej analizy jej treści.

Odwołujący podniósł, że w dniu 8 marca 2017 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. W dniu 17 marca 2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec tej czynności, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie należytego zbadania tej oferty w zakresie zaoferowanego oprogramowania oraz wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie przystąpił wówczas do postępowania odwoławczego. Zamawiający w dniu 24 marca 2017 r. uwzględnił ww. odwołanie w całości, przy czym w odpowiedzi na odwołanie podzielił stanowisko Odwołującego, iż licencje będące przedmiotem dostawy mają umożliwiać:

- a) zainstalowanie systemu na nieograniczonej liczbie stacji roboczych,
- b) zdefiniowanie w systemie nieograniczonej liczby użytkowników,
- c) jednoczesną pracę w Systemie co najmniej 90 użytkowników,
- d) jednoczesny dostęp do wszystkich modułów dla każdego użytkownika.

Zamawiający przyznał, że podane w odwołaniu argumenty wskazują na celowość powtórzenia oceny oferty wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Jednocześnie Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W dniu 24 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej - oferty QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Czynność tę poprzedzała procedura wyjaśnienia treści oferty oraz treści złożonych dokumentów.

Odwołujący po analizie dokumentacji postępowania, wezwania do wyjaśnień oraz złożonych przez QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wyjaśnień, stwierdził, że oferta tego wykonawcy nie jest zgodna z SIWZ i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący zauważył, że w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 marca 2017 r. Zamawiający twierdził, że dokona ponownej oceny oferty wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., jeżeli zajądą ku temu okoliczności faktyczne i prawne, odrzuci ofertę tego wykonawcy jako niezgodną z SIWZ, czego zaniechał. Niniejsze odwołanie odnosi się do czynności ponownego badania i oceny ofert, dokonanej przez Zamawiającego w oparciu o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w dniu 12 kwietnia 2017 r. na wezwanie z dnia 10 kwietnia 2017 r. m.in. do jednoznacznego określenia warunków licencjonowania Systemu, wyraźnie precyzując zapytanie w szczególności w zakresie: „5) warunków licencjonowania pozostałego oprogramowania, niezbędnego do prawidłowego funkcjonowania systemu”.

Zdaniem Odwołującego, oferta QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie odpowiada wymogom stawianym przez Zamawiającego dla licencji w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia. W szczególności oferta oraz złożone wyjaśnienia nie są zgodne z odpowiedzią na pytanie dotyczące treści SIWZ udzieloną przez Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2016 r. na pytanie nr 7m:

„W przypadku dostarczania oprogramowania aplikacyjnego bazodanowego Windows dla nieograniczonej liczby użytkowników, czy Zamawiający oczekuje także dostawy licencji CAL dla nieograniczonej liczby użytkowników?”

Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający wyjaśnia, że wymaga dostarczenia wszelkich niezbędnych do użytkowania Systemu licencji, w tym licencji CAL bądź innych o podobnym charakterze. (...)”.

Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego, sugerując w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2017 r., że „Oferta QNT spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie liczby wymaganych licencji na systemy operacyjne, ponieważ obejmuje 150 licencji na oprogramowanie Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV)/Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV), czyniąc zadość wymaganiu dostarczenia licencji nie tylko dla 90 użytkowników, ale także licencji objętych prawem opcji (60).”

Biorąc pod uwagę ww. pytanie i odpowiedź Zamawiającego, należy dostarczyć wszystkie niezbędne do użytkowania systemu licencje, w tym licencje CAL. Dodatkowo Zamawiający, kierując wezwaniem do złożenia wyjaśnień, oczekuje zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu - warunek ten nie może być spełniony, poprzez dostarczenie licencji Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV) / Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV), ponieważ licencje te uniemożliwiają Zamawiającemu spełnienie warunku: „(...) b) *zdefiniowanie w systemie nieograniczonej liczby użytkowników*”.

Zdefiniowanie w systemie nieograniczonej liczby użytkowników wymaga nieograniczonej liczby licencji CAL, ponieważ każdy zdefiniowany/nazwany użytkownik systemu musi mieć przydzieloną licencję CAL. Wszyscy użytkownicy systemu, którzy są jednoznacznie identyfikowani muszą mieć licencje CAL, bo w przeciwnym wypadku złamane zostaną zasady licencji firmy Microsoft.

Odwołujący nie kwestionuje tego, czy wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., poprzez System Quorum zapewni lub nie licencje dla nieograniczonej liczby użytkowników, prawo do instalacji systemu na nieograniczonej liczbie stanowisk, możliwość zdefiniowania w Systemie Quorum nieograniczonej liczby użytkowników i weryfikacji ich liczby za pomocą jednoczesnego dostępu. Odwołujący kwestionuje to, że w zaoferowanej przez wykonawcę QNT konfiguracji licencji Systemu Quorum i pozostałego oprogramowania (w tym przypadku Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV) / Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV), nie zostały spełnione podstawowe wymagania Zamawiającego w

zakresie licencji (potwierdzone odpowiedzią z dnia 25 sierpnia 2016 r.), przez co nie zostanie zapewnione prawidłowe funkcjonowanie Systemu.

W tym przypadku prawidłowe funkcjonowanie Systemu zapewnią tylko takie licencje, które nie ograniczą liczby użytkowników zdefiniowanych w systemie („nazwanych”) logujących się do systemu z dostępem do bazy danych z uwzględnieniem pozostałego oprogramowania, jakim jest system operacyjny. Jak wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. przyznał, licencji podstawowych systemu operacyjnego Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV)/ Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV) wraz z licencjami objętymi prawem opcji oferuje 150, co potwierdza brak zgodności oferty z treścią SIWZ. Na tym etapie wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie może dokonać zmiany oferty, a złożone przez niego oświadczenie jest jednoznaczne i potwierdza zaistnienie przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 10 kwietnia 2017 r. Zamawiający odniósł się także do kwestionowanego zakresu przedstawionej przez wykonawcę QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. polisy OC na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu - posiadania polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną stanowiącą równowartość co najmniej 1.000.000,00 złotych (słownie: jeden milion złotych 00/100) na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia, przy czym polisa, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, musiała obejmować swym zakresem zarówno odpowiedzialność deliktową, jak i kontraktową.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. oświadczył, że jego polica OC jest w pełni zgodna z warunkami SIWZ, w szczególności obejmuje zakres prowadzonej działalności, który jest ujawniony w KRS i pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie wykonawca załączył pismo ubezpieczyciela z dnia 7 kwietnia 2017 r., z którego wynika, że umowa ubezpieczenia, w związku z którą została wystawiona polisa OC, jest zawarta w związku z prowadzoną przez wykonawcę QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. działalnością wydawniczą w zakresie pozostałego oprogramowania, działalności związanej z oprogramowaniem oraz pozostałej działalności usługowej w zakresie technologii informatycznych i komputerowych. Treść pisma jest sprzeczna z treścią polisy OC, co podważa wiarygodność oświadczenia ubezpieczyciela. Zapis w polisie OC o przyjętej do ubezpieczenia działalności jest jednoznaczny i wskazuje wyłącznie na działalność biurową, wyjazdy służbowe, co stanowi jedynie część działalności prowadzonej przez wykonawcę QNT. Z żadnego zapisu polisy OC nie wynika, że obejmuje ona jakkolwiek inną działalność,

w tym pozostałą działalność prowadzoną przez QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wskazaną w KRS.

Zdaniem Odwołującego, zakres ochrony udzielonej w ramach tej polisy (działalność przyjęta do ubezpieczenia) obejmuje jedynie działalność biurową i wyjazdy służbowe związane z rodzajem prowadzonej działalności PKD 2007. Ubezpieczyciel w treści pisma z dnia 7 kwietnia 2017 r. nie wskazał wprost, że polisa obejmuje inną działalność niż w niej wpisana, prowadzoną przez wykonawcę lecz - że zawarto umowę w zakresie tej działalności, co nie oznacza, że tą działalność w całości przyjęto do ubezpieczenia. Jakikolwiek rozszerzające rozumienie polisy OC jest nieuprawnione. Nie może mieć tu zastosowania interpretacja przedstawiona przez QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w wyjaśnieniach odnośnie stosowania art. 65 § 2 k.c.

Wiarygodność pisma ubezpieczyciela podważa fakt, że w polisie OC brak jest klauzuli dotyczącej czystych strat finansowych, wyrządzonych w związku z wykonywaniem zawodu projektanta i wykonawcy systemów komputerowych. Tymczasem ubezpieczyciel w piśmie z dnia 7 kwietnia 2017 r. twierdzi, że odpowiedzialność z polisy OC jest rozszerzona o klauzulę czystych strat finansowych wyrządzonych w związku z wykonywaniem zawodu projektanta i wykonawcy systemów komputerowych.

Wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Przedstawił przebieg postępowania, potwierdzając, że w dniu 10 kwietnia 2017 r. wezwał wykonawcę QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie zaoferowanych licencji oraz w zakresie opłaconej polisy. W dniu 13 kwietnia 2017 r. wykonawca złożył wyjaśnienia. Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający wyjaśnił że podniesione w odwołaniu wątpliwości były przedmiotem szerokiej dyskusji i oceny w wyniku uwzględnienia odwołania wniesionego w tym postępowaniu w sprawie o sygn. akt KIO 513/17. W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał (w zakresie warunków licencjonowania Systemu oraz pozostałego oprogramowania) dostarczenia licencji na System: bezterminowej (nieograniczonej czasowo) i nieograniczonej terytorialnie, pozwalającej na zainstalowanie Systemu na nieograniczonej liczbie stacji roboczych, pozwalającej na zdefiniowanie w Systemie nieograniczonej liczby użytkowników, pozwalającej na jednoczesną pracę w Systemie 90 użytkowników oraz na jednoczesny dostęp do wszystkich modułów dla każdego użytkownika, jak również dostarczenia dodatkowego oprogramowania niezbędnego do działania Systemu dla nie mniej niż 90

użytkowników (systemy operacyjne, oprogramowanie aplikacyjne) oraz bez ograniczeń dla liczby użytkowników (oprogramowanie bazodanowe).

W załączniku nr 9 do SIWZ „Formularz wymagań funkcjonalnych”, w zakresie wymagań wspólnych do Systemu - w wymaganiu nr 59 - Zamawiający wskazał, że „Serwer bazy danych nie może posiadać ograniczeń licencyjnych co do liczby użytkowników”. Tym samym, wymóg ten dotyczy jedynie oprogramowania bazodanowego. Zamawiający nie postawił takiego wymagania co do systemu operacyjnego, wbrew interpretacji przyjętej przez Odwołującego. Pytanie nr 7m i odpowiedź na to pytanie, jednoznacznie dotyczą oprogramowania aplikacyjnego bazodanowego, a nie systemu operacyjnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Niniejsze odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Oferta złożona przez Odwołującego uzyskała drugą pozycję w rankingu ofert, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący zdobywa szansę na uzyskanie zamówienia.

Wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ w związku z zaferowaniem liczby licencji niezgodnej z wymogami SIWZ.

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia określił w pkt I.2.4 przedmiot zamówienia, jako „Dostawę wszelkiego wymaganego oprogramowania

niezbędnego do zapewnienia wdrożenia i prawidłowego funkcjonowania Systemu centralnego z dostępem przez WAN/LAN dla 90 użytkowników, w tym w szczególności systemów operacyjnych, oprogramowania aplikacyjnego, bazodanowego (bez ograniczeń dla liczby użytkowników), narzędziowego wraz z licencjami oraz instalację i konfigurację tego oprogramowania”, natomiast w pkt II.1 tego załącznika - wymagania dla licencji: „Licencja: bezterminowa i nieograniczona terytorialnie licencja pozwalająca na:

- a) zainstalowanie systemu na nieograniczonej liczbie stacji roboczych,
- b) zdefiniowanie w systemie nieograniczonej liczby użytkowników,
- c) jednoczesną pracę w Systemie co najmniej 90 użytkowników,
- d) jednoczesny dostęp do wszystkich modułów dla każdego użytkownika.”

W dniu 25 sierpnia 2016 r. na pytanie do SIWZ nr 7m o treści:

„W przypadku dostarczania oprogramowania aplikacyjnego bazodanowego Windows dla nieograniczonej liczby użytkowników, czy Zamawiający oczekuje także dostawy licencji CAL dla nieograniczonej liczby użytkowników?”

Zamawiający odpowiedział, co następuje: „Zamawiający wyjaśnia, że wymaga dostarczenia wszelkich niezbędnych do użytkowania Systemu licencji, w tym licencji CAL bądź innych o podobnym charakterze. (...)”

Biorąc pod uwagę treść ww. pytania i odpowiedź Zamawiającego, należy uznać, że Zamawiający wymagał dostarczenia wszystkich niezbędnych do użytkowania systemu licencji, w tym licencji CAL bądź innych, które zapewnią prawidłowe funkcjonowanie Systemu.

Odwołujący podnosił, że warunek ten nie może być spełniony w wyniku dostarczenia licencji Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV) / Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV), ponieważ licencje te uniemożliwiają Zamawiającemu spełnienie wymogu „(...) b) zdefiniowanie w systemie nieograniczonej liczby użytkowników”, gdyż zdefiniowanie w systemie nieograniczonej liczby użytkowników wymaga nieograniczonej liczby licencji CAL, ponieważ każdy zdefiniowany/nazwany użytkownik systemu musi mieć przydzieloną licencję CAL. Wszyscy użytkownicy systemu, którzy są jednoznacznie identyfikowani muszą mieć licencje CAL w przeciwnym wypadku złamane zostaną zasady licencji firmy Microsoft.

Odwołujący zarzucił, że w zaoferowanej przez wykonawcę QNT Systemy Informatyczne konfiguracji licencji Systemu Quorum i pozostałego oprogramowania {zgodnie z wyjaśnieniem wykonawcy - Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV) / Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV)}, nie zostały spełnione wymagania Zamawiającego w zakresie licencji (w związku z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 7m z dnia 25 sierpnia 2016 r.), przez co nie zostanie zapewnione prawidłowe funkcjonowanie Systemu. Prawidłowe funkcjonowanie Systemu zapewnią tylko licencje, które nie ograniczą liczby użytkowników zdefiniowanych w systemie („nazwanych”) logujących się do systemu

z dostępem do bazy danych, z uwzględnieniem pozostałego oprogramowania, jakim jest system operacyjny.

W dniu 24 marca 2017 r. Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie wniesione przez Odwołującego wobec wyboru oferty QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., podzielając stanowisko Odwołującego, iż licencje będące przedmiotem dostawy mają umożliwiać:

- zainstalowanie systemu na nieograniczonej liczbie stacji roboczych,
- zdefiniowanie w systemie nieograniczonej liczby użytkowników,
- jednoczesną pracę w Systemie co najmniej 90 użytkowników,
- jednoczesny dostęp do wszystkich modułów dla każdego użytkownika.

Zamawiający unieważnił wówczas czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznał za celowe powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Zamawiający w ramach powtarzanych czynności wezwał ww. wykonawcę w dniu 10 kwietnia 2017 r. m.in. do złożenia wyjaśnień i jednoznacznego określenia warunków licencjonowania Systemu (oprogramowanie systemu, czyli zintegrowanego systemu finansowo - księgowego i kadrowego w Krajowym Biurze Wyborczym), wyraźnie precyzując i uszczegóławiając swoje zapytanie w szczególności w zakresie: „5) *warunków licencjonowania pozostałego oprogramowania, niezbędnego do prawidłowego funkcjonowania systemu*”. Zamawiający wskazał dodatkowo na Załącznik nr 9 do SIWZ (Formularz wymagań funkcjonalnych), w którym w poz. 19 Wymagań dla całego systemu Zamawiający postawił wymaganie „System musi pozwalać na definiowanie dowolnej liczby użytkowników; weryfikacja licencji (w przypadku udzielenia ograniczonej liczby licencji) oparta jest o ilość jednocześnie zalogowanych użytkowników do systemu”.

Wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia pismem z dnia 12 kwietnia 2017 r. Oświadczył, że jego oferta „spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie liczby wymaganych licencji na systemy operacyjne, ponieważ obejmuje 150 licencji na oprogramowanie Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV) / Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV), czyniąc zadość wymaganiu dostarczenia licencji nie tylko dla 90 użytkowników, ale także licencji objętych prawem opcji (60)”.

Zgodnie z definicją zawartą na str. 83 „Postanowień dotyczących Produktów 1 października 2016” Microsoft, „Licencja CAL oznacza licencje dostępową, którą można przypisać do użytkownika lub urządzenia, zależnie od potrzeb. Licencja CAL użytkownika umożliwia jednemu użytkownikowi dostęp z dowolnego urządzenia do odpowiedniej wersji oprogramowania serwerowego lub jego wersji wcześniejszych”. Taka sama definicja jest zawarta w dokumencie „Postanowienia dotyczące Produktów 1 czerwca 2016r.” złożonym przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie.

Na rozprawie wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wyjaśnił w sposób

odmienny niż w wyjaśnieniach z 12 kwietnia 2017 r., że jego oferta obejmuje trzy licencje CAL na serwer (poz. 3 formularza cenowego) z tym, że w formularzu cenowym podano ilość 1 jako odnoszącą się do kompletu licencji potrzebnych do prawidłowego funkcjonowania systemu oraz 90 licencji umożliwiających korzystanie z systemu Quorum w dowolnym czasie, przy czym użytkownicy przy licencjach tzw. na urządzenie nie muszą być zdefiniowani. Zgodnie natomiast z wyjaśnieniami wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. złożonymi na wezwanie z dnia 10 lutego 2017 r., oferta wykonawcy przewiduje „... w zakresie Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV) licencje obejmują 150 użytkowników, natomiast w zakresie Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV) licencje obejmują 150 użytkowników”, co potwierdza zaoferowanie licencji przypisanych do użytkownika, a nie do urządzenia, co wyjaśnił przystępujący w swoim stanowisku złożonym w piśmie procesowym i potwierdzonym na rozprawie. Powyższe wyjaśnienia są zatem sprzeczne ze sobą, co istotnie podważa ich wiarygodność.

Jak wyjaśnił natomiast Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wykonawca zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 20 lutego 2017 r. zaoferował licencje Remote Desktop Services (RDS). Jednak zdaniem Zamawiającego, oprogramowanie to nie jest niezbędne do instalacji bądź korzystania z Systemu i jest w związku z tym rozwiązaniem alternatywnym (dodatkowym), które nie wpływa na ocenę zgodności lub nie treści oferty z treścią SIWZ – opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający przyznał, że zaoferowane przez wykonawcę QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. licencje Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 nie będą stosowane, choć zostały zaoferowane za kwotę 79 335,00 PLN.

Dodatkowo Odwołujący w sposób przekonywujący wyjaśnił, że w świetle odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 7p z dnia 25 sierpnia 2016 r. nie jest możliwe zastosowanie w tym przypadku modelu licencjonowania polegającego na przypisaniu licencji dedykowanych do konkretnego serwera, gdyż Zamawiający na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia „przydzielili jeden serwer wirtualny na potrzeby systemu podstawowego, jeden na potrzeby systemu zapasowego i jeden na potrzeby platformy testowej”. Zgodnie z zasadami licencjonowania Microsoft, bezwzględnie wymagane jest zastosowanie licencji zarówno dla serwera podstawowego, jak i testowego, są to bowiem różne środowiska serwerowe wymagające oddzielnie licencji. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawił korespondencję w formie elektronicznej z dnia 17 i 18 maja 2017 r. z osobą (p. Mirosławem Szymczakiem), która pełni w firmie Microsoft funkcję tzw. Opiekuna Partnera. Pan Mirosław Szymczak potwierdził m.in., że „W odniesieniu do „CALi” równoległych do środowiska testowego – niestety przy takim modelu trzeba płacić za CALe do każdego środowiska, w tym testowego. W RDS – nie ma możliwości licencjonowania „równoległego”, można tylko „zwykłe” CALe.”

Izba nie podzieliła twierdzenia Zamawiającego i przystępującego, że konkretny model rozwiązań przyjętych do realizacji przedmiotu zamówienia zostanie opracowany dopiero po wykonaniu analizy wdrożeniowej stanowiącej drugi etap realizacji zamówienia wobec czego na etapie oferty nie było wymagane przedstawienie w ofercie konkretnego rozwiązania, co do sposobu zapewnienia niezbędnych licencji. Nie budzi wątpliwości fakt, że treść wymagań określonych w SIWZ, w tym w ramach wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego na pytania wykonawców jest wiążąca na etapie oceny ofert zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie może uznać, że niektóre wymagania zawarte w SIWZ nie są istotne, gdyż jest sprzeczne z naczelną zasadą określoną w art. 7 ust.1 Pzp obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w tej sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., oferując licencje podstawowe systemu operacyjnego Microsoft Windows Server CAL 2012 (GOV)/ Microsoft Windows Server RDS CAL 2012 (GOV) wraz z licencjami objętymi prawem opcji w ilości 150, złożył w postępowaniu ofertę niezgodną z treścią SIWZ. W szczególności Izba zważyła, że ww. wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które dowodziłyby okoliczności przeciwnych, niż wykazane przez Odwołującego. W tych okolicznościach Izba uznała, że oferta wykonawcy QNT Systemy Informatyczne podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie oferuje przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami SIWZ, a niezgodność ta jest na tyle istotna, że nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o., mimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania polisy OC.

W rozdziale X pkt 4 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (zapewniającej wykonanie zamówienia): „Zamawiający uzna za spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (zapewniającej wykonanie zamówienia) wykazanie, że Wykonawca: a) posiada opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą gwarancyjną stanowiącą równowartość co najmniej 1.000.000,00 złotych (słownie: jeden milion złotych 00/100) na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia, przy czym polisa, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia musi obejmować swym

zakresem zarówno odpowiedzialność deliktową, jak i kontraktową; b) posiada środki finansowe w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 złotych (słownie: pięćset tysięcy złotych) lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 500.000,00 złotych (słownie: pięćset tysięcy złotych).

Ocena spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej dokonana zostanie na zasadzie „spełnia - nie spełnia” w oparciu o oświadczenie, o którym mowa w rozdz. XI ust. 1 pkt 1 SIWZ i dokumenty, o których mowa w rozdz. XI ust. 1 pkt 4 i 5 SIWZ. Z treści załączonego oświadczenia i dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż Wykonawca spełnił ww. warunki.”

W rozdziale XI SIWZ pkt 4 na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w rozdziale X pkt 4 a) Zamawiający wymagał przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że „Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, z sumą gwarancyjną stanowiącą równowartość co najmniej 1.000.000,00 złotych (słownie: jeden milion złotych 00/100) na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia, przy czym polisa, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia musi obejmować swym zakresem zarówno odpowiedzialność deliktową, jak i kontraktową”.

W złożonej ofercie (str.83) wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. przedłożył na potwierdzenie powyżej przedstawionego warunku w postępowaniu złożył dokument - polisę OC nr 903011595179 wystawioną przez ERGO HESTIA S.A. W treści polisy wskazano m.in. rodzaj prowadzonej działalności (PKD 2007) – „Działalność wydawnicza w zakresie pozostałego oprogramowania”, przedmiot i zakres ubezpieczenia - „Ubezpieczenie OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia. Przedmiot ubezpieczenia: Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone w związku z działalnością gospodarczą wskazaną w umowie ubezpieczenia, użytkowaniem mienia. Działalność przyjęta do ubezpieczenia: Działalność ubezpieczona – działalność biurowa, wyjazdy zagraniczne służbowe.” Ponadto w treści polisy wskazano: „Zakres ubezpieczenia zgodny z OWU i postanowieniami wskazanymi w niniejszym dokumencie”, „Suma gwarancyjna: 2 000 000,00 PLN”, „Franszyza redukcyjna zniesiona”.

W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 10 kwietnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie zakresu przedstawionej przez QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w postępowaniu polisy OC.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. oświadczył, że jego polisa OC jest w pełni zgodna z warunkami

SIWZ, w tym obejmuje zakres prowadzonej działalności, który jest ujawniony w KRS i pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia. Wykonawca załączył do wyjaśnień pismo ubezpieczyciela z dnia 7 kwietnia 2017 r., z którego wynika, że umowa ubezpieczenia, w związku z którą została wystawiona polisa OC, jest zawarta w związku z prowadzoną przez wykonawcę QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. działalnością wydawniczą w zakresie pozostałego oprogramowania, działalności związanej z oprogramowaniem oraz pozostałej działalności usługowej w zakresie technologii informatycznych i komputerowych.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania/licencji zintegrowanego systemu finansowo księgowego i kadrowego oraz świadczenie usług wdrożenia, szkolenia użytkowników i administratorów Systemu oraz usług asysty w pierwszym okresie eksploatacji, serwisu eksploatacyjnego oraz wykonywanie prac rozwojowych.

Polisa OC złożona przez Przystępującego wskazuje rodzaj prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, co nie oznacza, że ta działalność, tj. działalność wydawnicza w zakresie pozostałego oprogramowania (PKD 2007) została ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej. Polisa wyraźnie, jednoznacznie wskazuje jako działalność objęta ubezpieczeniem – wyłącznie działalność biurową i podróże zagraniczne służbowe. Powyższy ograniczony zakres działalności wykonawcy w jakimkolwiek stopniu nie jest związany z przedmiotem zamówienia, który stanowi działalność polegająca na świadczeniu dostaw i usług w branży informatycznej. Podkreślić należy, że w świetle treści warunku udziału w postępowaniu wykonawca powinien wykazać, że posiada ubezpieczoną od odpowiedzialności cywilnej - działalność związaną z przedmiotem zamówienia, tj. polegającą na świadczeniu dostaw i usług w branży informatycznej. Jak wynika z treści polisy, działalność wydawnicza w zakresie pozostałego oprogramowania nie została objęta ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej.

Nie sposób uznać, że pismo Ubezpieczyciela z dnia 7 kwietnia 2017 r. może zastępować dokument polisy. Zgodnie z treścią warunku i przepisami (§ 1 ust. 1 pkt 11) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. poz. 231), w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia wymagany jest dokument polisy lub inny dokument tylko wówczas, gdy jest brak polisy. W tym przypadku, gdy umowa ubezpieczenia jest potwierdzona dokumentem polisy, to nie jest uzasadnione złożenie innego dokumentu potwierdzającego zakres ubezpieczenia wynikającego z zawartej umowy. Podkreślić przy tym należy, że w treści polisy wskazano jednoznacznie, że „Zakres ubezpieczenia zgodny z OWU i postanowieniami wskazanymi w niniejszym dokumencie”. Z uwagi tylko na to postanowienie – nie można uznać, że jakiś inny dokument może potwierdzać odmienny

zakres tej samej umowy ubezpieczenia. Ponadto, w ocenie Izby, rozszerzające rozumienie treści polisy OC w zakresie, który jest jednoznaczny, nie podlega interpretacji.

Reasumując, wykonawca QNT Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę treść art. 26 ust. 3 Pzp, nie ma podstaw do wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, gdyż oferta tego wykonawcy i tak podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W następstwie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uznała, że została naruszona w toczącym się postępowaniu zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określona w art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

.....