

WYROK

z dnia 19 czerwca 2012 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 roku przez **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Gospodarki w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Centrum Informatyki ZETO Spółka Akcyjna w Białymstoku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Ministerstwu Gospodarki w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **Centrum Informatyki ZETO Spółka Akcyjna w Białymstoku** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Gospodarki w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Ministerstwa Gospodarki w Warszawie** na rzecz **Biura Informatyczno-Wdrożeniowego „Koncept” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** kwotę **18 600 zł 00 00 gr**

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ministerstwo Gospodarki w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania na potrzeby funkcjonowania Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu odwołujący 8 czerwca 2012 roku wykonawca Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. w Krakowie – wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty złożonej przez ZETO w zakresie prawidłowości zaoferowania przedmiotu zamówienia, którego realizacja na rzecz Zamawiającego jest możliwa - realna do wykonania po ewentualnym zawarciu umowy;
2. zaniechaniu dokonania właściwej oceny dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę wybranej oferty;
3. zaniechaniu unieważnienia uznania za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez ZETO;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty ZETO - uznanej za najkorzystniejszą;
5. uznaniu za najkorzystniejszą ofertę, ofertę złożoną przez wykonawcę, oferującego dostawę/realizację przedmiotu zamówienia, który w dacie składania ofert nie znajdował się w obrocie gospodarczym ze względu na jego wycofanie ze sprzedaży;
6. zaniechaniu podjęcia działań mających na celu wyeliminowanie nieprawidłowości jakie wystąpiły przy wyborze najkorzystniejszej oferty na etapie oceny ofert.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 2, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 2, a w konsekwencji art. 91 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zamawiający informując o wynikach przedmiotowego postępowania oraz wyborze najkorzystniejszej oferty, zawiadomił jednocześnie, iż w części 2 przedmiotowego postępowania zostały odrzucone na mocy postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty firmy Atena Usługi Informatyczne i Finansowe Sp. z o.o. oraz firmy Bezpieczne.it Sp. z o.o.. W uzasadnieniu swej decyzji zamawiający wskazał, iż treść tych ofert nie jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie między innymi oprogramowania wskazanego/objętego wymogiem zakreślonym w pkt. 12 tabeli B

specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj.: SQL Server Enterprise 2008R2 na 1 procesor.

Zamawiający określając przedmiot zamówienia wskazując nazwę dopuścił zaoferowanie przedmiotów równoważnych, jak też określił, iż są to wymagania minimalne. W swej wiedzy - w dacie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia - zamawiający prawdopodobnie nie posiadał wiedzy o planowanym wprowadzeniu na rynek przez Microsoft nowego oprogramowania, którego tak możliwości jak też zastosowanie i sposób licencjonowania odbiegają znacznie od oprogramowania wskazanego przez zamawiającego w tabeli B poz. 12 jako „wzorzec” oprogramowania mającego spełniać wymagania minimalne. Od kwietnia 2012 roku Microsoft wycofał sprzedaż licencji SQL Server Enterprise 2008R2, wprowadzając do obrotu handlowego licencje oznaczone - o nazwie: SQL Enterprise 2012 per core.

Zamawiający nie uwzględnił zatem przy ocenie oferty ZETO aktualnego stanu rzeczowego w zakresie oczekiwanego przez siebie oprogramowania - uzyskania licencji na jego użytkowanie. W dacie składania ofert brak było już możliwości zaoferowania oprogramowania/licencji SQL Server Enterprise 2008R2, gdyż producent dokonał zmian w sposobie licencjonowania z *per procesor na per core*. Ponadto wskazać należy, iż w stosowanym od kwietnia 2012 r. modelu licencjonowania - *per core* - mogą być nabywane wyłącznie licencje wersji 2012 co również potwierdza brak możliwości nabycia licencji wersji 2008 tj. takiej jak zaoferowało ZETO.

Odwołujący wskazał ponadto, iż wprowadzenie „nowego” oprogramowania i wycofanie „starego” ma bezpośredni wpływ na ich ceny, a tym samym na cenę oferty, gdzie jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena. Wobec braku możliwości nabycia „starego” oprogramowania [SQL Server Enterprise 2008R2], objętego ofertą ZETO - z tzw. wyprzedzeniem czasowym [„na magazyn/na półkę”] niemożliwym staje się również zaoferowanie oprogramowania tzw. „równoważnego” - spełniającego wszystkie wymagania funkcjonalno-użytkowe do określonego przez zamawiającego za cenę określoną w ofercie ZETO. Powyższe potwierdza dodatkowo brak możliwości zaoferowania tego oprogramowania., Nie bez znaczenia jest tutaj fakt, że wskazane w odwołaniu oferty odrzucone [„Atena”, „Bezpieczne.it”] posiadały w swej treści tzw. "zaniżone ceny" dla tej pozycji, którego to faktu zamawiający nie „dostrzegł” w ofercie ZETO.

W ocenie odwołującego się zamawiający dokonał zatem wyboru i uznał za najkorzystniejszą ofertę nie spełniającą wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia. Treść

oferty ZETO nie jest zgodna z treścią SIWZ pomimo, że literalne brzmienie jest identyczne. Wykonawca ZETO dokonał bowiem „przepisania” do kol. 4 w poz. 12 tabeli B określonego przez Zamawiającego wymagania dla tej pozycji nie bacząc, iż oferuje niemożliwy już do zaoferowania towar - SQL Server Enterprise 2008R2. Brak możliwości zakupu u producenta oprogramowania wskazanych przez wykonawcę ZETO licencji oznacza wyłącznie, iż zaoferowano przedmiot tzw. nieistniejący w dacie składania oferty, a wobec jego wycofania z obrotu handlowego - także niemożliwego do uzyskania/zakupu w przyszłości. Tym samym treść oferty ZETO nie odpowiada treści SIWZ - treści, która może być wyłącznie rozumiana jako określenie przedmiotu zamówienia - zgodnie z postanowieniami art. 29 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1 za pośrednictwem użytej przez Zamawiającego nazwy: SQL Server Enterprise 2008R2 - wymagań użytkowo funkcjonalnych oczekiwanego oprogramowania a nie nazwy oprogramowania, które ma być dostarczone. Odmienna interpretacja wskazywała by wręcz na naruszenie przez Zamawiającego postanowień art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, iż ten naruszył postanowienia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak zachowania podstawowych zasad określonych tymi przepisami a w szczególności nierównego traktowania wykonawców poprzez dopuszczenie zaoferowania tzw. „nieistniejącego” produktu jak też niezachowania obiektywizmu przy dokonywanej ocenie poprzez brak wyjaśnienia kwestii braku możliwości zaoferowania oprogramowania SQL Server Enterprise 2008R2. Do przestrzegania tych zasad - jak też szeregu innych określonych ustawą Pzp zamawiający zobowiązany jest na tzw. każdym etapie postępowania tj. aż do dnia zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższych informacji od Odwołującego, przekazanych w piśmie z dnia 28 maja 2012 r. należy stwierdzić, iż Zamawiający poprzez zaniechanie wyjaśnienia (we własnym zakresie) zasadności przekazanych mu danych i zarzutów dopuścił do naruszenia wskazanych zasad a także osiągnięcia głównego celu przeprowadzenia postępowania, którym - zgodnie z postanowieniami art. 2 pkt 5 i 7a ustawy Pzp. jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, która może być wyłącznie oferta odnosząca się do przedmiotu zamówienia. Przy braku możliwości zrealizowania zaoferowanego przedmiotu zamówienia, cel ustawy nie zostanie zrealizowany, na co wyłączny wpływ będzie miało naruszenie przepisów ustawy Pzp. wskazanych w odwołaniu wobec bezspornego, w świetle przedstawionych dowodów oraz zaoferowania przez ZETO „nieistniejącego” towaru.

Odwołujący się wskazał, iż stosownie do postanowień art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, co oznacza, iż w przypadku nieuwzględnienia niniejszego odwołania, wykonawca zobowiązany byłby do dostarczenia wyłącznie

oprogramowania/licencji SQL Server Enterprise 2008R2. Równocześnie uwzględniając postanowienia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. niedopuszczalne są jakiegokolwiek zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Niemożliwym zatem będzie dokonanie zmian w umowie, jak też ewentualnie bezpośrednio przed jej zawarciem poprzez „zastąpienie” oprogramowania/licencji SQL Server Enterprise 2008R2 (*per procesor*) na oprogramowanie/licencje SQL Server Enterprise 2012 (*per core*). Taka ewentualna zmiana spowoduje naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp co w konsekwencji spowoduje, iż zgodnie z postanowieniami art. 144 ust. 2 podlegać ona będzie unieważnieniu w sposób określony w art. 144a ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe odwołujący się wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wskazanego w zawiadomieniu zamawiającego z datą 24 maja 2012 roku, tj. Centrum Informatyki ZETO SA z Białegostoku;
2. Dokonanie powtórnej oceny ofert z jednoczesnym odrzuceniem oferty wykonawcy ZETO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
3. Przeprowadzenie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem powyższych wniosków i dokonanie wyboru ofert najkorzystniejszej;
4. Przeprowadzenie dowodów z akt postępowania z uwzględnieniem całej korespondencji i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
5. Przeprowadzenie dowodów z akt postępowania z uwzględnieniem całej korespondencji z zamawiającym w danym postępowaniu;
6. Zasądzenie na rzecz odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Centrum Informatyki ZETO SA w Białymstoku.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający określił przedmiot zamówienia poprzez wskazanie w tabeli B pkt 12: SQL Server Enterprise 2008 R2 na 1 procesor. Wskazał, że są to wymagania minimalne i dopuścił zaoferowanie przedmiotów równoważnych.

W dniu 1 kwietnia 2012 roku producent oprogramowania Microsoft wycofał z oferty produkt SQL Server Enterprise 2008 R2, wprowadzając do obrotu handlowego nową wersję – Microsoft SQL Server Enterprise 2012.

Przystępujący w ofercie zaferował produkt wycofany, tj. SQL Server Enterprise 2008R2.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp.

Istotnym dla przedmiotowego postępowania jest fakt, że w dniu 1 kwietnia 2012 roku produkt SQL Server Enterprise 2008R2 został przez producenta zastąpiony produktem SQL Server Enterprise 2012 (okoliczność bezsporna).

Odwołujący się podniesiony zarzut poparł przedłożonym na rozprawie pisemnym oświadczeniem Microsoft Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 18 czerwca 2012 roku, z którego wynika, że z dniem 1 kwietnia 2012 roku produkt Microsoft SQL Server Enterprise 2008 R2 licencjonowany „per procesor” został wycofany z cenników dystrybutorów, w związku z premierą nowej wersji produktu – Microsoft SQL Server Enterprise 2012, który licencjonowany jest wyłącznie w modelu „per core” (na liczbę rdzeni). Od tej chwili wersja Microsoft SQL Server Enterprise 2012 dostępna jest jedynie w licencjonowaniu „per core”.

Zamawiający i przystępujący podnosili, że poprzednia wersja produktu może być przedmiotem sprzedaży jeszcze przez dwa lata po jej wycofaniu z cenników dystrybutorów, niemniej jednak stanowisko ich nie zostało poparte dowodami mogącymi obalić oświadczenie Microsoft zawarte w piśmie z 18 czerwca 2012 roku. Izbie przedłożono jedynie

wydruk ze strony internetowej Microsoft oraz korespondencję mailową prowadzoną pomiędzy pracownikami przystępującego i Microsoft. W ocenie Izby nie może mieć wartości dowodowej korespondencja mailowa a to z uwagi na fakt, że Izba nie jest w stanie ustalić, czy osoby, które ją prowadziły uprawnione są do składania oświadczeń wiedzy w imieniu podmiotu, w którym pracują. Z kolei wydruk ze strony internetowej Microsoft nie ma waloru dokumentu, jest jedynie informacją handlową skierowaną do nieokreślonego odbiorcy i jej moc dowodowa jest znikoma, zwłaszcza wobec jasnego oświadczenia Microsoft złożonego przez odwołującego się.

Izba wskazuje na treść art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy. W myśl ust. 3 dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

Katalog dowodów wskazany w art. 190 ust. 3 ustawy Pzp nie jest katalogiem zamkniętym. Strony i uczestnicy postępowania mogą wskazywać również inne dowody niż te, które są wskazane w podanym przepisie, natomiast Izba ma obowiązek ocenić wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania i na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Wskazując na powyższe Izba doszła do przekonania, że dowód złożony przez odwołującego w postaci oświadczenia Microsoft Sp. z o.o. z dnia 18 czerwca 2012 roku przesądza o zasadności odwołania. Jedyne dokument, który mógłby odeprzeć twierdzenia odwołującego się, tj. wyciąg z umowy zawartej pomiędzy przystępującym i Microsoft, został złożony przez przystępującego w języku angielskim, bez jego tłumaczenia na język polski. Izba wskazuje na treść przepisu §19 ust. 3 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), zgodnie z którym wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Tym samym Izba nie mogła przedłożonego dokumentu wziąć pod uwagę.



Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....