

Sygn. akt: KIO 64/18

**WYROK**  
**z dnia 24 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź**,

przy udziale wykonawcy **MOL Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 64/18 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze** 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 2017 r. poz. 1579 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 **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę, wdrożenie, dostosowanie do potrzeb Zamawiającego, uruchomienie oraz serwis gwarancyjny i usługi wsparcia technicznego Systemu informatycznego Łódzkiej Karty Bibliotecznej* (znak postępowania: DOA-ZP-VIII-271.54.2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 155-321542.

W dniu 11 stycznia 2018 r. wykonawca Sygnity Business Solutions S. A. z siedzibą w Zielonej Górze [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], przez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu i niedopuszczenie do przeprowadzenia prezentacji demonstracyjnej wersji oferowanego Systemu Bibliotecznego, mimo iż zestaw testowy spełniał wymagania określone w SIWZ, podczas gdy Zamawiający dopuścił innego wykonawcę do udziału w takiej prezentacji;
2. art. 38 ust. 4b w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, przez dokonanie faktycznych, wynikających z interpretacji Zamawiającego zapisów Regulaminu oraz harmonogramu prezentacji systemu odnoszących się do kryteriów oceny ofert, zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu;
3. postanowień pkt 3 lit. c Regulaminu oraz harmonogramu prezentacji Systemu, poprzez niedopuszczenie Odwołującego do przeprowadzenia testów i przydzielenia 0 pkt, w kryterium „jakość”;
4. z ostrożności procesowej art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w zakresie oceny ofert w sposób odbiegający od określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium „jakość”, co prowadzić będzie do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego - niedopuszczenia Odwołującego do prezentacji z dnia 4 stycznia 2017 r. i przyznania Odwołującemu 0 pkt w kryterium „jakość”;
2. kontynuacji prezentacji z dnia 4 stycznia 2018 r. począwszy od okazania złożonego wraz z ofertą zestawu testowego, z uwzględnieniem możliwości uaktualnienia kluczy licencyjnych w celu zapewnienia zgodnego z prawem korzystania z Systemu Bibliotecznego na potrzeby uruchomienia i wykonania prezentacji Systemu Bibliotecznego;
3. przydzielenia odpowiedniej do wyniku prezentacji Systemu Bibliotecznego punktacji.

Odwołujący wskazał, iż wniósł odwołanie, gdyż jego interes w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy, który złożył ważną ofertę doznaje uszczerbku na skutek niedopuszczenia go do przeprowadzenia demonstracji i testów Systemu, gdyż mimo iż zaoferował System zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego w kryterium „jakość” jego oferta została oceniona na 0 pkt jedynie z tej przyczyny, że Zamawiający już po terminie składania ofert interpretuje zapisy Regulaminu w inny sposób, niezgodny z ich literalnym brzmieniem. Niezależnie, w interesie wykonawcy, jak i Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z przepisami prawa, gdyż w przeciwnym razie naraża się na możliwość unieważnienia postępowania a także ewentualnie zawartej umowy.

W zakresie ww. zarzutów Odwołujący argumentował, że regulamin nie zawiera żadnych innych wymogów dotyczących licencji na System Biblioteczny w wersji demonstracyjnej, w szczególności nie określa, czy licencja miałaby być licencją czasową czy też udzielaną na czas nieokreślony, ograniczoną do wskazanego terytorium bądź nie, wyłączną czy też niewyłączną, nie zawiera ograniczeń co do uprawnionego korzystania z licencji a także nie określa innych pól eksploatacji niż wykorzystanie zestawu testowego do celów innych niż prezentacji Systemu. Zamawiający nie wskazał również, że licencje na System Biblioteczny - zarówno na jego wersję demonstracyjną jak i wersję oferowaną w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy - mają być licencjami typu open source. Zamawiający zastrzegł natomiast w Istotnych Postanowieniach Umowy, że licencja na System Biblioteczny udzielana w ramach zawartej umowy z wybranym wykonawcą ma być licencją udzieloną na warunkach określonych przez producenta (§ 15 ust. 11PU).

Odwołujący twierdzi, że żaden zapis SIWZ, czy też Regulaminu nie uzasadnia niedopuszczenia go do przeprowadzenia prezentacji wersji demonstracyjnej Systemu Bibliotecznego. Zgodnie z powołanymi wymogami zamieszczonymi w Regulaminie Odwołujący wraz z ofertą złożył zestaw testowy spełniający wymagania określone w pkt 3

lit. a) Regulaminu - co potwierdził Zamawiający również w protokole z prezentacji z dnia 4 stycznia 2018 r. Na zestawie testowym było również zainstalowane oprogramowanie licencjonowane przez producenta. Jedyną czynnością jaką powinien wykonać Odwołujący rozpoczynając demonstrację, to aktualizacja kluczy licencyjnych, umożliwiająca uruchomienie oprogramowania w sposób legalny.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, jakoby działanie takie nie było zgodne z Regulaminem. Zamawiający uzasadniając odmowę wprowadzenia kluczy licencyjnych wskazał, że Regulamin nie przewidywał, by dopuszczone było korzystanie z oprogramowania uzależnione od wpisania kluczy licencyjnych.

Przede wszystkim zauważyć należy, że Zamawiający oczekiwał zainstalowania na zestawie testowym oprogramowania legalnego, licencjonowanego, którego licencja umożliwi korzystanie z oprogramowania zgodnie z prawem. Otóż zgodne z prawem (jak również Regulaminem) jest udzielenie licencji czasowej, odnawialnej. Zdziwienie Odwołującego budzi fakt kwestionowania przez Zamawiającego, w kontekście takich zapisów Regulaminu, konieczności wpisania aktualnych kluczy licencyjnych, których użycie właśnie zapewnia legalność korzystania z licencji. Nie jest to rozwiązanie unikatowe, ale charakterystyczne dla licencji tzw. „zamkniętych”, z których korzystanie wymaga zgody właściciela majątkowych praw autorskich. Z jednej strony zatem Zamawiający zastrzegł, że licencja ma umożliwić korzystanie zgodnie z prawem, a z drugiej strony, gdy Odwołujący to zapewnia - nie zostaje przez Zamawiającego dopuszczony do prezentacji oferowanego rozwiązania. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający w SIWZ nie wskazywał ani nie ograniczał wykonawców co do czynności, które mają być podjęte, by zapewnić zgodność licencji z prawem. Co istotne, Zamawiający w Regulaminie zakazał wykonawcom jedynie dokonania w trakcie przygotowania do prezentacji oraz w jej trakcie zmian w Systemie wynikających ze zmiany kodów źródłowych.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie ograniczał możliwości ofertowania Systemu Bibliotecznego opartego jedynie na oprogramowaniu „zamkniętym”. Możliwe było zaoferowanie rozwiązania również opartego o oprogramowanie open source, którego wykorzystywanie nie wymaga wpisywania kluczy licencyjnych co jest oczywiste z natury tego oprogramowania. Jeżeli tak, to wpisanie przez Zamawiającego do Regulaminu czynności prezentacji takiej jak wpisanie kluczy licencyjnych, byłoby ograniczeniem dla wykonawców oferujących rozwiązanie na takim właśnie oprogramowaniu. Zapis zamieszczony w Regulaminie odnoszący się do zapewnienia legalności oprogramowania jest w ocenie Odwołującego wystarczająco precyzyjny i zapewniający spełnienie przez Zamawiającego w trakcie Postępowania realizacji zasady wynikającej z art. 7 ustawy Pzp. Późniejsza interpretacja tego zapisu stoi jednak w sprzeczności z tą zasadą, ale również z treścią Regulaminu i przepisów prawa.

Zauważyć należy, że Odwołujący zapewnił Zamawiającemu ciągłość uprawnień licencyjnych zgodnych z prawem zapewniając klucze licencyjne na kolejne okresy związania ofertą. Zgodnie z przyjętymi zasadami w postępowaniu Zamawiający nie mógł samodzielnie uruchomić i wykonać prezentacji Systemu Bibliotecznego zanim Wykonawca nie przeprowadził prezentacji zgodnie z Regulaminem. Do tej chwili bowiem zestaw testowy miał pozostać zamknięty i nienaruszony. Nie było zatem żadnych podstaw do dostarczania Zamawiającemu aktualnych kluczy licencyjnych przedłużających udzieloną licencję przed terminem prezentacji, nie mniej jednak, podkreślenia wymaga fakt, że w każdej chwili od złożenia oferty Zamawiający wzywając Odwołującego do prezentacji miał możliwość jej przeprowadzenia z zachowaniem korzystania z licencjonowanego oprogramowania zgodnie z prawem.

Zamawiający wymagał, by możliwość uruchomienia i wykonania prezentacji Systemu Bibliotecznego w wersji demonstracyjnej istniała od złożenia oferty do końca trwania Umowy. Co oczywiste okres ten mógł dotyczyć wyłącznie wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. W każdym innym przypadku Zamawiający, zgodnie z pkt 16 Regulaminu, zobowiązany był do zwrotu zestawu testowego na pisemny wniosek wykonawcy. Wykonawca składając ofertę nie mógł zatem przewidzieć czy obowiązek ten będzie go dotyczył czy też nie i czy niezbędne jest zapewnianie aktywnej licencji aż do 31 grudnia 2020 r. (w przypadku terminowej realizacji zamówienia). Niezasadnym byłoby zatem udzielenie licencji na czas nieokreślony, przy założeniu, że producent może takich licencji udzielać na wersje testowe czy demonstracyjne oprogramowania, gdyż biorąc pod uwagę regulację z art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, mogłaby ona zostać wypowiedziana przez licencjodawcę w każdym czasie na rok naprzód na koniec roku kalendarzowego, co mogłoby nie zapewnić oczekiwania Zamawiającego odnośnie wykonania prezentacji Systemu w okresie trwania Umowy.

Nie jest również zasadne udzielanie licencji czasowej do końca trwania Umowy, w sytuacji, gdy jej data jest znana wyłącznie hipotetycznie, a wykonawca udzielający licencji do 31 grudnia 2020 r. może nie zostać wykonawcą wybranym w Postępowaniu i takiej umowy nie zawrzeć. Uzasadnionym i zgodnym z treścią Regulaminu jest zatem udzielanie licencji czasowych ze zobowiązaniem do ich przedłużania stosownie do przebiegu postępowania.

Antycypując twierdzenie Zamawiającego, że utraci on możliwość przeprowadzenia prezentacji Systemu w wersji testowej gdy Odwołujący, będąc wybranym wykonawcą, z którym podpisana zostanie umowa, zaprzestanie ewentualnie dostarczania kluczy licencyjnych do końca jej trwania, Odwołujący wskazuje, że pismo pochodzące od przedstawiciela producenta oprogramowania w sposób jednoznaczny stanowi ważne zobowiązanie tego podmiotu do dostarczania kolejnych kluczy licencyjnych dotyczących oprogramowania zainstalowanego na zestawie testowym.

Odwołujący podnosi również, że uwadze Zamawiającego umknęły również zapisy pkt 33 Regulaminu, które wprost pozwalają wykonawcy na dokonywanie czynności na komputerze wchodzącym w skład zestawu testowego w trakcie przygotowywania się do prezentacji. Nie wskazano konkretnie jakie mogą to być czynności przygotowawcze, ale też Zamawiający nie zastrzegł, że czynności związanych z wpisaniem aktualnych kluczy licencyjnych wykonać nie można.

Zaznaczył, że niedopuszczenie Odwołującego do prezentacji z uzasadnieniem, iż Regulamin nie dopuszczał możliwości wpisania aktualnych kluczy licencyjnych, stanowi nie tylko zmianę treści SIWZ po terminie składania ofert, ale również naruszenie podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych - przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 stycznia 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający argumentował, że zestaw testowy, który wykonawcy obowiązani byli załączyć do oferty stanowił próbkę, której celem było dokonanie oceny oferty wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert – „jakość”. Powyższa okoliczność, w opinii Zamawiającego, oznaczała, że brak jest możliwości uzupełniania, poprawienia zestawu testowego po terminie składania ofert. W tym bowiem przypadku zestaw testowy stanowi element treści oferty i służy wyłącznie ocenie punktowej w wyznaczonym ww. kryterium oceny ofert. Z tego też powodu nie podlega ona uzupełnieniu i jakimkolwiek innym poprawkom (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 544/15, KIO 555/14, wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 559/14).

Wskazał, że wymóg z punktu 6 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia był jednoznaczny i wprost wskazywał na jaki okres ma być udzielona licencja. Wymóg by licencja dla zainstalowanego w zestawie testowym oprogramowania umożliwiała korzystanie z oprogramowania i uruchomienie prezentacji systemu bibliotecznego w okresie od złożenia oferty do końca trwania umowy ma istotne znaczenie, bowiem przesądza o tym, iż oprogramowanie zainstalowane w zestawie testowym powinno być wraz z licencją udzieloną na okres od złożenia oferty do dnia zakończenia umowy. Ponadto przywołał punkt 5 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż przywołane zapisy wskazują, iż obowiązkiem wykonawcy w zakresie zestawu testowego było m.in.: 1) dostarczenie licencji obowiązującej na czas od złożenia oferty do końca trwania umowy, 2) przekazanie informacji umożliwiających uruchomienie wersji demonstracyjnej. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca jeśli miał czasowe klucze licencyjne powinien załączyć wszystkie klucze licencyjne pozwalające Zamawiającemu uruchomić prezentację Systemu Bibliotecznego przez cały

okres od złożenia oferty do zakończenia umowy. Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył zestaw testowy, w którym zainstalował licencje niezbędne do uruchomienia i poprawnego działania systemu bibliotecznego, które wymagały podania nowych kodów licencyjnych w dniu prezentacji. Z wyjaśnień producenta oprogramowania z dnia 21 grudnia 2017 r. wynika, że wprost, iż udzielił on licencji czasowych w okresach 60-dniowych oraz zobowiązał się do ich przedłużania tak, by przez cały okres związania ofertą Odwołującego licencja była ważna. Jednocześnie oświadczył, że zainstalowane na zestawie testowym licencje testowe wygasną z chwilą ostatecznego zakończenia postępowania przez Zamawiającego. Również Odwołujący w piśmie z dnia 27 grudnia 2017 r. potwierdził, że zainstalował na zestawie czasowym licencje czasowe, które będą wymagały wprowadzenia nowych kodów licencyjnych. Powyższe oświadczenie wskazuje, że po upływie 60 dni licencje te wygasają i aby dokonać uruchomienia prezentacji systemu zainstalowanego w zestawie testowym wymagane jest dostarczenie nowych kodów licencyjnych. Zamawiający badając zestaw testowy Odwołującego nie stwierdził, by do zestawu zostały załączone informacje zawierające wszystkie kody licencyjne dla oprogramowania na cały wymagany okres, tj. od daty złożenia oferty do dnia zakończenia umowy.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego, iż skoro Zamawiający nie wpisał wymogów wskazujących na to, czy ma być licencja open source, czasowa lub nieokreślona nie wskazał pól eksploatacji, to Zamawiający nie miał prawa nie dopuścić do testów Odwołującego. Podkreślał, iż Zamawiający w zakresie licencji nie narzucał rozwiązań w zakresie rodzaju licencji, tj. czy ma być to licencja open source, czy czasowa czy nieograniczona. Zawarł jedynie wymóg, z którego wynikało wprost, że licencja musi umożliwiać korzystanie z oprogramowania zgodnie z prawem, poprzez uruchomienie i wykonanie prezentacji systemu bibliotecznego w okresie od złożenia oferty do końca trwania umowy. Zaproponowane na zestawie testowym rozwiązanie nie spełniało powyższego wymogu, ponieważ: 1) licencje wygasły po zakończeniu postępowania przez Zamawiającego, a nie z dniem zakończenia umowy, 2) Odwołujący do zestawu testowego nie załączył kodów licencyjnych na cały wymagany okres, tj. od dnia złożenia oferty do dnia zakończenia umowy. Powyższe okoliczności spowodowały zastosowanie konsekwencji opisanych w pkt 3 lit. c) załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia tj. niedopuszczeniem do testów i przyznaniem Odwołującemu 0 punktów w kryterium „jakość”.

W końcu Zamawiający podkreślał, że zamówienie przygotowuje i przeprowadza Zamawiający. Jedynym uprawnieniem osoby ubiegającej się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest zwrócenie się do niego na podstawie art. 38 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ. Celem tej instytucji, jak wskazuje się w piśmiennictwie, jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli Zamawiającego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że niezwrócenie się przez



wykonawcę do Zamawiającego – w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 ustawy Pzp w zw. z art. 354 § 2 KC może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (por. wyroki SN z dnia 5 czerwca 2014 r. IV CSK 626/13, z dnia 18 lutego 2016 r. II CSK 197/15, wyrok SN z dnia 17 czerwca 2016 r. IV CSK 674/15).

W ocenie Zamawiającego Odwołujący znając warunki licencjonowania oprogramowania narzędziowego i udzielania wyłącznie licencji czasowych i wygasających po zakończeniu postępowania przez Zamawiającego nie dochował należytej staranności poprzez brak wystąpienia o wyjaśnienia do Zamawiającego w przedmiocie możliwości dopuszczenia takiego rozwiązania. Takie działanie było uzasadnione, bowiem zapis regulaminu wprost określał ramy czasowe obowiązywania licencji do oprogramowania zainstalowanego na zestawie testowym i wymagał, by prezentację można było również uruchomić do czasu zakończenia umowy. Natomiast w świetle pisma producenta oprogramowania narzędziowego licencje do oprogramowania zainstalowanego na zestawie testowym wygasają po zakończeniu postępowania przez Zamawiającego, a więc jeszcze przed zakończeniem umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę MOL Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 15 stycznia 2018 r. po stronie Zamawiającego. W trakcie rozprawy Przystępujący przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem ww. zamówienia była dostawa, wdrożenie, dostosowanie do potrzeb

Zamawiającego, uruchomienie oraz serwis gwarancyjny i usługi wsparcia technicznego systemu informatycznego Łódzkiej Karty Bibliotecznej.

W punkcie 11.16.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymagał załączenia do oferty zestawu testowego, na którym dokonana będzie prezentacja systemu na podstawie scenariuszy opisanych przez Zamawiającego. Zestaw testowy wykonawca zobowiązany był złożyć zgodnie z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia.

W punkcie 1 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, że celem prezentacji jest weryfikacja jakości oferowanego systemu bibliotecznego do wdrożenia. W ww. załączniku Zamawiający określił wymagania, jakie musiał spełnić zestaw testowy oferowany przez wykonawców.

W punkcie 3 lit. c załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający postanowił, że przed przystąpieniem do testów wykonawca zaprezentuje Zamawiającemu zestaw testowy i przygotowaną wersję demonstracyjną Systemu Bibliotecznego, a Zamawiający oceni ich zgodność z wymaganiami opisanymi w niniejszym dokumencie. W przypadku gdy Zamawiający potwierdzi zgodność zestawu testowego i wersji demonstracyjnej Systemu z postawionymi wymaganiami, wykonawca zostanie dopuszczony do przeprowadzenia testów – w przeciwnym wypadku, wykonawca nie zostanie dopuszczony do przeprowadzenia testów i w ramach kryterium oceny ofert „Jakość proponowanego rozwiązania” otrzyma 0 punktów.

W punkcie 6 ww. załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że na zestawie testowym zainstalowane oprogramowanie musi być licencjonowane. Licencja musi umożliwiać korzystanie z oprogramowania zgodnie z prawem, poprzez uruchomienie i wykonanie prezentacji Systemu Bibliotecznego w okresie od złożenia oferty do końca trwania umowy. System Biblieczny musi być już zainstalowany na komputerze z zestawu testowego, tak aby podczas przygotowania do prezentacji oraz w jej trakcie nie były instalowane żadne komponenty Systemu Bibliotecznego. Nadto zgodnie z pkt 7, w ramach zestawu testowego, wykonawca jest zobowiązany dostarczyć nośnik danych, na którym znajdować się będzie obraz dysku/dysków komputera, który będzie elementem zestawu testowego. Dla każdego dysku, obraz musi być pojedynczym plikiem. Obraz dysku musi być wykonany w taki sposób, aby za pomocą licencjonowanego oprogramowania, które będzie również elementem zestawu testowego, Zamawiający mógł samodzielnie dokonać ewentualnego odtworzenia „obrazu” komputera i wykonać prezentację Systemu. Oprogramowanie do odtworzenia obrazu/obrazów zapisanych na nośniku danych może być dostarczone najpóźniej do chwili zakończenia prezentacji przeprowadzanej przez danego wykonawcę. Z kolei zgodnie z punktem 32, wykonawca w trakcie przygotowania się do prezentacji oraz w jej trakcie nie może dokonywać żadnych zmian w Systemie wynikającym

ze zmiany kodów źródłowych. Ponadto stosownie do treści pkt 33, wykonawca w trakcie przygotowania się do prezentacji oraz w jej trakcie może wykonywać czynności na komputerze wyłącznie w czasie, gdy obraz z komputera jest wyświetlany za pomocą projektora z wyłączeniem sytuacji, gdy projektor jest podłączany do komputera z zestawu testowego.

Odwołujący do oferty załączył zestaw testowym, w którym zainstalowane zostały licencje czasowe (60-dniowe) wymagające wprowadzenia nowych kluczy licencyjnych w celu uruchomienia i poprawnego działania oferowanego systemu w dniu prezentacji, tj. w dniu 4 stycznia 2018 r. Z pisma autoryzowanego dystrybutora producenta oprogramowania oferowanego przez Odwołującego z dnia 21 grudnia 2017 r. wynika, iż podmiot ten zobowiązał się do ich przedłużania tak, by przez cały okres związania ofertą Odwołującego licencja była ważna, jednocześnie oświadczając, że zainstalowane na zestawie testowym licencje testowe wygasną z chwilą ostatecznego zakończenia postępowania przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 4 stycznia 2018 r. nie dopuścił Odwołującego do przeprowadzenia prezentacji zaoferowanego systemu na podstawie pkt 3 lit c) Regulaminu oraz harmonogramu prezentacji systemu, tj. z uwagi na okoliczność, iż zaoferowana przez Odwołującego próbka nie zawierała aktualnych kodów licencyjnych do zainstalowanego oprogramowania umożliwiających uruchomienie oprogramowania zainstalowanego na zestawie testowym.

#### Izba zważyła, co następuje.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 4b w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, postanowień pkt 3 lit. c Regulaminu oraz harmonogramu prezentacji systemu stanowiącego załącznik nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia oraz podniesione z ostrożności procesowej naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, w ocenie Izby, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zdaniem Izby zasadnym jest łączne odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, bowiem w istocie stanowiły jedno naruszenie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. Z kolei stosownie do treści art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W toku postępowania odwoławczego ustalano, iż stan faktyczny sprawy nie był sporny między stronami. Z kolei istota sporu zawisłego przed Izbą sprowadzała się do wykładni treści SIWZ, w szczególności w zakresie określonym w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, iż nie jest zadaniem Izby dokonywanie, na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oceny postanowienia zawartego w punkcie 6 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia, niezakwestionowanego przez wykonawców zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu we właściwym terminie wynikającym z ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz jedynie jego wykładnia.

Przechodząc zatem do analizy treści SIWZ wskazać należy, iż niewątpliwie Zamawiający wymagał, by wykonawcy wraz z ofertą złożyli próbkę w postaci zestawu testowego spełniającego wymogi określone w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia w celu oceny ofert w kryterium jakościowym. Nadto w odniesieniu do powyższego zestawu testowego, w pkt 6 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający postawił dwa wymogi dotyczące licencji zainstalowanego w zestawie testowym oprogramowania, tj. po pierwsze wymagał, by licencja umożliwiała korzystanie z oprogramowania zgodnie z prawem poprzez uruchomienie i wykonanie prezentacji Systemu Bibliotecznego, który to wymóg nie był sporny między stronami, a po drugie licencja miała być ważna w okresie od złożenia oferty do końca trwania umowy, który to zapis był osią sporu między stronami.

Wskazać należy, iż w ocenie Izby powyższe postanowienie SIWZ było jednoznaczne i w sposób precyzyjny określało ramy czasowe obowiązywania licencji zainstalowanego w zestawie testowym oprogramowania. Tym samym nie może budzić wątpliwości, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia już od dnia złożenia oferty winni byli zaoferować zestaw testowy wraz z niezbędnym licencjonowanym oprogramowaniem umożliwiającym uruchomienie i wykonanie prezentacji systemu bibliotecznego aż do końca trwania umowy, zatem przez cały wymagany przez Zamawiającego okres obowiązywania licencji. Obowiązek ten dotyczył wszystkich wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego. Odmiennie rozumienie postanowienia pkt 6 załącznika nr 1 do SIWZ, na tym etapie procedury przetargowej, oznaczałoby bowiem niedopuszczalną, po upływie terminu składania ofert, zmianę treści SIWZ, a także godziłoby w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości.

W świetle powyższego postanowienia treści SIWZ, podnoszona przez Odwołującego okoliczność zobowiązania się autoryzowanego dystrybutora oprogramowania narzędziowego, tj. GALEOS Sp. z o.o. do przedłużania licencji na kolejne okresy 60-dniowe, poparta pismem

z dnia 21 grudnia 2017 r., złożonym Zamawiającemu na krótko przed terminem prezentacji demonstracyjnej wersji systemu bibliotecznego, nie mogła zasługiwać na uwzględnienie. Zauważyć bowiem należy, iż z ww. pisma nie wynikała okoliczność zagwarantowania Zamawiającemu przez spółkę GALEOS Sp. z o.o. ważności licencji przez cały okres wymagany w specyfikacji, bowiem ww. podmiot zobowiązał się do ich przedłużania tak, by przez cały okres związania ofertą Odwołującego licencja była ważna, wskazując jednocześnie, że zainstalowane na zestawie testowym licencje testowe wygasną z chwilą ostatecznego zakończenia postępowania przez Zamawiającego, a zatem przed upływem okresu, na który zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu wykonawcą.

Wskazać również należy, iż w ocenie Izby przedłużanie kluczy licencyjnych do zainstalowanego w zestawie testowym oprogramowania po otwarciu ofert było niedopuszczalne w świetle niespornego charakteru próbki, przypisanego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z ugruntowanym już w orzecznictwie Izby poglądem, próbka jako część oferty nie może podlegać uzupełnieniu, czy poprawieniu (tak KIO w wyroku z dnia 20 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 426/15). Zdaniem Izby, dostarczanie przez wykonawcę nowych kluczy licencyjnych składających się na część zestawu testowego będącego próbką ocenianą w ramach kryterium jakościowego, po upływie terminu składania ofert, byłoby niczym innym jak niedozwolonym uzupełnieniem treści oferty.

Jednocześnie dostrzec należy, iż Odwołującemu znane były warunki licencyjne oferowanego oprogramowania narzędziowego, w tym okres, na jaki autoryzowany dystrybutor oprogramowania udziela licencji (tj. 60 dni), co potwierdzał chociażby podkreślany przez Odwołującego w toku rozprawy fakt wieloletniej współpracy z producentem oprogramowania. Tym samym Odwołujący jako profesjonalista w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, nawet jeżeli postanowienie pkt 6 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia było dla niego jednoznaczne, winien był dołożyć należytej staranności i upewnić się, czy oferowane przez niego, niespełniające wymogów Zamawiającego, rozwiązanie, zostanie zaakceptowane przez instytucję zamawiającą, korzystając z procedury przewidzianej w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Konkludując powyższe, Izba nie dopatrzyła się podnoszonych przez Odwołującego naruszeń przepisów ustawy Pzp, w związku z niedopuszczeniem Odwołującego do prezentacji demonstracyjnej wersji systemu bibliotecznego, co skutkowało przyznaniem odwołującemu się wykonawcy 0 punktów w kryterium pozacenowym „jakość”.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....