

Sygn. akt: KIO/2281/10

WYROK
z dnia 3 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2010 r. przez **Asseco Systems S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 stycznia 74** odwołania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5**

przy udziale wykonawcy **Tradex Systems Sp. z o.o., 02-372 Warszawa, ul. Opaczewska 42/110** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Asseco Systems S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 stycznia 74** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Asseco Systems S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 stycznia 74,**

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi opieki serwisowej oprogramowania Informix* (znak postępowania: TZ/370/46/10), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 143-220680, w dniu 20 października 2010 r. wykonawca Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 października 2010 r. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o, która powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z teścią siwz. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający przekazał w dniu 13 października 2010 r.

Podejrzenia odwołującego wzbudziła cena zaproponowana przez Tradex, mająca wskazywać na zapewnienie wsparcia w ograniczonym zakresie lub w innym modelu licencyjnym niż obowiązujący u zamawiającego – Passport Advantage. Odwołujący zwrócił się do producenta oprogramowania Informix – firmy IBM o wyjaśnienie możliwych form zapewnienia wsparcia (opieki serwisowej) i w odpowiedzi uzyskał oświadczenie wskazujące jednoznacznie, że oferta Tradex jest niezgodna z siwz. Wykonawca ten bowiem zaproponował dostawę nowych licencji, tymczasem przedmiotem zamówienia było zapewnienie opieki serwisowej dla posiadanych przez zamawiającego licencji – już zainstalowanych wersji oprogramowania. Wsparcie producenta IBM możliwe jest jedynie dla nowych dostarczanych licencji, a nie już istniejących. Tym samym Tradex jest w stanie samodzielnie wykonać część prac, ale nie może zapewnić dostępu do nowych wersji oprogramowania, uaktualnień i „suport packów” do oprogramowania Informix oraz dostępu do bazy wiedzy producenta o produktach Informix w zakresie odnoszącym się do już posiadanych przez ZUS licencji. Ponadto, odwołujący wskazał, iż dla oprogramowania w wersji 11.10 po 30 września 2012 r. nie będzie świadczone standardowe wsparcie, a zapewnienie dostępu do uaktualnień i „suport packi” będzie możliwe jedynie poprzez wykupienie dodatkowej usługi producenta, tj. Extended Support”. Zgodnie z oświadczeniem producenta, jedynie odwołujący zwrócił się o zapewnienie dodatkowej rzeczowej usługi niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia. Z tego powodu Tradex nie będzie w stanie zapewnić wymaganej opieki serwisowej w całym okresie świadczenia usługi, która nie zakończy się wcześniej niż w październiku 2013 r. Wobec powyższych okoliczności, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy i wniósł o nakazanie zamawiającemu

unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownie oceny ofert, odrzucenie oferty Tradex i dokonanie wyboru oferty odwołującego się.

Do postępowania odwoławczego w dniu 25 października 2010 r. przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Tradex Systems Sp. z o.o. W przystąpieniu wykonawca odniósł się do twierdzeń odwołującego wskazujących sprzeczność jego oferty, jaka wynikać miałyby z oferowanego modelu licencyjnego „ASL/OEM”. Przystępujący wskazał na tożsamość produktu, jakim jest oprogramowanie Informix, niezależną od modelu licencyjnego i zaprzeczył, jakoby w siwz zamawiający wymagał, aby wsparcie techniczne oprogramowania było świadczone bezpośrednio przez producenta oprogramowania. Jednocześnie wskazał, iż zamawiający nie określił sposobu realizacji wymaganych usług serwisowych (przedłużenie/ odnowienie serwisu dla posiadanych licencji, zakup nowych licencji), a zatem każdy sposób spełnienia świadczenia zgodny z opisem siwz, jest zgodny z ustawą pzp. Przystępujący z pełną świadomością zakresu przedmiotu zamówienia oraz specyfiki zamawiającego zobowiązał się do realizacji wymaganych usług, poprzez złożenie ważnej, nie podlegającej odrzuceniu oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy zamawiający dokonując wyboru oferty Tradex Systems Sp. z o.o., nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 2. Wprawdzie w odwołaniu wykonawca błędnie wskazał podstawę prawną zarzutu, jednak całość uzasadnienia odwołania pozwalała na ustalenie, iż odwołujący zarzucał

zamawiającemu dokonanie wyboru oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie wyboru oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania, na które to przesłanki wskazał w podstawie prawnej zarzutu.

W ocenie Izby, oferta wybrana nie podlegała odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Izba nie uznała za zasadne twierdzenie odwołującego o istnieniu niezgodności oferty wybranej z zapisem siwz, dotyczącym sposobu świadczenia usługi serwisowej. Przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usługi opieki serwisowej oprogramowania IBM Informix Dynamic Server, funkcjonującego w wersjach 7.31 i 11.10 na serwerach z procesorami posiadającymi sumaryczną ilość 130 rdzeni (13000 PVU) w Oddziałach i Centrali Zamawiającego. Tradex Systems Sp. z o.o. zaoferowało świadczenie usługi serwisowej z wykorzystaniem modelu licencyjnego ASL/OEM, co potwierdził sam wykonawca na rozprawie. Odwołujący uznał, iż wykonawca przyjmując model ASL/OEM zaoferował sposób spełnienia świadczenia niezgodny z treścią siwz, gdyż wymagany był model licencyjny Passport Advantage, który obejmuje wszystkie zainstalowane u zamawiającego licencje. W ocenie Izby, założenie to nie znajduje potwierdzenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający nie określił jakiego modelu licencji oczekuje od wykonawców w ramach świadczenia usługi serwisowej oprogramowania IBM Informix Dynamic Server. Zamawiający określił jedynie zakres usługi opieki serwisowej, jaka ma być świadczona przez wykonawcę dla użytkowanego przez zamawiającego oprogramowania Informix i która obejmować ma zapewnienie dostępu do nowych wersji oprogramowania, uaktualnień i „suport packów” do oprogramowania Informix, rozwiązywanie problemów związanych z funkcjonowaniem oprogramowania, przyjmowanie zgłoszeń, konsultacje oraz dostęp do bazy wiedzy o produktach Informix. Jak wynika ze zgodnych oświadczeń odwołującego oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, oba modele licencyjne gwarantują identyczną funkcjonalność oprogramowania aplikacyjnego, co również zostało potwierdzone w oświadczeniu autoryzowanego dystrybutora oprogramowania OEM firmy IBM – LIS.TEC GmbH. W oświadczeniu tym czytamy, iż zgodnie z polityką licencjonowania firmy IBM, jedno, to samo oprogramowanie IBM Informix Dynamic Server ze wszystkimi dostępnymi funkcjonalnościami jest oferowane i dostarczane niezależnie od modelu licencjonowania (np. Passport Advantage, ASL/OEM), a tym samym nie ma to wpływu na poprawne działanie programowania aplikacyjnego. Izba nie stwierdziła, aby zamawiający wymagał bezpośredniego udziału w świadczeniu usługi producenta oprogramowania firmy IBM, co miało wykluczać zastosowanie modelu licencjonowania ASL/OEM. Odwołujący kwestionował dopuszczalność modelu ASL, który jest przeznaczony do rozwiązań integratorskich i stanowi część oferowanego rozwiązania, gdyż w jego ocenie Tradex nie dodał do oprogramowania żadnej nowej ważnej funkcji. Przystępujący wskazywał jednak na wartość dodaną, którą

stanowią dodatkowe usługi, jakie będzie świadczył w ramach opieki serwisowej oprogramowania. Odwołujący oraz przystępujący złożyli na rozprawie oświadczenia przedstawicieli producenta oprogramowania IBM (IBM Polska Sp. z o.o. oraz LIS.TEC GmbH), zawierające sprzeczne oświadczenia co do możliwości wykorzystania licencji ASL/OEM w prowadzonym postępowaniu. W tych okolicznościach oba oświadczenia nie były brane pod uwagę dla rozstrzygnięcia spornej kwestii. Izba uznała, iż odwołujący nie wykazał w sposób przekonywujący zasadności stawianych tez o niedopuszczalności wykorzystania modelu licencjonowania ASL/OEM w warunkach świadczenia usługi określonych przez zamawiającego i na tej podstawie uznała, iż oferta Tradex Systems Sp. z o.o. jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W oparciu o powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 i 4 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), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis.

Przewodniczący:

.....