

WYROK
z dnia 5 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) SmallGIS Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Starostwo Powiatowe w Krośnie, ul. Bieszczadzka 1, 38-400 Krosno,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Firma Geokart-International Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) B..... B....., M..... K....., J..... Ł....., S..... Ł....., G..... M....., J..... R..... - wspólnicy spółki cywilnej Geomatyka-Kraków s.c., adres dla pełnomocnika: ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) SmallGIS Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów, dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) SmallGIS Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów.**

2. Kosztami postępowania obciąża Starostwo Powiatowe w Krośnie, ul. Bieszczadzka 1, 38-400 Krosno 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 udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) SmallGIS Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Starostwa Powiatowego w Krośnie, ul. Bieszczadzka 1, 38-400 Krosno na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) SmallGIS Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Geodetów 1, 35-328 Rzeszów kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Krośnieński Starostwo Powiatowe w Krośnie ul. Bieszczadzka 1; 38-400 Krosno, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowę i wdrożenie rozwiązań aplikacyjnych i portali Systemu Informacji Przestrzennej wspomagającego zarządzanie Powiatem Krośnieńskim wraz z budową nowych i dostosowaniem istniejących baz danych do zasilenia systemu*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 14 listopada 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 22 listopada 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Geodezyjno- Kartograficzne OPGK RZESZÓW S.A. (Lider Konsorcjum), ul. Geodetów 1; 35-328 Rzeszów oraz SmallGIS sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), ul. Wadowicka 8A; 30-415 Kraków (dalej „*odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo braku podstaw do jej odrzucenia - gdyż zamawiający na skutek:
 - a) własnych ustaleń, dokonanych na podstawie informacji z niewiarygodnego źródła, tj. ze strony internetowej osoby trzeciej, nie będącej oferentem ani członkiem konsorcjum, w sprzeczności z wyjaśnieniami i oświadczeniem, złożonym przez odwołującego,
 - b) dokonania wadliwej i jednostronnej wykładni treści oferty odwołującego poprzez przyjęcie błędnych założeń do oceny spełnienia warunków s.i.w.z.,
 - c) dokonania interpretacji treści złożonych na wezwanie wyjaśnień na niekorzyść odwołującego,
 - d) braku uwzględnienia, że treść przedłożonej licencji dla „ArcGIS for desktop Standard”, spełnia wymagania, przewidziane dla oprogramowania dodatkowego w załączniku 11 do s.i.w.z.,

stwierdził w sposób nieuprawniony, że oferta odwołującego nie spełnia warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 2) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności zamawiającego, polegającej na:
 - a) zaniechaniu wezwania odwołującego do ponownych wyjaśnień, dotyczących treści oferty, w zakresie wyjaśnienia, czy proponowane oprogramowanie „ArcGIS for desktop Standard” z licencją sieciową (concurrent use) powoduje ograniczenie ilościowe jednoczesnego dostępu, ograniczające w jakikolwiek sposób możliwość

jednoczesnego korzystania z systemu przez jego administratorów i użytkowników w aspekcie ilościowym,

- b) zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnień, dotyczących treści oferty w zakresie, czy oprogramowanie SprintMAP@Geoportal.Configurator oraz ArcGIS for desktop należy traktować jako dwa programy spełniające łącznie funkcjonalność jednej aplikacji czy inaczej,
oraz
 - c) zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnień, dotyczących złożonego w ofercie oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia w pełni odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego, określonym w s.i.w.z. z załącznikami (odnośne oświadczenie zawarte zostało w pkt. 2 ppkt. 2.3 formularza ofertowego) - w sytuacji, gdy zamawiający stwierdził, na skutek wyłącznie własnych ustaleń, dokonanych na podstawie informacji z niewiarygodnego źródła, tj. ze strony internetowej osoby trzeciej, nie będącej oferentem ani członkiem konsorcjum, że złożona przez odwołującego oferta nie spełnia wg. zamawiającego warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a równocześnie miał wiedzę o tym, że oświadczenie o zgodności przedmiotu umowy z s.i.w.z. zostało złożone przez odwołującego,
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności zamawiającego, polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum Firm: Geokart- International Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów- Lider Konsorcjum i Geomatyka - Kraków s.c. ul. Mała Góra 30, 30-864 Kraków- Członek Konsorcjum, w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego była najkorzystniejsza i nie powinna podlegać odrzuceniu, a jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy spełniała ona warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający na skutek:
 - a) dokonania wadliwej i jednostronnej wykładni treści oferty odwołującego,
 - b) interpretacji treści złożonych na wezwanie przez odwołującego wyjaśnień na niekorzyść odwołującego,
 - c) braku uwzględnienia, że treść przedłożonej licencji dla „ArcGIS for desktop Standard”, spełnia wymagania, przewidziane w załączniku 11 do s.i.w.z. dla oprogramowania dodatkowego oraz
 - d) własnych ustaleń, dokonanych na podstawie informacji z niewiarygodnego źródła, tj. ze strony internetowej osoby trzeciej, nie będącej oferentem ani

członkiem konsorcjum, w sprzeczności z wyjaśnieniami i oświadczeniem, złożonym przez odwołującego,

stwierdził, że oferta odwołującego nie spełnia warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzucił ofertę,

2. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez :

a) brak wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty- w zakresie wyjaśnienia, czy proponowane oprogramowanie „ArcGIS for desktop Standard” z licencją sieciową (concurrent use) powoduje ograniczenie ilościowe jednoczesnego dostępu, ograniczające w jakikolwiek sposób możliwość jednoczesnego korzystania z systemu przez jego administratorów i użytkowników w aspekcie ilościowym,

b) brak wezwania odwołującego do wyjaśnień, dotyczących treści oferty w zakresie, czy oprogramowanie SprintMAP@Geoportal.Configurator oraz ArcGIS for desktop należy traktować jako dwa programy spełniające łącznie funkcjonalność jednej aplikacji czy też inaczej,

c) brak wezwania do wyjaśnienia złożonego przez odwołującego oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia w pełni odpowiada wszystkim wymaganiom Zamawiającego, określonym w SIWZ z załącznikami (odnośne oświadczenie zawarte zostało w pkt. 2 ppkt. 2.3 formularza ofertowego),

- w sytuacji, gdy zamawiający stwierdził (przy czym na skutek wyłącznie własnych ustaleń, dokonanych na podstawie informacji z niepewnego źródła, tj. ze strony internetowej osoby trzeciej, nie będącej oferentem ani członkiem konsorcjum oraz wadliwej interpretacji treści oferty odwołującego), bez weryfikacji tych informacji i wezwania odwołującego do wyjaśnień, że złożona przez odwołującego oferta nie spełnia warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający zaniechał wyjaśnienia okoliczności, pomimo tego, że wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia, że oferta spełnia wymogi s.i.w.z. i wynikającej stąd pozornej sprzeczności pomiędzy ofertą a oświadczeniem, zachodziła konieczność nie budzącego wątpliwości wyjaśnienia treści oferty i oświadczenia, złożonego przez odwołującego.

Złożenie wyjaśnienia pozwoliłoby na jednoznaczne ustalenie, że kwestionowana przez zamawiającego licencja dla oprogramowania „ArcGIS for desktop Standard”, która została dodana w ramach specjalnej oferty do oprogramowania ArcGIS Server, tworzącego tym samym tzw. pakiet Bundle, nie wprowadza jakichkolwiek ograniczeń w zakresie jednoczesnego korzystania z systemu przez jego administratorów i użytkowników w aspekcie ilościowym, a zatem oferta jest zgodna z s.i.w.z., czyli nie podlega odrzuceniu,

3. art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie w postępowaniu oferty, nie będącej ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc bowiem pod uwagę, że kryterium wyboru była w całości cena, a oferta Odwołującego, która nie powinna zostać odrzucona, zawierała oferowaną cenę w wysokości 1 813 747,31 zł brutto, natomiast, wybrana zgodnie z zawiadomieniem z dnia 14.11.2013r. przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, oferta Konsorcjum Firm: Geokart- International Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów- Lider Konsorcjum i Geomatyka- Kraków s.c. ul. Mała Góra 30, 30-864 Kraków- Członek Konsorcjum, oferowała cenę o 135 802,69 zł wyższą, tj. 1 949 550,00 zł, w efekcie naruszenia przepisów ustawy PZP, wskazanego powyżej, Zamawiający wybrał ostatecznie w postępowaniu ofertę, nie będącą ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz ofertę drugą z kolei.

Wskazane powyżej naruszenia miały rzeczywisty wpływ na wynik postępowania przetargowego, albowiem pierwsze dwa spowodowały bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz w efekcie doprowadziły do trzeciego- dokonania przez zamawiającego wyboru oferty, nie będącej ofertą najkorzystniejszą wedle kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Firm: Geokart- International Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów- Lider Konsorcjum i Geomatyka-Kraków s.c. ul. Mała Góra 30, 30-864 Kraków- Członek Konsorcjum, jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z s.i.w.z., dokonania ponownych czynności badania i oceny ofert, oraz powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) w ramach ponownych czynności badania i oceny zamawiający powinien wezwać do wyjaśnienia treści oferty w zakresie:
 - a) czy proponowane oprogramowanie „ArcGIS for desktop Standard” z licencją sieciową (concurrent use) powoduje ograniczenie ilościowe jednoczesnego dostępu, ograniczające w jakikolwiek sposób możliwość jednoczesnego korzystania z systemu przez jego administratorów i użytkowników w aspekcie ilościowym,
 - b) wyjaśnienia czy oprogramowanie SprintMAP@Geoportal.Configurator oraz ArcGIS for desktop należy traktować jako dwa programy spełniające łącznie funkcjonalność jednej aplikacji czy też inaczej,
 - c) wyjaśnienia treści złożonego oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia w pełni odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego, określonym w s.i.w.z. z załącznikami
- 4) zwrotu na rzecz odwołującego kosztów, spowodowanych wniesieniem mniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie w toku postępowania dowodów z :

- 1) dokumentów postępowania o udzielenie w/w zamówienia publicznego,
- 2) przesłuchania stron, w tym za odwołującego wnosi się o przesłuchanie A..... Ł....., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków-jako prezesa zarządu członka konsorcjum, na okoliczności, powołane w odwołaniu, w szczególności na okoliczność, że narzędzie zarządcze geoportalu SprintMAP.Geoportal.Configurator spełnia samodzielnie w całości żadaną w SIWZ funkcjonalność, oprogramowanie „ArcGIS for desktop Standard” stanowi oprogramowanie dodatkowe gotowe, a kwestionowana przez Zamawiającego licencja dla oprogramowania „ArcGIS for desktop Standard”, która została dodana w ramach oprogramowania ArcGIS Server, tworząc tzw. pakiet Bundle, nie ogranicza jednoczesnego korzystania z oferowanego przez Odwołującego systemu przez jego administratorów i użytkowników w aspekcie ilościowym, jak również na okoliczność prawidłowej wykładni treści oświadczeń, zawartych w ofercie, w szczególności wykładni treści załącznika nr 8 do s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania, polegający na tym, że gdyby postępowanie Zamawiającego było zgodne z zapisami ustawy PZP, oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona. W takiej sytuacji, wobec zaoferowania najkorzystniejszej ceny, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert, nie podlegających odrzuceniu, i to z Odwołującym podpisana zostałaby umowa na realizację zamówienia, co powodowałoby tym samym, że mógłby je zrealizować. W wyniku zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany przepisami ustawy PZP lub też dokonania czynności z naruszeniem przepisów tej ustawy, Odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz uzyskania i realizacji w/w zamówienia.

Zamawiający dnia 22 listopada 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 25 listopada 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Konsorcjum Firm: Geokart- International Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów- Lider Konsorcjum i Geomatyka - Kraków s.c. ul. Mała Góra 30, 30-864 Kraków- Członek Konsorcjum.

Zamawiający, dnia 3 grudnia 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący podał, iż odrzucenie oferty nastąpiło ze wskazaniem przez zamawiającego na podstawę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co jednak nastąpiło na skutek wadliwej i jednostronnej wykładni treści oferty, złożonej przez odwołującego w toku postępowania oraz na skutek braku wyjaśnienia sprawy- z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Do odrzucenia oferty odwołującego doszło po tym, jak na wezwanie zamawiającego z dnia 5.11.2013 r., odwołujący, który w ofercie (pkt. 2 ppkt. 2.3 formularza ofertowego) złożył oświadczenie, że oferowany przedmiot zamówienia w pełni odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego, określonym w s.i.w.z. z załącznikami - dokonał wyjaśnienia oferty. Wyjaśnienie to obejmowało m.in. uszczegółowienie informacji o proponowanym oprogramowaniu „ArcGIS for desktop”, a mianowicie, na żądanie zamawiającego, odwołujący wyjaśnił, że jest to ArcGIS for desktop Standard z licencją sieciową (concurrent use), przy czym umożliwia to instalację oprogramowania na dowolnej liczbie stacji roboczych

w organizacji, a z uwagi na charakter aplikacji użytkownikami powinni być wyłącznie administratorzy systemu.

Zamawiający uznał wprost, że odwołujący wypełnił wezwanie zgodnie z jego treścią co wynika z sformułowania, zawartego na s. 3 zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14.11.2013 r., gdzie zamawiający stwierdził, iż: „W zakresie wniosku o wyjaśnienia, dotyczące Załącznika nr 8 do SIWZ „Wykaz oferowanego oprogramowania użytkowego” oferent złożył wymagane wyjaśnienia oraz dołączył uzupełnioną wersję Załącznika nr 8”.

Jednakże podane w wyjaśnieniach informacje zamawiający, w sposób nieuprawniony, zinterpretował na niekorzyść odwołującego i wywiódł z nich - w połączeniu z wadliwą interpretacją treści oferty, wnioski dla odwołującego niekorzystne. A mianowicie, nie wzywając odwołującego ani do ponownego wyjaśnienia treści oferty, ani do wyjaśnienia złożonego oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia w pełni odpowiada wszystkim wymaganiom zamawiającego, określonym w s.i.w.z. z załącznikami, a odwołując się wyłącznie do informacji, odczytanych samodzielnie w języku angielskim na stronie internetowej www.esri.pl stwierdził, że złożona oferta nie spełnia wymogów s.i.w.z., gdyż w stosunku do systemu następuje ograniczenie możliwości jednoczesnego korzystania z systemu przez jego administratorów i użytkowników w aspekcie ilościowym, co wykluczył zamawiający w załączniku nr 11 s.i.w.z. (s. 85). Tymczasem odwołujący podał w ofercie w rubryce "Narzędzie zarządcze geoportalu" dwa programy tj: SprintMAP@Geoportal.Configurator oraz ArcGIS for desktop.

Zamawiający zakwestionował jeden z tych programów tj. ArcGIS for desktop, jako nie spełniający wymogów licencyjnych, określonych w załączniku nr 11 s.i.w.z. dla narzędzia zarządczego i przyjął domniemanie, że intencją odwołującego było podanie w/w programów jako działających łącznie. Domniemanie to zamawiający wywiódł na podstawie treści własnych wyjaśnień, zawartych w formularzu pod tabelą w załączniku nr 8. W tym miejscu jednak zamawiający w swojej interpretacji oferty poczynił założenia, które z treści oferty jednoznacznie wcale nie wynikają.

Oferta jest oświadczeniem woli i w tym zakresie można dokonać jej wykładni, jednak nie może być ona jednostronna. Tymczasem zamawiający przyjął jednostronne i błędne założenie, że odwołujący podał oprogramowanie SprintMAP.Geoportal.Configurator oraz ArcGIS for desktop, jako programy mające działać łącznie w zakresie realizacji funkcjonalności. Tymczasem to oprogramowanie SprintMAP.Geoportal.Configurator, wymienione jako „narzędzie zarządcze geoportalu” zgodnie ze złożoną ofertą, realizuje 100% wymagań funkcjonalnych określonych w s.i.w.z. w zakresie stawianym temu narzędziu – w szczególności realizuje wymagania przypisane temu narzędziu w dokumencie SOPZ pkt 2, na stronach 42-45.

Odwołujący podkreślił, że ani treść tabeli w załączniku nr 8 do s.i.w.z. ani treść wyjaśnień, zamieszczonych pod nią przez zamawiającego nie wskazuje jednoznacznie, że podanie w wierszu tabeli jednocześnie dwóch programów oznacza, że jedynie łącznie spełniają one wymóg funkcjonalności. Wyjaśnienie zostało podane jako opcjonalne. Zamawiający błędnie więc założył konieczność łącznego funkcjonowania programów wskazanych w rubryce, po pierwsze dlatego, że była to nieuprawniona nadinterpretacja treści oferty, a po drugie, biorąc pod uwagę aspekty techniczne, programy te dla zapewnienia funkcjonalności danej aplikacji, do której zostały przypisane, nie muszą działać łącznie.

Ponadto istotnym jest fakt, że ArcGIS for desktop należy w tej sytuacji traktować jako oprogramowanie dodatkowe gotowe. A licencja dla ArcGIS for desktop, jako oprogramowania dodatkowego gotowego spełniła wymagania postawione przez zamawiającego w zał. 11 do s.i.w.z., gdzie w zakresie oprogramowania gotowego, w tym dodatkowego, dostarczonego przez wykonawcę w ramach zamówienia, zamawiający dopuścił dostarczenie oryginalnej licencji stosowanej przez producenta i wystawionej na zamawiającego - pod warunkiem jej nieodpłatności (co zostało spełnione). Zamawiający nie dał odwołującemu możliwości wyjaśnienia sytuacji, i nie wzywał go do wyjaśnień- zarówno w aspekcie wyjaśnień treści oferty, jak i złożonego oświadczenia o zgodności przedmiotu umowy z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP może nastąpić jedynie wówczas, gdy niezgodność z s.i.w.z. jest oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie może dokonać takiej czynności w sytuacji, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, w tym w szczególności wyjaśniona - w przypadku wątpliwości, co do jej zgodności z s.i.w.z. (wyrok KIO 218/11 z dnia 17.02.2011 r.)

Równocześnie, zdaniem odwołującego, informacje handlowe ze strony internetowej mogą - według stanowiska KIO, przytoczonego m.in. w wyroku KIO 1336/13 z dnia 24.06.2013 r. - mieć znaczenie jedynie poglądowe i nie są to informacje wiążące dla producenta, czy innych przedsiębiorców czy konsumentów, chyba, że co innego wynikałoby z umowy. Zaś szczegóły techniczne dotyczące zastosowania danych produktów w określonych okolicznościach mogą wymagać dodatkowego wyjaśnienia ze strony producenta wszelkich wątpliwych aspektów z tym związanych.

Takie aspekty występowały w niniejszej sprawie, w szczególności biorąc pod uwagę, że odwołujący złożył oświadczenie, że oferowany przedmiot jest zgodny z wymogami s.i.w.z. Powinno to spowodować kolejne wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia wątpliwych okoliczności, a nie odrzucenie oferty. Tymczasem w niniejszej sprawie takie akty staranności ze strony zamawiającego nie miały miejsca, a zamawiający w całkowicie dyskrejonalny i

nieuzasadniony sposób uznał, że oferta odwołującego nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ją odrzucił.

Tymczasem fakt licencjonowania oprogramowania ArcGIS for desktop licencją concurrent, nie ma najmniejszego znaczenia dla możliwości bezkonkurencyjnego korzystania z systemu przez użytkowników i administratorów, a odwołujący zdecydował się na użycie tego oprogramowania (które nie jest niezbędne do działania systemu) z tej przyczyny, że ArcGIS for desktop standard sieciowy jest w ramach specjalnej oferty dodawany do oprogramowania ArcGIS Server (wykorzystanego przez odwołującego przy konstruowaniu programu) tworząc tym samym tzw. pakiet Bundle.

Biorąc pod uwagę podniesione już powyżej argumenty, że to oprogramowanie SprintMAP.Geoportal.Configurator, wymienione jako „narzędzie zarządcze geoportalu” zgodnie ze złożoną ofertą, realizuje 100% wymagań funkcjonalnych określonych w s.i.w.z. w zakresie stawianym temu narzędziu - w szczególności realizuje wymagania przypisane temu narzędziu w dokumencie SOPZ pkt 2, na stronach 42 - 45, a oprogramowanie ArcGIS for desktop standard nie realizuje żadnego z wymagań funkcjonalnych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie stawianym narzędziu „narzędzie zarządcze geoportalu” - w szczególności zaś wymagań, przypisanych temu narzędziu w dokumencie SOPZ pkt 2, na stronach 42 - 45, i jest oprogramowaniem dodatkowym- rodzaj licencji, udzielony na oprogramowanie ArcGIS for desktop nie ma najmniejszego wpływu na możliwość korzystania z systemu przez jego użytkowników i administratorów. ArcGIS for desktop jest standardowym produktem ESRI i równocześnie najbardziej zaawansowanym technologicznie narzędziem GIS , zawierającym ponad 50 000 różnych funkcjonalności. Pozwala na bardzo szerokie analizy oraz posiada narzędzia integrujące z rozwiązaniem serwerowym. Podczas użytkowania systemu program ten może być bardzo pomocny jako narzędzie administratora tworzonego Systemu SIP. Należy jednak podkreślić, że w zakresie minimalnych wymagań funkcjonalnych, jakie zamawiający zdefiniował w s.i.w.z., oprogramowanie ArcGIS for desktop nie jest narzędziem niezbędnym, zatem nie będzie wykorzystywany do realizacji wymagań funkcjonalnych SIWZ (związanych z liczbą użytkowników). W zakresie wymagań нефункциональных (nie związanych z liczbą użytkowników) licencja ArcGIS for desktop zapewnia między innymi dostęp do bibliotek symboli, struktur danych, dokumentacji i innych komponentów systemu objętych licencją producenta.

Nie ma więc związku faktycznego pomiędzy ograniczeniami licencji „concurrent use” narzędzia ArcGIS for desktop a SprintMap.Geoportal.Configurator. SprintMap.Geoportal.Configurator jest narzędziem samodzielnym, licencjonowanym niezależnie od ArcGIS for desktop i nie korzysta z licencji ArcGIS for desktop, a zatem

korzystanie z systemu nie jest w żaden sposób ograniczone, co do liczby użytkowników i administratorów.

Odwołujący te okoliczności precyzyjnie by wyjaśnił, jeśli tylko zamawiający wezwałby go do wyjaśnień, a nie poprzestał na wybiórczych i obcojęzycznych informacjach ze strony internetowej firmy ESRI, nieadekwatnych i niepełnych w stosunku do omawianego stanu faktycznego. Zamawiający mógł się o tym przekonać również samodzielnie sięgając nie tylko na stronę internetową ale do specyfikacji produktu ArcGIS for desktop firmy ESRI lub bezpośrednio zasięgając informacji u Producenta - czego jednak zaniechał.

Z powyższych względów, poprzez naruszenia przepisów ustawy Pzp, m.in. zaniechanie prawidłowego wyjaśnienia treści oferty i oświadczenia odwołującego w zakresie, w jakim zamawiający powziął wątpliwości po złożeniu przez odwołującego w dniu 8.11.2013 r. wyjaśnień, zgodnie z wezwaniem z dnia 5.11.2013 r., zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co doprowadziło w efekcie do odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 ustawy Pzp i wreszcie do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdził, że umożliwił odwołującemu złożenie wyczerpujących wyjaśnień, co do treści złożonej oferty. Ze względu na powszechnie wiadomą specyfikę licencjonowania oprogramowania firmy ESRI (m.in. przywoływana dalej dokumentacja znajdująca się na wskazanych dalej publicznie dostępnych stronach tej firmy), która uzależnia sposób korzystania z tego oprogramowania od charakteru licencji, zamawiający uznał informacje podane przez odwołującego w załączniku nr 8 do s.i.w.z. wraz ze złożoną ofertą za niewystarczające do jednoznacznego i wiarygodnego potwierdzenia, że zaproponowane oprogramowanie jest zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. W związku z tym w dniu 5 listopada 2013 r. w trybie art. 87 ustawy Pzp zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, m.in. w zakresie treści załącznika nr 8 do s.i.w.z. Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia uzupełniając m.in. informacje o charakterze licencji proponowanego oprogramowania użytkowego, którego producentem jest firma ESRI. Tymczasem dopiero w ramach powyższych wyjaśnień ujawnił on charakter oferowanej licencji na oprogramowanie „ArcGIS for desktop” podając, że jest to „ArcGIS for desktop Standard [...] 1 licencja sieciowa (concurrent use) [...]”.

Zamawiający podkreślił, że złożony pierwotnie wraz z ofertą załącznik nr 8 opracowany został przez odwołującego nierzetelnie, to znaczy nie posiadał wymaganych informacji dotyczących charakterystyki oferowanego oprogramowania użytkowego w przypadku wszystkich oferowanych rozwiązań. Natomiast z treści złożonego odwołania wynika, że nawet w złożonych wyjaśnieniach odwołujący nadal nie podał pełnej informacji o oferowanym oprogramowaniu użytkowym. W przedmiotowych wyjaśnieniach odwołujący nie

podał bowiem informacji o tym, że oferuje oprogramowanie „ArcGIS for desktop” w powiązaniu z innym oprogramowaniem, jako tzw. pakiet Bundle. W świetle złożonych przez odwołującego wyjaśnień do oferty, zamawiający przyjął podane przez odwołującego informacje wprost nie dokonując ich interpretacji, a jedynie oceny tych informacji w oparciu o ich „literalna treść”. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi, iż zamawiający zobowiązany jest oceniać oferty na podstawie odgadywanych przez zamawiającego intencji wykonawcy (KIO 1329/12). Ze względu na to, że odwołujący posłużył się w treści wyjaśnień angielskim określeniem „concurrent use” zamawiający zmuszony został do samodzielnego wyjaśnienia przedmiotowego określenia, co dokonał w oparciu o treści zamieszczone na oficjalnej, publicznie dostępnej stronie producenta oprogramowania, to jest firmy ESRI, pod adresem: <http://www.esri.pl/images/Zakladka%20Produkty/Licencjonowanie.pdf>. Przywołany dokument pod nazwą „Zmiany w licencjonowaniu i sposobie dostarczania ArcGIS Desktop 10” odnosi się m.in. do oprogramowania oferowanego przez odwołującego (tj. ArcGIS for desktop wersja 10.2). Na podstawie treści tego dokumentu zamawiający dokonał jedynie ustalenia, że określenia „licencja sieciowa” oraz „concurrent use” są równoważne (równoznaczne) z określeniami „licencja pływająca” oraz „floating”. Tymczasem zamawiający wykluczył zastosowanie tego typu licencji w zakresie oprogramowania użytkowego SIP informując o tym w:

- 1) treści załącznika nr 10 do s.i.w.z. w § 16 ust. 7: *„[...] Zamawiający nie dopuszcza także stosowania tzw. licencji pływających oraz innych ograniczeń ilościowych jednoczesnego dostępu, ograniczających w jakikolwiek sposób możliwość jednoczesnego korzystania z systemu przez jego administratorów i użytkowników w aspekcie ilościowym (np. charakter licencji ogranicza jednoczesne korzystanie z serwera danych przestrzennych/aplikacji/[portalu/systemu CMS/narzędzia zarządczego geoportalu do określonej liczby osób)],*
- 2) treści załącznika nr 11 do s.i.w.z. część III rozdz. 1: *„[...] Zamawiający nie dopuszcza także stosowania tzw. licencji pływających oraz innych ograniczeń ilościowych jednoczesnego dostępu, ograniczających w jakikolwiek sposób możliwość jednoczesnego korzystania z systemu przez jego administratorów i użytkowników w aspekcie ilościowym (np.: charakter licencji ogranicza jednoczesne korzystanie z serwera danych przestrzennych / aplikacji do określonej liczby osób w tym samym momencie).”*

W związku z brakiem wyczerpujących, w opinii zamawiającego, informacji zarówno w ofercie odwołującego, jak i w złożonych przez niego wyjaśnieniach, zamawiający skorzystał przy ocenie, czy licencja typu „concurrent use” wprowadza ograniczenia ilościowe w zakresie jednoczesnego korzystania z tego oprogramowania przez administratorów i użytkowników, z dokumentu dostępnego na stronach oficjalnego serwisu producenta – firmy

ESRI - dostępnego pod adresem: <http://www.esri.com/library/whitepapers/pdfs/arcgisO-licensing.pdf>. Na podstawie treści publicznie dostępnego dokumentu pn. „ArcGIS© 10 Licensing Concepts and Strategies” Zamawiający dokonał jedynie ustalenia, że licencja typu „concurrent use” określa ilość użytkowników, którzy mogą jednocześnie korzystać z aplikacji, a więc ze swej natury wprowadza ograniczenia (nowy/kolejny użytkownik może rozpocząć użytkowanie aplikacji dopiero w momencie, gdy zostanie ona zwolniona przez bieżącego użytkownika). Omawiany sposób licencjonowania jest powszechnie znaną praktyką stosowaną przez firmę ESRI na całym świecie.

W świetle powyższych wyjaśnień nie można przyjąć argumentacji odwołującego, że zamawiający dokonał ustaleń „na podstawie informacji z niewiarygodnego źródła”, gdyż posiłkował się on wyłącznie publicznie dostępnymi, oficjalnymi i aktualnymi dokumentami producenta oprogramowania ArcGIS for desktop - firmy ESRI.

W przedmiotowej kwestii należy także podnieść, że odwołujący nie skorzystał z art. 38 ustawy Pzp i nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z., w jaki sposób powinien sporządzić ofertę (w szczególności wypełnić załącznik nr 8 do s.i.w.z.), aby uczynić zadość wymaganiom s.i.w.z. Nie zrobił tego, pomimo że w świetle treści s.i.w.z. powinien być świadomy rodzącej się sprzeczności pomiędzy składanymi oświadczeniami: w Formularzu oferty w pkt. 2.3 ust. 1) oraz w załączniku nr 8 do s.i.w.z. Ostatecznie nie dokonał także stosownych sprostowań w momencie otrzymania wezwania do złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2012 roku (KIO 919/12, KIO 932/12) *zamówienia publiczne niewątpliwie są kierowane do profesjonalistów w danej dziedzinie, a wobec tego należy przyjąć, iż. na wykonawcy spoczywa obowiązek i odpowiedzialność za prawidłowe odczytania treści specyfikacji oraz ewentualnie zgłoszenie zapytań do Zamawiającego w.s. wyjaśnienia wszelkich wątpliwości.* Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 sierpnia 2012 roku (KIO 1679/12) stwierdziła, że z *ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika obowiązek Zamawiającego wzywania wykonawców do wyjaśnień, a jest to jedynie uprawnienie. Zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień, w sytuacji gdy określona informacja wynika z zawartych w ofercie danych (czy innych informacji). Brak jest obowiązku korzystania z tego uprawnienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy treść oferty można wywieść bez udziału wykonawcy* (KIO 2311/12).

Ponadto *jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, składane w jakimkolwiek trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ, treści oferty* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2013 roku KIO 41/13). Odwołujący w toku wyjaśnień przedłożył zamawiającemu nową wersję załącznika nr 8, w którym nie tylko uzupełnił, ale też zmienił niektóre zapisy pierwotnej wersji tego załącznika złożonej wraz z ofertą.

W odwołaniu odwołujący podniósł kwestię, że zamawiający w ramach oceny oferty przyjął błędne założenia, gdyż przyjął domniemanie, że intencją wykonawcy było podanie oprogramowania SprintMAP@Geoportal.Configurator oraz „ArcGIS for desktop” jako działających łącznie w zakresie realizacji wymaganej funkcjonalności systemu. Według odwołującego, to oprogramowanie SprintMAP@Geoportal.Configurator realizuje 100% wymagań funkcjonalnych określonych w s.i.w.z. w zakresie tzw. „narzędzia zarządczego geoportalu”.

Tymczasem tę kwestię rozpatrywać należy w kontekście innych dokumentów przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności odwołania od treści s.i.w.z. złożonego przez firmę Intergraph Polska Sp. z o.o. z dnia 26 sierpnia 2013 r. oraz wprowadzonymi w jego konsekwencji zmianami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To właśnie na skutek powyższego odwołania zamawiający rozszerzył treść załącznika nr 8 do s.i.w.z., gdzie pod tabelą uszczegółowił wyjaśnienia dotyczące sposobu wypełniania tego załącznika o treść, że: „[...] kilka aplikacji Wykonawcy spełnia łącznie funkcjonalność jednej aplikacji wymaganej przez Zamawiającego” (opublikowany w dniu 27 września 2013 r. dokument „Wyjaśnienie i modyfikacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”). W świetle powyższych wyjaśnień postępowanie zamawiającego w zakresie oceny oferty odwołującego jest według zamawiającego poprawne logicznie i uzasadnione merytorycznie. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2012 roku (KIO 1435/12) *Wykonawca składając ofertę, nie może pomijać żadnego z wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Oświadczenie Wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom Zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu) do zobowiązania wykonawcy przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści s.i.w.z.*

Także w przedmiotowej kwestii należy podnieść, że odwołujący nie skorzystał z art. 38 ustawy Pzp i nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z. - w jaki sposób powinien wypełnić załącznik nr 8 do s.i.w.z. - choć dokonanie zmiany w treści przedmiotowego załącznika wskazywało na istotność tego elementu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W treści odwołania odwołujący stwierdził, że licencja dla oprogramowania „ArcGIS for desktop Standard” została dodana przez odwołującego w ramach specjalnej oferty do oprogramowania ArcGIS Server, tworząc tzw. pakiet Bundle.

Odwołujący nie zaprzeczył nigdzie w złożonym odwołaniu, że licencja „concurrent use” posiada ograniczenia co do ilości użytkowników, wskazując jedynie, że nie będzie ono użytkowane do wypełnienia wymaganych funkcjonalności systemu, a jedynie w zakresie „wymagań нефункциональных (nie związanych z liczbą użytkowników) [...] zapewnia między innymi dostęp do bibliotek symboli, struktur danych, dokumentacji i innych komponentów systemu objętych licencją producenta”. Tymczasem nazywane przez odwołującego

„wymagania niefunkcjonalne” są w ocenie zamawiającego istotnymi funkcjonalnościami dotyczącymi czynności administracyjnych systemu. W wyroku z dnia 27 października 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1105/08 Izba stwierdziła, że *sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżność ta dotyczy istotnych elementów mających wpływ na kształt przyszłej umowy m.in. zakresu przedmiotowego*. Kontynuując zamawiający podkreślił, że odwołujący stwierdził w odwołaniu, iż oprogramowanie „ArcGIS for desktop” „nie jest niezbędne do działania systemu” oraz „nie będzie wykorzystywany do realizacji wymagań funkcjonalnych SIWZ (związanych z liczbą użytkowników)” i należy je traktować jako „oprogramowanie dodatkowe gotowe”. Odwołujący przywołał przy tym treść załącznika nr 11 do s.i.w.z., gdzie w zakresie oprogramowania gotowego, w tym dodatkowego, dostarczonego przez wykonawcę w ramach zamówienia, zamawiający dopuścił dostarczenie oryginalnej licencji stosowanej przez producenta i wystawionej na zamawiającego. Tymczasem w treści załącznika nr 8 do s.i.w.z. nie ma nigdzie sformułowania „oprogramowanie dodatkowe”, a tzw. „narzędzie zarządcze geoportalu” znajduje się w części tabeli zatytułowanej „Pozostałe oprogramowanie użytkowe konieczne do realizacji zadania”. Stwierdzając w treści odwołania, że *„oprogramowanie ArcGIS for desktop standard nie realizuje żadnego z wymagań funkcjonalnych określonych w SIWZ w zakresie stawianym narzędziu „narzędzie zarządcze geoportalu”*, odwołujący sam podważył wiarygodność złożonej przez siebie oferty i w ocenie zamawiającego wskazuje na jej nierzetelność oraz niezgodność z wymaganiami s.i.w.z., gdyż to odwołujący podjął decyzję o wskazaniu oprogramowania „ArcGIS for desktop” jako użytkowego i umieszczeniu go w załączniku nr 8 do s.i.w.z. wskazując jednocześnie w wyjaśnieniach, że będzie ono licencjonowane na zasadach licencji „concurrent use” z ilością 1 sztuka.

Jednocześnie, wbrew opinii odwołującego, ograniczenie co do licencji pływających zostało postawione przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez względu na to, czy dotyczy to oprogramowania użytkowego, czy „oprogramowania dodatkowego” - ale w stosunku do całego oprogramowania użytkowego o charakterze oprogramowania gotowego, zgodnie z treścią załącznika nr 11 do s.i.w.z. część III rozdz. 1.

W świetle przedstawione powyżej argumentacji oraz obiektywnych faktów, w opinii zamawiającego, zamawiający dokonał właściwego wyboru najkorzystniejszej oferty, przy uprzednim, uzasadnionym merytorycznie odrzuceniu oferty odwołującego. Podstawowymi argumentami w tym zakresie są następujące fakty:

- odwołujący nie skorzystał z możliwości uzyskania wyjaśnień treści s.i.w.z., pomimo że w świetle treści s.i.w.z. powinien być świadomy rodzącej się sprzeczności pomiędzy składanymi oświadczeniami,

- odwołujący nie dokonał wyczerpujących wyjaśnień treści oferty w momencie otrzymania wezwania od zamawiającego - nie podał wszystkich szczegółów dotyczących charakteru licencji „ArcGIS for desktop” i jej powiązania z innym oprogramowaniem w tzw. pakiet Bundle,

- zamawiający w trakcie oceny oferty oraz złożonych wyjaśnień nie interpretował ich treści, a jedynie wykorzystał oficjalne i publicznie dostępne dokumenty producenta oprogramowania „ArcGIS for desktop” w celu wyjaśnienia zastosowanych przez odwołującego określeń anglojęzycznych,

- odwołujący przygotowując ofertę powinien był wiedzieć o istotnej zmianie treści s.i.w.z. w zakresie załącznika nr 8, którą dokonał zamawiający na skutek złożonego odwołania od treści s.i.w.z. przez firmę Intergraph Polska Sp. z o.o., a która uszczegółowiła sposób przygotowania oferty przez oferentów,

- odwołujący nie zaprzeczył w odwołaniu, że licencja „concurrent use” posiada ograniczenia co do ilości użytkowników,

- odwołujący stwierdził w odwołaniu, że oprogramowanie „ArcGIS for desktop standard” *„nie realizuje żadnego z wymagań funkcjonalnych określonych w SIWZ w zakresie stawianym narzędziu „narzędzie zarządcze geoportalu”*, choć w złożonej ofercie umieścił je w załączniku nr 8 do s.i.w.z. w części tabeli zatytułowanej „Pozostałe oprogramowanie użytkowe konieczne do realizacji zadania”,

- wbrew opinii odwołującego, ograniczenie co do licencji pływających zostało postawione przez zamawiającego w s.i.w.z. bez względu na to, czy dotyczy to oprogramowania użytkowego, czy „oprogramowania dodatkowego” (określenie odwołującego) - ale w stosunku do całego oprogramowania użytkowego o charakterze oprogramowania gotowego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Jak stwierdzono w toku prowadzonej rozprawy, zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, gdyż stanowisko zamawiającego zostało przyjęte przez błędne założenie, że oferowane przez odwołującego oprogramowanie (w zakresie tylko jednego z dwóch oferowanych rozwiązań) nie spełnia swojej funkcjonalności, zakładanej przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazać bowiem należy, że zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania więcej niż jednego oprogramowania, które będzie spełniało założenia zamawiającego. Odwołujący zaoferował dwa oprogramowania (systemy), z których tylko jedno wzbudziło wątpliwości zamawiającego, i te błędne założenie wywołało negatywny skutek w odniesieniu do oferty odwołującego. Zamawiający nie zbadał bowiem, czy te drugie oprogramowanie spełnia samodzielnie wymagany zakres funkcjonalności.

W toku przeprowadzonej rozprawy zamawiający, na pytanie Izby: Czy usunięcie z treści oferty odwołującego podanego oprogramowania ArcGIS for Desktop spowoduje, że oferta będzie zgodna z s.i.w.z. - zamawiający odpowiedział, że gdyby tego oprogramowania nie było w ofercie, oferta nie podlegałaby odrzuceniu. Już samo to stwierdzenie determinuje uznanie czynności zamawiającego za wadliwe (w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Ponadto Izba zadając kolejne pytanie zamawiającemu: Czy funkcjonalność wskazanego oprogramowania jest zastąpiona przez inne oprogramowanie w ofercie odwołującego - zamawiający odpowiedział, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Powyższa odpowiedź wzmocniła wcześniejsze ustalenie, że zamawiający opierając się wyłącznie tylko o jeden (z wielu) elementów oferty odwołującego poczynił błędne ustalenie, co do niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro bowiem pozostała część oferty, jej treść potwierdza spełnienie wymagań funkcjonalnych oferowanego systemu, to brak jest przeciwwskazań do uznania takiej oferty za prawidłową.

Powyższe twierdzenie zamawiającego wywołuje sytuację, z której jasno wynika, że działania zamawiającego, skutkujące odrzuceniem oferty odwołującego były czynnościami wadliwymi, naruszającymi interes tego wykonawcy.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje na niedopuszczalne rozszerzenie treści oferty odwołującego, poczynione w wyniku wyjaśnień składanych zamawiającemu, które de facto prowadziły do zmiany treści przedmiotu oferty, jednakże ze względu na okoliczność, że treść tych wyjaśnień odnosiła się do oprogramowania, które zostało zaoferowane niejako alternatywnie (dodatkowo) pozostaje bez wpływu na ocenę oferty odwołującego, tym samym pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: