

WYROK

z dnia 21 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2012 r. przez wykonawcę –

Senetic Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Kościuszki 227, 40-600 Katowice

w postępowaniu prowadzonym przez

Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5, 00-748 Warszawa

przy udziale **Integrit Sp. z o.o. ul. Tyniecka 1, 52-407 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5, 00-748 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Senetic Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Kościuszki 227, 40-600 Katowice tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5, 00-748 Warszawa na rzecz Senetic Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Kościuszki 227, 40-600 Katowice kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup oprogramowania użytkowego wraz ze wsparciem serwisowym” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 września 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2012/S 197-294547, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10 grudnia 2012 r. odwołujący – Senetic Sp. z o.o. Sp. komandytowa wniósł odwołanie wobec naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającym na wyborze oferty złożonej przez Integrit Sp. z o.o., pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Integrit Sp. z o.o., odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Integrit Sp. z o.o., pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego w pozycji nr 9 formularza ofertowego produktu „licencje dostępne do platformy komunikacji wielokanałowej” w ilości 1 licencji na 300 użytkowników. Dodatkowo informacje złożone przez Integrit Sp. z o.o. pismem z 22 listopada 2012 r. mogą wprowadzać zamawiającego w błąd, gdyż są informacjami niepełnymi i nie odzwierciedlają stanu rzeczywistego.

Integrit Sp. z o.o. wskazał, iż dla pozycji nr 9 oferuje następujące produkty:

1. Microsoft Lync Server Plus CAL Sngl Licence/Software Assurance Pack Microsoft Volume License 1 License User CAL User Cal oraz

2. Microsoft Lync Server Enterprise CAL Sngl License/Software Assurance Pack Microsoft Volume License 1 License User CAL User Cal – w ilości 1 licencji na 300 użytkowników. Powyższy produkt jest niezgodny z wymaganiami określonymi w rozdziale II pkt I, 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis przedmiotu zamówienia dla produktu: licencje dostępne do platformy komunikacji wielokanałowej: „Licencje dostępne do platformy komunikacji wielokanałowej: Licencje dostępne pozwalające wykorzystać pełną funkcjonalności serwera komunikacji wielokanałowej m. in. w zakresie: 1. Wiadomości błyskawicznych, 2. Statusu obecności, 3. Łączności głosowej i video z pojedynczym uczestnikiem konferencji, 4. Transferu plików, 5. Łączności głosowej i video z wieloma (więcej niż dwoma) uczestnikami konferencji, 6. Zarządzanie połączeniami telefonicznymi i głosowymi, 7. współdzielenia aplikacji”.

Zgodnie z „Poradnikiem licencjonowania Microsoft Lync Server 2010” opracowanym przez firmę Microsoft, aby korzystać z dwóch zaoferowanych przez przystępującego licencji, konieczny jest zakup licencji Lync Server 2010 Plus CAL Standard CAL.

Podobnie, aby zapewnić zamawiającemu wszystkie wymagane funkcjonalności, należy zakupić wszystkie trzy rodzaje licencji. Tak więc zaoferowane przez Integrit Sp. z o.o. w pozycji nr 9 licencje dostępne Lync Server 2010 Enterprise CAL i Lync Server 2010 Plus CAL są bezużyteczne dla zamawiającego, gdyż są to jedynie dodatki do licencji podstawowej Lync Server 2010 Standard CAL i zaoferowane bez licencji podstawowej nie posiadają żadnej funkcjonalności.

Integrit Sp. z o.o. nie uwzględniła również ceny licencji podstawowej w kalkulacji cenowej, gdyż zaoferowana cena odpowiada jedynie podanym dwóm licencjom Lync Enterprise CAL oraz Lync Plus CAL. Brakująca kwota to, według obliczeń odwołującego, 450.275,77 zł brutto. Na pytanie zamawiającego, pismem z 22 listopada 2012 r. Integrit Sp. z o.o. poinformował zamawiającego, iż: „(...) oferta złożona w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zabezpiecza dostęp Zamawiającego do wszystkich funkcjonalności wskazanych w SIWZ, w tym też do uprawnień wynikających z licencji Microsoft Lync Server STANDARD CAL zgodnie wymaganiami SIWZ. Dostęp do licencji zostanie Zamawiającemu zagwarantowany w ramach wsparcia serwisowego, które to Wykonawca zobowiązany będzie świadczyć na podstawie par. 4 umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązek dostarczenia licencji stanowiących przedmiot zapytania, obciąża Wykonawcę i wynika z oświadczenia o realizowaniu wsparcia serwisowego w wymaganym zakresie oraz zaakceptowanej umowy i przestrzegania warunków SIWZ(...)”.

Jest to dowód na to, iż oferta nie spełnia wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający nakazał każdemu z wykonawców wskazać produkty dostarczone w ramach niniejszego postępowania spełniające określoną

funkcjonalność. Pojęcie wsparcia serwisowego zostało opisane w rozdziale II, pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „1. Wykonawca udziela Zamawiającemu wsparcia serwisowego przez okres 36 miesięcy, od daty podpisania bez zastrzeżeń przez obie strony, protokołu odbioru, który stanowi Załącznik nr 3 do Umowy. 2. W tym okresie Wykonawca zapewni: a) Prawo do otrzymywania nowych wersji oprogramowania (wykluczając „system relacyjny bazy danych”), uaktualnień i „support packów”. Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia oficjalnego kanału komunikacji Producenta oprogramowania, w którym będą publikowane powyższe informacje, b) Możliwość korzystania z wcześniejszych wersji zamawianego oprogramowania i korzystania z kopii zamiennych (możliwość kopiowania oprogramowania na wiele urządzeń przy wykorzystaniu jednego standardowego obrazu uzyskanego z nośników dostępnych w programach licencji grupowych), z prawem do wielokrotnego użycia jednego obrazu dysku w procesie instalacji i tworzenia kopii zapasowych, c) Dostęp do witryny internetowej producenta zawierającej: Alerty informujące Wykonawcę o potencjalnie poważnych problemach dotyczących oprogramowania, Bazę wiedzy producenta oprogramowania zawierającą artykuły techniczne i narzędzia oraz wskazówki związane z rozwiązywaniem problemów, projektowaniem, rozwojem i wdrożeniem oprogramowania, d) Możliwość zgłaszania problemów elektronicznie (e-mailem lub poprzez stronę internetową) we wszystkie dni robocze Zamawiającego (od poniedziałku do piątku) w godzinach 9:00-17:00, przy czym odpowiedź Wykonawcy na zgłoszony przez Zamawiającego problem nie może być dłuższa niż 3 dni robocze.”

Tak więc wsparcie serwisowe, na które powołuje się Integrit Sp. z o.o., nie dotyczy oferowania dodatkowych produktów nie wyszczególnionych w ofercie.

Integrit Sp. z o.o. chciał udowodnić zamawiającemu, iż wskazana przez niego cena jest ceną ryczałtową za wykonanie całego zamówienia, lecz taka interpretacja jest błędna i może prowadzić do sytuacji, w; której każdy z wykonawców w kalkulacji ofertowej mógłby wskazywać produkty nie spełniające wymagań zamawiającego, jednak późniejszym oświadczeniem informowałyby, iż prawidłowo dobrane produkty posiadające wymaganą funkcjonalność są ukryte pod pojęciem wsparcia serwisowego.

Z informacji udzielonej w imieniu Microsoft wynika, że Integrit Sp. z o.o. może zabezpieczyć dostęp zamawiającego do uprawnień licencyjnych wynikających z wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz nie, że wykonawca ten w swojej ofercie zaproponował produkty spełniające funkcjonalność wymaganą przez zamawiającego. Taką możliwość dostarczenia licencji wraz ze wsparciem serwisowym posiada każda firma zajmująca się sprzedażą licencji Microsoft.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie wykazał w niniejszej sprawie interesu we wniesieniu odwołania, bowiem uwzględnienie odwołania prowadziłyby do konieczności unieważnienia postępowania przez zamawiającego, co wyklucza możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego. Chęć doprowadzenia do unieważnienia postępowania nie może stanowić wypełnienia przesłanek normy wyrażonej w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący uczynił nieuprawnione założenie, że zamawiający zwiększy kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia do wysokości ceny podanej w ofercie odwołującego. Odwołujący nie może uzasadniać istnienia interesu w momencie składania odwołania okolicznością, że jego oferta będzie uznana za najkorzystniejszą, w sytuacji, gdy wybór ten warunkowany jest zaangażowaniem przez zamawiającego znacznie większych środków finansowych niż zamierzał przeznaczyć na realizację danego zamówienia.

Sam zarzut jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

W toku oceny i badania ofert zamawiający dokonuje porównania treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i weryfikuje, czy zakres świadczenia wykonawcy jest identyczny z zakresem wymaganym, przy czym owe porównanie może odbyć się wyłącznie w zakresie treści wprost wyrażonych w specyfikacji i tylko negatywny wynik takiego porównania uprawnia zamawiającego do skorzystania z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, że sposób interpretacji dokonany przez odwołującego nie zmierza w istocie do wykazania niezgodności treści oferty wykonawcy Integrit Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale do zakwestionowania celowości stawianych przez zamawiającego wymagań i próbie wywiedzenia z postanowień specyfikacji treści, w które wpisują się wyłącznie rozwiązania zaproponowane przez odwołującego.

Przedmiotem zamówienia było m.in. dostarczenie licencji dostępowych do platformy komunikacji wielokanałowej. Zgodnie z postanowieniem Rozdziału II pkt I ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia licencje dostępne mają pozwolić zamawiającemu wykorzystać pełną funkcjonalność serwera komunikacji wielokanałowej. Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób wymagane to powinno być przez wykonawców zrealizowane, tj. jakich licencji/sublicencji wymaga, a jedynie oczekiwał określonego efektu w postaci możliwości korzystania z pełnego zakresu wymienionych funkcjonalności, zaś sposób zapewniania tych możliwości pozostawiony został wykonawcom.

Działanie odwołującego zmierza do narzucenia zamawiającemu przedmiotu zamówienia poprzez próbę uszczegóławiania i relatywizowania wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący nie wskazał niezgodności treści oferty Integrit Sp. z o.o. z treścią specyfikacji ani nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie stawianych tez. Odwołujący przedstawił dowód w postaci tłumaczenia przysięgłego fragmentu dokumentu zatytułowanego „Microsoft Lync Server 2010 Licensing Guide”, czyli tzw. warunki licencjonowania. Jednakże selektywnie dokonał on tłumaczenia tego dokumentu pomijając informację, że materiał ten został udostępniony wyłącznie w celach informacyjnych, a Microsoft nie udziela w związku z tym żadnych gwarancji, co niweczy jego wartość dowodową.

Na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Integrit Sp. z o.o. potwierdził możliwość korzystania przez zamawiającego z pełnej funkcjonalności oferowanego rozwiązania, wskazując, że dostęp do uprawnień wynikających z licencji „Microsoft Lync Server Standard CAL” zostanie zamawiającemu zagwarantowany w ramach wsparcia serwisowego, na dowód czego przedstawił oświadczenie producenta oprogramowania Microsoft, w którym ten ostatni potwierdził, że w proponowanym przez Integrit Sp. z o.o. modelu licencji i usług spełnione są wymogi zamawiającego wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż Integrit Sp. z o.o. może zabezpieczyć dostęp zamawiającego do uprawnień licencyjnych wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wbrew twierdzeniom odwołującego również pismo Microsoft Sp. z o.o. z 10 grudnia 2012 r. potwierdza powyższe twierdzenia wskazując, że nieuprawnionym działaniem odwołującego było zarzucanie producentowi składania oświadczeń wprowadzających w błąd.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Integrit Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za brak interesu we wniesieniu niniejszego odwołania nie można uznać okoliczności odnoszącej się do tego, czy zamawiający w przyszłości postanowi o podwyższeniu podanej kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też nie i czy w związku z tym zdecyduje się unieważnić postępowanie. Poza tym – na marginesie – należy przyznać rację odwołującemu w tym zakresie, że zamawiający w zasadzie nie ujawnił

ustalanej przez siebie i kategoriycznej (nie podlegającej już zmianie) kwoty, którą może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Co do zarzutu braku zaoferowania w pozycji nr 9 formularza cenowego licencji Microsoft Lync Server 2010 Standard CAL Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że odwołanie ma na celu narzucanie zamawiającemu jakiegokolwiek przedmiotu zamówienia. Odwołujący oparł się wyłącznie na produktach podanych przez przystępującego w pozycji nr 9 formularza cenowego – to przystępujący (jak i pozostali wykonawcy) wskazali konkretne produkty firmy Microsoft.

Oczywiste jest, że podział licencji i sposób licencjonowania swoich produktów określa wyłącznie firma Microsoft, a, aby zakupione przez zamawiającego oprogramowanie nie naruszało praw autorskich tej firmy, czyli „było legalne”, zamawiający musi wykupić wszystkie wymagane przez Microsoft licencje.

Izba stwierdziła, iż nie jest kwestionowany sam fakt, że licencję Lync Server 2010 Standard CAL należało zaoferować. Konieczność wykupienia i znaczenie tej licencji potwierdza przede wszystkim Microsoft w przedłożonym przez odwołującego podczas rozprawy piśmie. Okoliczności tej nie zaprzecza również żadne z wcześniejszych pism Microsoft – przedstawionych czy to przez przystępującego, czy przez odwołującego, jak również sam przystępujący czy zamawiający.

Bezsporne jest także, że licencja Lync Server 2010 Standard CAL nie została przez przystępującego wymieniona ani wyceniona w pozycji nr 9 tabeli formularza cenowego stanowiącego część przygotowanego przez zamawiającego formularza oferty.

Natomiast zgodnie z punktem 1. rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” wykonawcy mieli podać cenę oferty w sposób określony w formularzu ofertowym część V formularz cenowy.

W tabeli pod nazwą „formularz cenowy” zamawiający wskazał poszczególne rodzaje licencji: platforma zarządzania projektami, licencje dostępowe do platformy zarządzania projektami, licencje dostępowe do portalu intranet, system relacyjnej bazy danych, pakiet programistyczny, platforma wielofunkcyjnego portalu Internetowego, bezpieczny punkt dostępowy do treści/sieci, platforma komunikacji wielokanałowej, licencje dostępowe do platformy komunikacji wielokanałowej. Wykonawcy mieli podać pełną nazwę i wersję oferowanego produktu w wymaganej ilości licencji/sublicencji oraz całkowitą cenę brutto dla każdej z pozycji.

Przystępujący w pozycji nr 9 wpisał licencje Microsoft o nazwie „Lync Server Plus CAL Sngl Licence/Software Assurance Pack Microsoft Volume License 1 License User CAL” oraz „Microsoft Lync Server Enterprise CAL Sngl License/Software Assurance Pack Microsoft Volume License 1 License User CAL”.

Z powyższego, zdaniem Izby, wynika w sposób nie ulegający wątpliwości, że sporna licencja Lync Server 2010 Standard CAL, chociaż konieczna, nie została zamawiającemu zaoferowana. Jakkolwiek nastąpiło to niewątpliwie przez omyłkę (przeoczenie) przystępującego, zdaniem Izby nie jest to omyłka, którą zamawiający mógłby poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zresztą zamawiający takiej próby poprawienia oferty nie podjął ani nie wyrażał chęci poprawienia).

Za to przystępujący korzystając z możliwości wyjaśnienia treści oferty – w ocenie Izby – usiłował to przeoczenie naprawić wskazując, że licencję tę (czy też 300 licencji) przekaze w ramach wsparcia serwisowego,

Jednak jest to wyraźne przekroczenie zarówno dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż prowadzi do zmiany treści oferty poprzez wprowadzenie do niej nowego produktu, jak i jest sprzeczne z samą specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jasno bowiem określił, że głównym przedmiotem zamówienia jest zakup oprogramowania użytkowego (czyli licencji) – które należało wymienić i wycenić w formularzu cenowym, czego przystępujący nie zrobił.

Wsparcie serwisowe jest natomiast zbiorem usług dodatkowych „w ramach zakupionej licencji” (jak wynika z § 4 ust. 1 wzoru umowy), bez jego odrębnej wyceny. Zakres wsparcia został określony w przywołanym przez odwołującego § 4 wzoru umowy i nie obejmuje darowizny (bo chyba tak należałoby traktować deklarację przystępującego) licencji nie wymienionych w § 1 ust. 1 wzoru umowy i formularzu cenowym – a tym bardziej dodatkowej ich sprzedaży zamawiającemu.

Tym samym ofertę przystępującego wraz z wyjaśnieniami należy uznać za niezgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji odrzucić w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym 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, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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: