

WYROK

z dnia 2 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2011 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

Integrit Sp. z o.o. ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk
ul. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań

przy udziale **Towarzystwa Handlowego ALPLAST Sp. j. A. Bąk i Spółka**
ul. Obozowa 5, 78-100 Kołobrzeg zgłaszającego przystąpienie do
postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Integrit Sp. z o.o. ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty uiszczzonego wpisu,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **295 zł 00 gr** (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **Integrit Sp. z o.o. ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** na rzecz **Instytutu Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk ul. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 323/11 z 2 marca 2011 r.

Zamawiający – Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „roczną sukcesywną sprzedaż licencji na oprogramowanie wraz z dostarczeniem wersji instalacyjnych do lokalizacji wskazanych w załączniku nr 3 do projektu umowy” 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.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 grudnia 2010 r. w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8 lutego 2011 r. Odwołujący – Integrit Sp. z o.o. otrzymał (faksem) informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Towarzystwo Handlowe ALPLAST Sp. j. A. Bąk i Spółka oraz o odrzuceniu swojej oferty ze względu na to, że „zapropozowane oprogramowanie zakłada konieczność podpisania rejestracji programu Select do umowy ramowej i przystąpienie do programu licencji grupowych dla programu Select, natomiast Zamawiający nie przewidywał takiej możliwości.”

17 lutego 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych i wnioskując o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający stwierdził, że nie oczekiwał licencji grupowych dla programu Select oraz iż złożona oferta nie jest ofertą równoważną do oprogramowania, jakiego oczekiwał Zamawiający. Oferta Odwołującego nie dotyczyła oprogramowania równoważnego, bowiem zaoferowane oprogramowanie było identyczne do opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a różnica polegała jedynie na tym, że Odwołujący zaoferował oprogramowanie dostarczane w ramach bardziej korzystnej licencji. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał żadnych warunków licencji, tym samym należy

uznać, że dopuścił dostawę w ramach każdego programu licencjonowania stosowanego przez Microsoft. Nawet jeśli nie taki był zamiar Zamawiającego, wiążąca dla oceny zgodności ofert jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie nigdzie nie wyrażone oczekiwania Zamawiającego. Pismem z 13 stycznia 2011 r. Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie w takim zakresie, że wykluczył możliwość zaoferowania licencji w ramach umowy Select zawartej przez MNiSW, natomiast na podstawie oferty miałyby zostać zawarta nowa umowa dotycząca licencjonowania, niezależna od zawartej przez MNiSW.

Jako że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo, z nim powinna zostać zawarta umowa.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający wskazał, że z opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jasno wynika, że zamawiane oprogramowanie ma być objęte licencją, która w odniesieniu do programów firmy Microsoft określana jest jako Otwarta Licencja Microsoft, o czym świadczy użycie skrótu „OLP” w nazwie przedmiotu zamówienia. Oprogramowanie nią objęte może być dostarczane przez wszystkich sprzedawców oprogramowania firmy Microsoft, mogą z niego korzystać wszystkie jednostki, w imieniu których Zamawiający działa i nie wymaga dla skutecznego nabycia licencji zawierania dodatkowych umów (wystarczy akceptacja warunków licencji podczas instalacji oprogramowania), nie nakłada szczególnych wymagań co do ilości nabywanych licencji (wymagane jest nabycie 5 licencji) ani okresu, w którym zakup tej minimalnej ilości licencji powinien nastąpić.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuszczał możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych opisanych w specyfikacji, jednakże zaznaczył, że podane przez niego wymagania użytkowe określające przedmiot zamówienia są warunkami minimalnymi. W odniesieniu do warunków licencji oznacza to, że wykonawca nie mógł oferować oprogramowania, w odniesieniu do którego warunki nabycia licencji i warunki licencjonowania byłyby gorsze

niż warunki Otwartej Licencji Microsoft oraz które wymaga zawarcia dodatkowych umów przez Zamawiającego lub przez podmioty odbierające (tzn. nie wystarczy akceptacja warunków licencji podczas instalacji oprogramowania), wyłączałoby niektóre jednostki (odbierających) z zakresu licencji lub nakłada na Zamawiającego obowiązek zakupu określonej minimalnej ilości licencji w określonym odcinku czasu.

Odwołujący natomiast złożył ofertę w ramach sposobu licencjonowania Microsoft Select, o czym świadczy użycie skrótu „MVL” w nazwie zaoferowanego oprogramowania.

Oba skróty są powszechnie znane wśród producentów oprogramowania, jak i dostawców czy praktyków informatycznych, opatrzenie więc nazwy oprogramowania konkretnym skrótem jednoznacznie wskazuje, w ramach jakiego programu licencyjnego oprogramowanie ma być dostarczane.

Odwołujący wycenił w ofercie wszystkie oprogramowania zakładając skorzystanie przez Zamawiającego z licencji typu MVL, która nie może być uznana za równoważną do licencji typu OPL, której wymagał Zamawiający, z następujących względów: dla uzyskania licencji MVL nie wystarczy zawarcie umowy, której projekt był zamieszczony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i której postanowienia Odwołujący bez zastrzeżeń zaakceptował, gdyż korzystanie z licencji MVL wymaga zawarcia z Microsoft dodatkowej umowy Microsoft Select. Zamawiający został upoważniony przez odbierających do zawarcia z wykonawcą jedynie umowy według wzoru zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponieważ Zamawiający nie jest jednostką oświatową, nie może przyłączyć się do umowy ramowej Microsoft Select zawartej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, alternatywnie możliwe było podpisanie przez Zamawiającego odrębnej umowy na udział w programie licencyjnym Select przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, jednak takiej umowy Zamawiający nie podpisał. Poza tym umowa Microsoft Select zawierana jest na okres przynajmniej lat trzech i obliguje do zakupu w tym okresie pewnej minimalnej ilości oprogramowania (licencji), tymczasem przedmiotem postępowania przetargowego była dostawa oprogramowania w okresie jednego roku od daty zawarcia umowy, co wynika z harmonogramu

realizacji prac w ramach projektu pn. „Platforma Obsługi Nauki PLATON – Etap I: Kontener usług wspólnych”, o czym informowała specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Żadna z jednostek nie może i nie chce zaciągać zobowiązań, które nie są zgodne z umową Projektu PLATON – Etap I. Zatem wynikający z oferty Odwołującego wymóg zwarcia umowy Microsoft Select, która z wiąże daną jednostkę w zakresie na czas dłuższy niż czas określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje, że oferta Odwołującego niewątpliwie jest nierównoważna.

Program licencjonowania Microsoft Select zakłada, że w każdym roku jednostka zakupi przynajmniej pewną minimalną ilość oprogramowania, zależną od tzw. poziomu cenowego Licencji Select, a określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ilości licencji dla poszczególnych jednostek były wyraźnie niższe niż liczba wymagana w programie Microsoft Select, ponadto Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że ani on, ani podmioty odbierające, nie są zobowiązane do wyczerpania w okresie obowiązywania umowy kwoty ani ilości oprogramowania wskazanych w specyfikacji.

W odpowiedzi z 13 stycznia 2011 r. Zamawiający odpowiedział, że nie przewiduje możliwości podpisania rejestracji Select do umowy ramowej z MNiSW, domniemywać można jednak z tego, że Zamawiający nie przewiduje możliwości podpisania rejestracji w ramach umowy Microsoft Select nie tylko do umowy ramowej z MNiSW, ale w ogóle w ramach jakiegokolwiek umowy Microsoft Select.

Zamawiający w sposób jasny i niebudzący wątpliwości potwierdził, że wymagał zaoferowania oprogramowania Microsoft w ramach Otwartej Licencji Microsoft, a nie jakiegokolwiek innego sposobu licencjonowania. Dlatego też Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie zażądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, gdyż jej treść wymownie i bezspornie wskazywała, iż Odwołujący złożył ofertę na oprogramowanie w ramach umowy Microsoft Select. Zatem podtrzymuje twierdzenie, iż zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie w zakresie sposobu jego licencjonowania nie jest równoważne z oczekiwanym przez Zamawiającego i na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany był ofertę Odwołującego odrzucić. Jednocześnie przyjęcie

zarzutów Odwołującego naraziłoby Zamawiającego na zarzut nierównego traktowania uczestników przedmiotowego postępowania, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli prawidłowe oferty w przedmiotowym postępowaniu nie mając wątpliwości, że przedmiotem zamówienia jest nie tylko oprogramowanie, ale także sposób jego licencjonowania.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Towarzystwo Handlowe ALPLAST Sp. j. A. Bąk i Spółka. Zdaniem Przystępującego twierdzenie o tożsamości lub równoważności oprogramowania dostarczanego w ramach licencji Open i Select jest sprzeczne ze stanem faktycznym i nie odnosi się do zobowiązań prawnych koniecznych do podjęcia przez Zamawiającego zawartych w umowie Select. Treść umowy Select jest każdorazowo negocjowana z klientem i zgadzając się na dostarczenie oprogramowania w ramach licencji Select, Zamawiający zgodziłby się na wypełnienie zobowiązań wynikających z tej umowy, zanim miałby możliwość zapoznania się z jej treścią. Gdyby Zamawiający dopuszczał możliwość zakupu w ramach programu Select, wcześniej wynegocjowałby taką umowę z Microsoftem i poinformował wykonawców o numerze tej umowy umożliwiając im złożenie odpowiedniej oferty. Zamawiający poinformował odwołującego, że nie posiada i nie dopuszcza dostawy w ramach umowy Select.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy oraz przedłożonych w trakcie rozprawy dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie 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.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego oraz pisma z 13 stycznia 2011r. oraz z wyjaśnień Stron i stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony przez Strony nie jest sporny i pokrywa się ze stanem wynikającym z dokumentacji postępowania, zatem nie ma potrzeby jego ponownego przytaczania.

Bezsporne jest, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, jako zamawiane, nazwy konkretnych produktów firmy Microsoft oraz konkretny rodzaj licencji – Open, np. WinSvrCAL 2008 SNGL OLP NL Acdmc UstrCAL + WinRmtDsktpSrvcsCAL 2008 SNGL OLP NL Acdmc UstrCAL.

Tym samym należy uznać, iż Zamawiający spełnił wymogi art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż opisał swoje wymagania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń.

W związku z tym faktem Izba uznała, iż nie potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, jakoby specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała żadnych warunków licencji i pozostawiała wykonawcom dowolność, w ramach którego z programów licencyjnych dostarczą oprogramowanie.

W odpowiedzi z 13 stycznia 2011 r. na pytanie „czy Zamawiający przewiduje możliwość podpisania rejestracji Select do umowy ramowej z MNiSW przez uczelnie wskazane w zapytaniu – czyli przez wszystkie podmioty będące odbiorcami?”, Zamawiający stwierdził, iż „nie przewiduje takiej możliwości.” Odpowiedź ta rzeczywiście dotyczyła konkretnej umowy Select, tj. dla Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, gdyż tej umowy dotyczyło pytanie, natomiast w żadnej mierze nie jest uprawniona interpretacja tej odpowiedzi w taki sposób, że skoro Zamawiający nie przewiduje przystąpienia do umowy Select dla MNiSW, to tym samym zgadza się na przystąpienie do każdej innej umowy Select w tym pytaniu nie wymienionej albo tym bardziej – jak zakłada Odwołujący w ofercie – zawrze z Microsoft własną umowę Select.

Jednocześnie, ponieważ do opisanie przedmiotu zamówienia Zamawiający użył znaków towarowych i nazwy producenta, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dopuścił składanie ofert równoważnych. Należy jednak zwrócić uwagę, iż równoważność w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza możliwość zaoferowania produktów o innych znakach towarowych, patentach lub pochodzeniu, natomiast nie o innych właściwościach i funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego – w tym wypadku nie następuje zamiana znaku towarowego i pochodzenia, gdyż Odwołujący oferuje takie samo oprogramowanie firmy Microsoft, jednak oferowany rodzaj licencji, chociaż może posiadać wiele zalet w stosunku do licencji typu Open, nakłada na Zamawiającego inne zobowiązania niż licencja Open, m.in. konieczność zawarcia z Microsoft umowy Select. Tymczasem warunki umowy, którą Zamawiający zamierza zawrzeć z wybranym wykonawcą, załączone, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie przewidują takiej opcji.

Tym samym należy uznać, że Odwołujący nie zaoferował Zamawiającemu zawarcia umowy na warunkach, jakie opisał on w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż w niniejszym przypadku ewentualna zmiana oferty (o co zresztą Odwołujący nie wnosił) wykraczałaby poza zmianę „niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”, zatem nie ma zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się i 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. 3 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

.....