

WYROK
z dnia 17 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Monika Szymanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Deloitte Advisory sp. z o.o. sp.k., Al. Jana Pawła II 22, 00-133 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. ul. W. Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Euvic Solutions S.A, Al. Jerozolimskie 98, 00-807 Warszawa, Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., ul. Dr. Józefa Babińskiego 62a, 30-393 Kraków oraz Euvic sp. z o.o., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności oferty konsorcjum: Euvic Solutions S.A, Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. i Euvic sp. z o.o. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie funkcjonalności: F_55, F_56, F_58, F_59, F_09 oraz F_43 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty konsorcjum: Euvic Solutions S.A, Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. i Euvic sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Deloitte Advisory sp. z o.o. sp.k., Al. Jana Pawła II 22, 00-133 Warszawa** w części 4/6 oraz zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. ul. W. Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów** w części 2/6, i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. ul. W. Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów**, na rzecz odwołującego: **Deloitte Advisory sp. z o.o. sp.k., Al. Jana Pawła II 22, 00-133 Warszawa**, kwotę **2 600 zł 00 gr** (dwa tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. ul. W. Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu Software Asset Management w Polskiej Spółce Gazownictwa Sp. z o.o.”, numer referencyjny: 2020/W001/WP-002757. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.09.2020 r., nr 2020/S 172-416620.

Pismem z dnia 20.04.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Euvic Solutions S.A, Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. oraz Euvic sp. z o.o.

W dniu 30.04.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Deloitte Advisory sp. z o.o. sp.k., Al. Jana Pawła II 22, 00-133 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum: Euvic Solutions S.A., Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., Euvic sp. z o.o., mimo iż jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”),
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów, a także preferencyjne traktowanie ww. konsorcjum poprzez odstąpienie przy badaniu złożonej przez ww. konsorcjum próbki na zasadach określonych w Opisie zasad przygotowania i przeprowadzenia demonstracji próbki, stanowiącym Załącznik nr 6 do siwz,
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie do uzupełnienia próbki w sytuacji, gdy zamawiający powinien był odrzucić ofertę ww. konsorcjum,
- 4) art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. konsorcjum jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zamawiający wraz z publikacją odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 27 października 2020 (pytanie nr 33) poinformował, iż Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zobowiązany będzie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożyć próbkę oferowanego Systemu i zademonstrować działanie Systemu na tej próbce - na potwierdzenie, że oferowany System spełnia wymogi Zamawiającego. Wymagania dotyczące próbki, zasady jej przygotowania i przeprowadzenia demonstracji zostały określone w Opisie zasad przygotowania i przeprowadzenia demonstracji próbki, stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ. Celem złożenia próbki (Próbka) jest potwierdzenie, poprzez jej badanie (Badanie Próbką) czy oferowany przez Wykonawcę System odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego (Załącznik nr 6 do SIWZ pkt. 1.1). Próbka ma charakter potwierdzający, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ (Załącznik nr 6 do SIWZ pkt 11.3). Zamawiający określił, iż w trakcie demonstracji próbki dokona weryfikacji co najmniej 50 z Funkcjonalności określonych w Opisie zasad przygotowania i przeprowadzenia demonstracji próbki (Załącznik nr do SIWZ, pkt. VII.3)

Ponadto demonstracja Próbką oferowanego rozwiązania będzie odbywała się na środowisku demonstracyjnym przygotowanym przez Wykonawcę, zgodnie z wymogami określonymi w pkt. IV. (Załącznik nr 6 do SIWZ, pkt. 1.12). (...)

Próbka złożona w dniu 28 grudnia 2020 r. przez Euvic na wezwanie Zamawiającego, nie spełniała wymagań SIWZ, ze względu na brak zainstalowanego modułu SAP, którego dotyczyła część wymagań opisanych w SIWZ (brak spełnienia wymagań potwierdzony został protokołem z demonstracji próbki z dnia 11 lutego 2021 r.. Próbka Euvic nie prezentuje zatem pełnej możliwości narzędzia i nie potwierdza wszystkich funkcjonalności zawartych w scenariuszu testowym, przekazanym Euvic w dniu 3 lutego 2021 r oraz w SIWZ. Ponadto, Wykonawca świadomie nie poinformował Zamawiającego przed demonstracją próbki o braku możliwości zaprezentowania funkcjonalności, określonych w scenariuszu w wymaganiach SAP F_55, F_56, F_58 i F_59. (...)

Brak możliwości prezentacji funkcjonalności na próbce ze względu na brak zgody właściciela systemu zintegrowanego z aplikacją ITMC, tj. systemu XPANDION, na umieszczenie kodu modułu na próbce stanowi niezgodność złożonej przez Euvic próbki z wymogami SIWZ.

Zamawiający w wezwaniu do Euvic z dnia 17 lutego 2021 r. (znak pisma Zamawiającego: PSGCS.ZGZP.901.023.023.20-21) wskazał brak możliwości weryfikacji na próbce funkcjonalności określonych w scenariuszu w wymaganiach SAP F_55, F_56, F_58 i F_59. Euvic w celu potwierdzenia spełniania wymagań przedstawia m.in. oświadczenie producenta - Xpandion o konieczności podpisania przez Zamawiającego dokumentów, umożliwiających przeprowadzenie instalacji na próbce, a co za tym idzie przeprowadzenie

testu próbki w zakresie modułu SAP. Euvic w trakcie demonstracji próbki deklaruje ponadto możliwość przedstawienia wymaganych funkcjonalności na środowisku testowym producenta oprogramowania ITMC (producent ERACENT) - prezentacja wskazanych funkcjonalności odbyła się na zewnętrznym środowisku producenta, a nie na środowisku próbki. Działanie takie nie jest zgodne z wymogami Zamawiającego w zakresie środowiska demonstracyjnego próbki o którym mowa i w załączniku nr 6 do SIWZ pkt. II.1 i pkt. IV.

Należy wskazać, iż w toku prowadzonych wyjaśnień i uzupełnień próbki Zamawiający dokonuje oceny funkcjonalności systemu (funkcjonalności F_26, I_01, I_02) na podstawie oświadczeń i dokumentów, a nie samej próbki złożonej u Zamawiającego w dniu 28 grudnia 2020 r. (np. Funkcjonalność F_26 - Zamawiający uzna Funkcjonalność F_26 za spełnioną po przedstawieniu pisma jak w Załączniku numer 1 i prezentacji możliwości dodania ręcznie jednego dostawcy lub przedstawi tę możliwość w sposób czytelny w stosownej dokumentacji) - co nie zostało dopuszczone w Załączniku nr 6 do SIWZ (odpowiedź Euvic z dnia 17 marca 2021).

Funkcjonalności F_09 i F_43 w ocenie Odwołującego nie zostały spełnione. W protokole z dnia 11 marca 2021 r po II demonstracji próbki, Zamawiający wskazuje, iż funkcjonalności te są spełnione z dodatkową uwagą Zamawiającego, że dostępny jest format plików xls zamiast.xlsx. Funkcjonalności F_09 i F_43 wskazują odpowiednio: F_09 Zapewnić eksport danych do popularnych formatów: csv, xls,.xlsx, xml; F_43 Posiadać gotowe mechanizmy udostępniania danych zebranych podczas inwentaryzacji w formie plików płaskich (xml, csv, xls, .xlsx) w ramach zdefiniowanego harmonogramu określanego przez Zamawiającego. Tym samym wymóg dotyczący obsługi formatu.xlsx zgodnie z uwagą Zamawiającego nie został spełniony - funkcjonalności F_09 i F_43 nie zostały potwierdzone po II demonstracji próbki.

W odniesieniu do wymogu F_41 system powinien posiadać interfejs w języku polskim i angielskim. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, moduł SAP (Xpandion) nie posiada interfejsu w języku polskim co również stoi w sprzeczności w wymogami SIWZ. (...)

Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 6 do SIWZ demonstracja próbki oferowanego rozwiązania miała odbywać się na środowisku demonstracyjnym przygotowanym przez Wykonawcę, zgodnie z wymogami określonymi w pkt. IV niniejszego dokumentu. Tymczasem w piśmie Zamawiającego do Euvic z dnia 23 lutego 2021 r. {znak pisma: PSGCS.ZGZP.901.023.024.20- 21) Zamawiający postanowił preferencyjnie potraktować Euvic i de facto odstąpił od tego wymogu: („W związku z trudnościami dotyczącymi możliwości prezentacji funkcjonalności F_55, F_56, F58, F_59 na Demonstracji Próbki w dniu 11.02.2021 Zamawiający dopuszcza prezentację wymagań: F_55, F_56, F58, F_59 na środowisku testowym, tym samym Zamawiający dopuszcza dostęp On-line do środowiska testowego Wykonawcy na czas prezentacji wyłącznie wymagań: F_55, F_56,

F58, F_59. Za połączenie próbki (laptopa) ze środowiskiem Wykonawcy i sprawny przebieg prezentacji wymagań odpowiada Wykonawca."). W ocenie Odwołującego niniejsze działanie Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - zgodnie z SIWZ próbka miała znajdować się na przekazanym sprzęcie (laptop lub komputer z monitorem). Odstąpienie przez Zamawiającego od wymogów zawartych w SIWZ w przypadku badania oferty Euvic jest naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...)

W związku z powyższym, w odniesieniu do protokołu z demonstracji I próbki z dnia 11 lutego 2011 r. wynika, że próbka przedstawiona przez Euvic nie potwierdziła w trakcie demonstracji następujących funkcjonalności: F_09, F_43, F_26, F_18, F_19, F_20, F_20, F_23, F_37, F_42, F_55, F_56, F_58, F_59, F_62. Powyższe braki nie podlegają uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 lecz świadczą o tym, że zaoferowane przez Euvic rozwiązanie nie spełniało wymagań przedmiotowych.

Zgodnie z wzorem formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ), Zamawiający wymagał wskazania w ofercie (pkt 2.2. tabela nr 1 w formularzu ofertowym) kwoty za „przeniesienie majątkowych praw autorskich, o których mowa w § 9 wzoru umowy”. Zgodnie z dodatkową uwagą Zamawiającego „wskazana cena za przeniesienie majątkowych praw autorskich jest kwotą wyodrębnioną z ceny za wdrożenie wskazanej w wierszu 1 w kolumnie F i nie podlega ona dodatkowemu sumowaniu”.

Euvic w formularzu cenowym nie wycenił przeniesienia majątkowych praw autorskich (w formularzu cenowym nie została wpisana żadna wartość), o których mowa w par. 9 wzoru umowy. (...)

W ocenie Odwołującego tego rodzaju błąd nie ma charakteru oczywistej omyłki i nie można go poprawić na podstawie treści złożonej oferty, a wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie prowadzą do negocjowania ceny oferty. Podkreślić należy, iż zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

W wyniku wyjaśnień w zakresie braku wypełnienia w formularzu cenowym ceny za przeniesienie majątkowych praw autorskich, Euvic wskazuje, iż „o ile powstaną prawa majątkowe ewentualnie przynależne Wykonawcy, to zostaną przeniesione na Zamawiającego bez dodatkowych kosztów” (pismo Euvic z dnia 10.12.2020 r.). W ocenie Odwołującego, oświadczenie Euvic w zakresie ceny za przeniesienie praw autorskich („bez dodatkowych kosztów”) powinno zostać złożone w formularzu cenowym (poprzez wpisanie wartości „0 zł”), a nie w toku wyjaśnień złożonej oferty. Uznać należy bowiem, iż Euvic nie wycenił prawidłowo każdej z pozycji formularza cenowego - zgodnie z wymogiem Zamawiającego.

Zamawiający oczekiwał odrębnego wskazania kwoty z tytułu przeniesienia praw autorskich i wielokrotnie (zarówno w formularzu cenowym, jak i we wzorze umowy) podkreślił swój wymóg. Niemożliwe było zatem uwzględnienie tej pozycji (przeniesienie praw autorskich) w innych pozycjach formularza cenowego - jak to wskazywał Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 24.11.2020 r. skierowanym do Euvic.

Brak wskazania jakiegokolwiek wartości pieniężnej za wykonanie elementu zamówienia jest błędem, który nie znajduje uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach określonych w SIWZ. Zgodnie z SWIZ „cenę ofertową należy podać w PLN brutto, cyfra w formularzu ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ” (pkt 14. 1 SIWZ) oraz: „Cena ofertowa wyrażona w złotych polskich wraz z podatkiem VAT obejmować będzie wszelkie należności Wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu Zamówienia, tj. winna obejmować wszelkie koszty, jakie Wykonawca będzie ponosił w związku z realizacją przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego” (pkt. 14.2 SIWZ).”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty konsorcjum Euvic Solutions S.A., Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., Euvic sp. z o.o., jako niezgodnej z treścią siwz,
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 07.05.2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Euvic Solutions S.A, Al. Jerozolimskie 98, 00-807 Warszawa, Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., ul. Dr. Józefa Babińskiego 62a, 30-393 Kraków oraz Euvic sp. z o.o., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice (dalej: „przystępujący Euvic”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 15.06.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Ponadto w dniu 14.06.2021 r. odwołujący złożył pismo procesowe.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie Systemu Software Asset Management (SAM), usługa utrzymania Systemu SAM oraz usługa wsparcia konsultacyjno-deweloperskiego.

Pismem z dnia 27.10.2020 r. zamawiający odpowiadając na pytanie nr 33 wskazał, że: „Zamawiający oczekuje na etapie składania ofert, potwierdzenia przez Wykonawcę że oferowany System spełnia wszystkie wymagania funkcjonalne i нефункционалне (określone w pkt. 17 Załącznika nr 1 do wzoru umowy – OPZ) poprzez złożenie stosownego oświadczenia, zawartego w pkt. 3.1. Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ). (...)

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż na potwierdzenie, że oferowany System spełnia wymogi Zamawiającego Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zobowiązany będzie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożyć próbkę oferowanego Systemu i zademonstrować działanie Systemu na tej próbce. Próbka systemu traktowana jest jako dokument, którego Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy).”

W dalszej części odpowiedzi na pytanie nr 33, zamawiający poinformował, że w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez zamawiającego, wykonawca na wezwanie zamawiającego przedłoży „8.2.6. próbkę oferowanego Systemu. Wymagania dotyczące próbki, zasady jej przygotowania i przeprowadzenia demonstracji zawarte są w Załączniku nr 6 do SIWZ”. W związku z powyższym zamawiający wprowadził także nowy załącznik do siwz – załącznik nr 6.

W załączniku nr 6 do siwz zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

Pkt I ppkt 12 i 13:

12. Demonstracja Próbkę oferowanego rozwiązania będzie odbywała się na środowisku demonstracyjnym przygotowanym przez Wykonawcę, zgodnie z wymogami określonymi w pkt. IV.

13. Zamawiający zastrzega, że miejsce oraz sposób Demonstracji mogą ulec zmianie w zależności od obowiązujących obostrzeń w czasie trwającego zagrożenia epidemicznego.

Pkt II ppkt 1 i 3:

1. Wykonawca dostarczy Próbkę w postaci własnego sprzętu (laptop lub komputer z monitorem) z próbką oprogramowania SAM, który będzie skonfigurowany zgodnie z wymaganiami wymienionymi w punkcie IV, na którym Wykonawca będzie prowadził Demonstrację.

3. Próbka ma charakter potwierdzający, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ. Próbka pozostaje u Zamawiającego do momentu rozstrzygnięcia postępowania. Próbka zostanie zwrócona Wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, na jego wniosek, przekazany zgodnie z zasadami określonymi w pkt. 9.2. SIWZ. Próbka Wykonawcy, którego oferta została wybrana jest przechowywana przez Zamawiającego

przez czas określony w art. 97 ust. 1. Ustawy.

Pkt IV ppkt 1:

1. Na potrzeby demonstracji Próbkki, Wykonawca dostarczy niezbędne środowisko demonstracyjne na własnym sprzęcie (laptop lub komputer z monitorem). Środowisko to składać będzie się w szczególności z maszyn wirtualnych i systemu operacyjnego odpowiadających wymaganiom technicznym.

Pkt VI ppkt 4:

4. Demonstracja Próbkki, dokonana będzie poprzez realizację scenariusza testowego. Zamawiający prześle Scenariusz testowy na minimum 60 minut przed rozpoczęciem Demonstracji.

W dniu 28.12.2020 r. przystępujący Euvic złożył próbkę oprogramowania SAM. W dniu 11.02.2021 r. odbyła się demonstracja próbki. W protokole z demonstracji wpisano m.in.:

- 1) Co do F_09 i F_43: format pliku xls zamiast formatu xlsx,
- 2) Co do F_26: do potwierdzenia poprzez przedstawienie dokumentu potwierdzającego bazę dostawców w ilości min. 15.000; Wykonawca nie przedstawił dokumentu w toku prezentacji,
- 3) Co do F_55, F_56, F_58 i F_59: nie zostało zaprezentowane. Informacja od Wykonawcy – brak możliwości prezentacji funkcjonalności na Próbkce ze względu na brak zgody właściciela systemu zintegrowanego z aplikacją ITMC, tj. systemu XPANDION na umieszczenie kodu modułu na próbkce (Wykonawca przedstawił oświadczenie XPANDION, które stanowi załącznik do tabeli); Wykonawca deklaruje możliwość przedstawienia wymaganych funkcjonalności na środowisku testowym producenta oprogramowania ITMC (producent ERACENT), dostęp do środowiska testowego jest możliwy on-line. Funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego są możliwe do zaprezentowania w środowisku testowym. Wykonawca deklaruje możliwość przedstawienia dokumentu wystawionego przez producenta oprogramowania ITMC potwierdzającego spełnienie funkcjonalności przez system ITMC. Wykonawca nie poinformował Zamawiającego przed demonstracją Próbkki o braku możliwości zaprezentowania tych funkcjonalności.

Pismem z dnia 17.02.2021 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego Euvic do złożenia wyjaśnień, m.in.: „Prosimy o wskazanie argumentów, które wskazują jednoznacznie na brak możliwości przeprowadzenia prezentacji próbki w zakresie wymagań SAP F_55, F_56, F_58 i F_59 lub jeżeli stanowisko Wykonawcy w powyższej kwestii ulega zmianie, Zamawiający prosi o wyjaśnienie i wskazanie wymogów,

jakie należy spełnić, w szczególności jakie dokumenty i o dokładnie jakiej treści miałyby być przedmiotem porozumienia podpisanego przez Zamawiającego, w celu instalacji modułu zawierającego ProfileTailor LicenseAuditor producenta Xpandion”.

Pismem z dnia 19.02.2021 r. przystępujący odpowiedział m.in., że: „Wykonawca wskazuje, że wymagane dokumenty umożliwiające zainstalowanie oprogramowania na próbce dostarczonej do siedziby Zamawiającego w dniu 28.12.2021 zostały wskazane w piśmie z dnia 18.02.2021 od producenta Xpandion (załącznik numer 2 do niniejszego pisma) i są to następujące dokumenty:

1. ProfileTailor LicenseAuditor Evaluation Agmt (załącznik numer 3 do niniejszego pisma)
2. Xpandion EULA 2020 (załącznik numer 4 do niniejszego pisma)

Powyższe dokumenty są wymagane w celu umożliwienia przeprowadzenia instalacji na próbce, a co za tym idzie przeprowadzenia testu próbki w zakresie modułu SAP. Pismo z dnia 18.02.2021 podtrzymuje stanowisko firmy Xpandion jak i Wykonawcy, że przeprowadzenie testu modułu SAP jest możliwe, jednakże po podpisaniu powyższych dokumentów. W rzeczowym piśmie producent również informuje, że instalacja modułu SAP jak i prezentacja zostanie przeprowadzona przez dedykowanego inżyniera firmy Xpandion w asyście Wykonawcy”.

Pismem z dnia 23.02.2021 r. zamawiający wezwał przystępującego Euvic, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia próbki oferowanego systemu SAM. W ww. piśmie zamawiający wskazał m.in.: „W związku z trudnościami dotyczącymi możliwości prezentacji funkcjonalności F_55, F_56, F58, F_59 na Demonstracji Próbki w dniu 11.02.2021 Zamawiający dopuszcza prezentację wymagań: F_55, F_56, F58, F_59 na środowisku testowym, tym samym Zamawiający dopuszcza dostęp on-line do środowiska testowego Wykonawcy na czas prezentacji wyłącznie wymagań: F_55, F_56, F58, F_59. Za połączenie próbki (laptopa) ze środowiskiem Wykonawcy i sprawny przebieg prezentacji wymagań odpowiada Wykonawca”.

W protokole demonstracji dotyczącym uzupełnionej przez przystępującego Euvic próbki, wpisano m.in.:

- 1) Co do F_09 i F_43: format pliku xls zamiast formatuxlsx,
- 2) Co do F-26: dokumentacja przedstawiona,
- 3) Co do F_55, F_56, F_58 i F_59: spełnia.

W formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do siwz) zamawiający zamieścił tabelę nr 1 nazwaną formularzem cenowym, w której pierwsza kolumna wyglądała następująco:

Lp.	Nazwa przedmiotu Zamówienia
A	B
1	Wdrożenie systemu SAM, zgodnie z zapisami pkt. 3.1.1. SIWZ
W tym	1a. za przeniesienie majątkowych praw autorskich, o których mowa w § 9 wzoru umowy
2.	udzielenie lub zapewnienie licencji na oprogramowanie wchodzące w skład systemu SAM zgodnie z zapisami pkt. 3.1.2. SIWZ
3.	Usługi utrzymania Systemu SAM, zgodnie z zapisami pkt. 3.1.3. SIWZ
4	Usługi wsparcia konsultacyjno-deweloperskiego, zgodnie z zapisami pkt 3.1.4. SIWZ
Cena całkowita netto za realizację Zamówienia <i>(suma kwot podlegających sumowaniu wskazanych w wierszu 1, wierszu 2, wierszu 3 i wierszu 4 w kolumnie F)</i>	
Kwota podatku VAT <i>(kwota podatku VAT, wyliczona wg stawki wskazanej w kolumnie G dla ceny całkowitej netto za realizację Zamówienia)</i>	
Cena całkowita brutto za realizację Zamówienia <i>(suma ceny całkowitej netto za realizację zamówienia i kwoty podatku VAT – cena podlegająca ocenie zgodnie z kryterium C</i>	

Pod tabelą zamawiający dodał, że wskazana cena za przeniesienie majątkowych praw autorskich jest kwotą wyodrębnioną z ceny za wdrożenie wskazanej w wierszu 1 w kolumnie F i nie podlega ona dodatkowemu sumowaniu.

Przystępujący Euvic nie wskazał w formularzu ofertowym w ww. tabeli żadnej kwoty w wierszu 1a dotyczącym przeniesienia praw majątkowych autorskich.

Zamawiający wezwał przystępującego Euvic do złożenia wyjaśnień w zakresie braku podania ceny za przeniesienie majątkowych praw autorskich. Pismem z dnia 26.11.2020 r. przystępujący wyjaśnił:

„Natomiast zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego § 9 wzoru umowy, Wykonawca jest zobowiązany do przeniesienia majątkowych praw autorskich do Utworów stworzonych w ramach wykonania Umowy, o ile – jak wynika z § 2 ust. 1 i 2 – Utwory takie powstaną. Oczywiście jest, że zarówno Modyfikacje jak i elementy wytworzone w ramach Wdrożenia są Utworami, jednak o ile mieszczą się one w definicji Oprogramowania – podstawą korzystania z nich przez Zamawiającego jest licencja, a nie przeniesienie majątkowych praw autorskich. (...) Ponieważ Wykonawca nie wytwarza w ramach realizacji przedmiotu umowy Utworów innych niż Oprogramowanie (czyli nie będących Oprogramowaniem), a Utwory będące Oprogramowaniem z kolei na podstawie § 8 objęte są licencją, Wykonawca uznał, że zapis §

9 w jego przypadku nie będzie miał miejsca i nie dokonał wyceny w zakresie w jakim Zamawiający prowadzi wyjaśnienie. (...)

Jednocześnie Wykonawca wyjaśnia, że Dokumentacja, o której mowa we wzorze umowy i załączniku do niej, w tym przypadku nie stanowi utworu w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nie jest zatem również Utworem w rozumieniu wzoru umowy. Dokumentacja obejmuje bowiem jedynie zestawienie istniejącej już dokumentacji producenta Systemu SAM i opisu jego konfiguracji oraz opisu funkcjonalności, który został przez Zamawiającego zamieszczony w SIWZ. Działaniom tworzącym Dokumentację nie można zatem przypisać charakteru twórczego, co jest niezbędnym elementem utworu, a jedynie odtwórczy, nie tworzący żadnej innowacyjnej wartości. (...)

Nawet jednak, gdyby co do Dokumentacji można by w tym stanie faktycznym uznać, że stanowi ona Utwór (czego Wykonawca nie potwierdza), to jak wynika z treści wzoru Protokołu Odbioru Ilościowego Oprogramowania, wraz z Oprogramowaniem podlegają odbiorowi elementy w postaci dokumentacji technicznej/instrukcji obsługi/świadectwa jakości, które zgodnie z tym protokołem stanowią element Wdrożenia, a zatem zgodnie z § 8 ust. 1 podlegają Licencji na Oprogramowanie. (...)

W celu uniknięcia wątpliwości Wykonawca wskazuje również, że mimo iż zgodnie z OPZ, Zamawiający zapisał, że majątkowe prawa autorskie do Modyfikacji realizowanych w ramach Usług Wsparcia Konsultacyjno – Deweloperskiego miałyby przejść na Zamawiającego, to miałyby się to odbyć na zasadach opisanych w Umowie. Umowa natomiast stanowi, jak wyżej wskazano, że Modyfikacja jako element Oprogramowania, będzie objęta zakresem Licencji. (...)

W związku z powyższym, Wykonawca oświadcza w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, że jego oferta nie obejmuje ceny za przeniesienie majątkowych praw autorskich, gdyż – zgodnie z wzorcem umowy - nie były one bezwzględny przedmiotem zamówienia, a szczegółowa analiza przedmiotu zamówienia jaką przeprowadził Wykonawca przed terminem składania ofert wskazuje, że w jego przypadku, nie ma potrzeby dokonywania takiej wyceny”.

Pismem z dnia 08.12.20202 r. zamawiający wezwał przystępującego Euvic do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający wskazał: „Zgodnie z zapisami Umowy oraz Załącznika nr 1 do umowy - Opisu Przedmiotu Zamówienia (w szczególności pkt. 6.1.6. Załącznika nr 1) Wykonawca jest zobowiązany razem z Zamawiającym bądź samodzielnie przygotować opracowania które mogą mieć charakter twórczy, a tym samym mogą nie spełniać przesłanki „zestawienia istniejącej już dokumentacji producenta Systemu SAM”, o której mowa w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę. W związku z powyższym Zamawiający prosi o dodatkowe wyjaśnienia, na jakiej zasadzie Zamawiający będzie

uprawniony do korzystania z opracowań powstałych w ramach realizacji przedmiotu umowy”.

Pismem z dnia 10.12.2020 r. przystępujący wyjaśnił, że „w przypadku, o jakim pisze Zamawiający – to jest w sytuacji, gdy Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przygotowywać będzie razem z Zamawiającym opracowania, które mogą mieć charakter twórczy, a tym samym mogą nie spełniać przesłanki „zestawienia istniejącej już dokumentacji producenta Systemu SAM”, to majątkowe prawa autorskie będą przynależne Zamawiającemu i nie wymagają ich odrębnego przeniesienia na Zamawiającego. O ile powstaną prawa majątkowe ewentualnie przynależne Wykonawcy, to zostaną przeniesione na Zamawiającego bez dodatkowych kosztów. W związku z powyższym, Wykonawca potwierdza, że majątkowe prawa autorskie nie były bezwzględnym przedmiotem zamówienia, a szczegółowa analiza przedmiotu zamówienia jaką przeprowadził Wykonawca przed terminem składania ofert wskazuje, że w jego przypadku, nie ma potrzeby dokonywania takiej wyceny. Jednocześnie dokonanie takiej wyceny niejako na wszelki wypadek i co do praw, które w ramach umowy nie zostaną wytworzone, mogłoby być traktowane jako zawyżanie przez Wykonawcę ceny zamówienia i uzyskanie wynagrodzenia za prace niewykonane”.

Pismem z dnia 20.04.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Euvic.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.
- 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy zauważyć, że zamawiający wezwał przystępującego Euvic do uzupełnienia próbki systemu, ponieważ w trakcie pierwszej demonstracji próbki przystępujący nie wykazał, że oferowany system spełnia wszystkie wymagania określone w siwz. Należy jednak zwrócić uwagę, że uprzednio odpowiadając na pytanie nr 33 zamawiający wyraźnie wskazał, że: „na potwierdzenie, że oferowany System spełnia wymogi Zamawiającego, Wykonawca którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zobowiązany będzie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożyć próbkę oferowanego Systemu i zademonstrować działanie Systemu na tej próbce. Próbka systemu traktowana jest jako dokument, którego Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy).” Z ww. odpowiedzi

zamawiającego wynika, że zakwalifikował on próbkę jako dokument potwierdzający, że dostawa oferowanego systemu spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Tym samym zamawiający zakwalifikował próbkę jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z kolei w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnieniu podlegają m.in. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, że próbka oferowanego systemu mogła być przez przystępującego uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ stanowiła w niniejszym postępowaniu dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. dokument potwierdzający spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i oddaliła odwołanie w zakresie tego zarzutu.

Odrębną kwestią jednak pozostaje, czy zamawiający umożliwił demonstrację uzupełnionej próbki zgodnie z zasadami określonymi w siwz i czy próbka ta, a w konsekwencji oferta przystępującego Euvic, jest zgodna z siwz.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zasady przeprowadzenia demonstracji próbki zostały określone w załączniku nr 6 do siwz. W pkt I ppkt 12, w pkt II ppkt 1 oraz w pkt IV ppkt 1 tego dokumentu wskazano, że demonstracja próbki ma się odbyć na środowisku demonstracyjnym przygotowanym przez wykonawcę oraz że wykonawca ma dostarczyć próbkę w postaci własnego sprzętu (laptop lub komputer z monitorem) z próbką oprogramowania SAM, który będzie skonfigurowany zgodnie z wymaganiami wymienionymi w punkcie IV, na którym wykonawca będzie prowadził demonstrację. W trakcie pierwszej demonstracji okazało się, że przystępujący Euvic nie jest w stanie wykazać spełnienia wymogów dotyczących modułu SAP, tj. funkcjonalności F_55, F_56, F_58 i F_59, ponieważ koniecznym do tego jest zawarcie przez zamawiającego określonej umowy z producentem XPANDION. W związku z powyższym, w wezwaniu do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający poinformował przystępującego Euvic, że „dopuszcza dostęp on-line do środowiska testowego Wykonawcy na czas prezentacji wyłącznie wymagań: F_55, F_56, F58, F_59”.

Odnosząc się do faktu, że zamawiający dopuścił możliwość demonstracji próbki on-line, przede wszystkim należy stwierdzić, że w ten sposób zamawiający odstąpił od wymogów określonych w wyżej wskazanych punktach załącznika nr 6 do siwz i zmienił zasady przeprowadzenia demonstracji na rzecz przystępującego Euvic. Nie można przy tym uznać za zasadną argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą był on uprawniony do takiego działania w oparciu o pkt I ppkt 13 załącznika nr 6 do siwz. W punkcie tym

wskazano: „Zamawiający zastrzega, że miejsce oraz sposób Demonстрации mogą ulec zmianie w zależności od obowiązujących obostrzeń w czasie trwającego zagrożenia epidemicznego”. Treść powyższego postanowienia wskazuje, że ewentualne zmiany sposobu demonstracji musiałyby wynikać z obostrzeń związanych z epidemią. Tymczasem zamawiający uzasadnia zastosowanie ww. postanowienia tym, że istniały trudności w zebraniu podpisów potrzebnych do zawarcia umowy z producentem XPANDION.

Należy zatem stwierdzić, że po pierwsze, nie jest rolą zamawiającego zawieranie umów z podmiotami trzecimi w celu umożliwienia danemu wykonawcy zaprezentowania próbki systemu, gdyż działanie takie faworyzowałoby tego wykonawcę i stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Okoliczności dotyczące trudności w zebraniu podpisów są okolicznościami dotyczącymi przystępującego, a nie stanu epidemii. Należy rozróżnić bowiem obiektywne fakty dotyczące obostrzenia związanego z epidemią, a okoliczność, że dany wykonawca nie dochował należytej staranności i nie zabezpieczył własnego interesu poprzez odpowiednio wcześniejsze pozyskanie podpisów. To, że do trudności w podpisaniu doszło w czasie epidemii, nie powoduje, że automatycznie jest to okoliczność związana z obostrzeniami epidemiologicznymi. Po drugie, zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych przeszkód uniemożliwiających zebranie ww. podpisów, zatem nie wykazano tej okoliczności, pozostawiając ją jako gołosłowne zapewnienia strony. Po trzecie, niezależnie od niedopuszczalności zawierania przez zamawiającego umów na korzyść danego wykonawcy, obowiązujące w marcu 2021 r. obostrzenia epidemiczne nie mogły stać na przeszkodzie zebraniu podpisów uprawnionych przedstawicieli zamawiającego, zwłaszcza że przykładowo - bez względu na pandemię - istniała możliwość przesunięcia terminu drugiej prezentacji i uzyskania w tym czasie podpisów elektronicznych (jeśli członkowie zarządu zamawiającego ich nie posiadają) lub upoważnienia określonych innych osób do reprezentowania zamawiającego. W związku z powyższym treść pkt I ppkt 13 załącznika nr 6 do siwz nie może stanowić uzasadnienia dla odstąpienia przez zamawiającego od zasad przeprowadzania demonstracji opisanych w pkt I ppkt 12, w pkt II ppkt 1 oraz w pkt IV ppkt 1 tego dokumentu. Oznacza to, że zamawiający nie był uprawniony do dopuszczenia, aby uzupełniona próbka została zaprezentowana przez przystępującego Euvic w środowisku testowym on-line, zamiast w środowisku próbki na własnym sprzęcie wykonawcy. Fakt, że zamawiający pozwolił przystępującemu Euvic na zaprezentowanie próbki systemu w środowisku odmiennym, niż przewidziane w załączniku nr 6 do siwz, stanowi naruszenie zasad przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji, zatem zarzut ten został przez Izbę uwzględniony.

Przechodząc do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba wskazuje,

że przystępujący nie wykazał spełnienia funkcjonalności F_55, F_56, F_58 i F_59 dotyczących modułu SAP XPANDION, więc nie można uznać, że oferta jest w tym zakresie zgodna z siwz. Podczas pierwszej prezentacji nie wykazano tego w ogóle, natomiast podczas drugiej prezentacji nie wykazano tego w sposób prawidłowy, tj. w sposób zgodny z postanowieniami pkt I ppkt 12, pkt II ppkt 1 oraz pkt IV ppkt 1 załącznika nr 6 do siwz, w środowisku próbki na własnym sprzęcie wykonawcy. Wykazywanie spełnienia wymagań w sposób niezgodny z siwz, nie może być bowiem uznane za prawidłowe i skuteczne.

Reasumując, skoro przystępujący Euvic nie zaprezentował próbki systemu w sposób określony przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w załączniku nr 6 do siwz, to tym samym nie wykazał zgodności swojej oferty w zakresie wymagań dotyczących funkcjonalności F_55, F_56, F_58 i F_59. Skutkiem powyższego, oferta przystępującego Euvic podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało więc uwzględnione.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego funkcjonalności F_09 i F_43, należy zauważyć, że w pkt VII załącznika nr 6 do siwz wymogi dotyczące tych funkcjonalności zostały określone następująco:

- F_09: „Zapewniać eksport danych do popularnych formatów: csv, xls, xlsx, xml”,
- F_43: „Posiadać gotowe mechanizmy udostępniania danych zebranych podczas inwentaryzacji w formie plików płaskich (xml, csv, xls, xlsx) w ramach zdefiniowanego harmonogramu określanego przez Zamawiającego”.

Należy zauważyć, że w wymaganiach dla obu ww. funkcjonalności zamawiający wymienił formaty csv, xls, xlsx, xml po przecinku, nie wprowadzając słów takich jak: „lub”, „albo”, „m.in.”, „np.”, „min.” lub innych, których użycie wskazywałoby na to, że nie wszystkie wymienione formaty są wymagane. Tym samym sposób sformułowania przez zamawiającego obu ww. wymagań wskazuje, że każdy z wymienionych formatów był wymagany oddzielnie i musiał być wykazany przez wykonawcę niezależnie od wykazania innych. Innymi słowy: wykonawca musiał wykazać eksport do wszystkich ww. formatów.

W obu protokołach z demonstracji systemu przez przystępującego Euvic zamawiający wpisał: „format pliku xls zamiast formatu xlsx”. Oznacza to, że w toku żadnej z demonstracji przystępujący nie wykazał spełnienia wymogów dotyczących ww. funkcjonalności, gdyż nie wykazał możliwości eksportu do formatu xlsx. Tym samym oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z siwz.

Nie można przy tym zgodzić się z argumentacją zamawiającego, zgodnie z którą

oferta przystępującego jest zgodna z siwz, bo formaty xls oraz xlsx są zamienne i konwertowalne, zatem brak możliwości eksportu do formatu xlsx nie zagraża oczekiwanym standardom zamawiającego i nie ogranicza raportowania danych do systemu. Należy podkreślić, że po upływie terminu składania ofert wymagania zawarte w siwz są wiążące zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego. Zamawiający nie może więc w toku badania ofert dokonywać swobodnej oceny, które z wymogów zawartych przez niego uprzednio w siwz są mu potrzebne, a które nie. Taka analiza powinna być przez zamawiającego dokonana przed upływem terminu składania ofert, natomiast po upływie tego terminu uwzględnianie jej przy badaniu ofert jest już niedopuszczalne. W efekcie zamawiający ma obowiązek weryfikować zgodność ofert z siwz pod kątem każdego wymagania, bez względu na to, czy po złożeniu ofert nadal uważa je za potrzebne, czy nie. Przeciwnie działanie, tj. rezygnacja przez zamawiającego z określonych wymagań na etapie badania ofert, stanowi naruszenie zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak i tych, którzy mogliby zdecydować o wzięciu w nim udziału, gdyby wiedzieli, że spełnienie określonych wymogów nie będzie jednak weryfikowane.

Reasumując, system oferowany przez przystępującego Euvic nie spełnia wymogów dotyczących funkcjonalności F_09 i F_43, zatem oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało więc uwzględnione.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego funkcjonalności F_26, należy zauważyć, że istotą tego zarzutu było to, że zamawiający umożliwił przystępującemu Euvic wykazanie spełnienia wymogu odnoszącego się do tej funkcjonalności na podstawie dokumentacji, a nie weryfikacji próbki. Należy zauważyć, że w tabeli w pkt VII załącznika nr 6 do siwz, w ostatniej kolumnie zatytułowanej „Dodatkowe informacje”, zamawiający przy niektórych funkcjonalnościach wpisywał: „Prezentacja funkcji na środowisku demonstracyjnym”. Przy funkcjonalności F_26 takiego zapisu nie było. Natomiast w tabeli w scenariuszu testowym (przewidzianym w pkt VI ppkt 4 załącznika nr 6 do siwz) przy tej funkcjonalności zamawiający wpisał: „Zaprezentowana baza dostawców w ilości 15.000 z potwierdzeniem (np. w dokumentacji) informacji o jej automatycznej aktualizacji. Prezentacja dodania ręcznie jednego dostawcy”.

Abstrahując w tym miejscu od kwestii prawidłowości precyzowania przez zamawiającego dopiero w scenariuszu testowym, wysyłanym wykonawcom w toku badania ofert, procedury demonstracji próbki (treść pkt VI ppkt 4 załącznika nr 6 do siwz nie była przez wykonawców kwestionowana), należy zauważyć, że rzeczywiście dopuszczono w nim, aby funkcjonalność F_26 została wykazana na podstawie dokumentacji, zaś wymóg

zaprezentowania tej funkcjonalności w ramach demonstracji nie został wprost przewidziany w pkt VII załącznika nr 6 do siwz.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do stwierdzenia niezgodności oferty przystępującego Euvic z treścią siwz, gdyż wykazanie spełnienia wymogu dotyczącego funkcjonalności F_26 za pomocą dokumentacji, było dopuszczalne. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Na marginesie należy zauważyć, że w treści odwołania przy ww. zarzucie odwołujący wymienił także funkcjonalności I_01 oraz I_02, nie wyjaśniając, jaki jest ich związek z tym zarzutem i nie odnosząc się do nich również na rozprawie. W tym stanie rzeczy stwierdziła, że w istocie zarzuty w stosunku do tych funkcjonalności nie zostały postawione.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego funkcjonalności F_41, należy zauważyć, że w tabeli w pkt VII załącznika nr 6 do siwz wymóg dla tej funkcjonalności brzmiał: „Posiadać interfejs w języku polskim i angielskim”. Odwołujący powołał się na swoją korespondencję z firmą XPANDION, której odpowiedź brzmiała:

„Xpandion ProfileTailor GRC to oprogramowanie wielojęzyczne. Niektórzy z naszych klientów przetłumaczyli je na inne języki. Oficjalnie produkt może być dostarczany z fabrycznie załadowanym interfejsem w języku angielskim i hiszpańskim. Niektóre z fragmentów są tłumaczone na język polski”.

Pomijając w tym miejscu, kim jest osoba przesyłająca ww. wiadomość odwołującemu (jej dane identyfikacyjne ograniczają się do podpisu „Moshe”), przede wszystkim należy zauważyć, że z wiadomości tej wynika, że nie jest wykluczona możliwość przetłumaczenia przez niektórych klientów ww. oprogramowania na inne języki, w tym język polski. Zatem wiadomość ta nie może stanowić dowodu niespełnienia przez przystępującego Euvic wymogu dotyczącego funkcjonalności F-41.

Ponadto, jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący na rozprawie, ww. korespondencja między odwołującym a firmą XPANDION dotyczyła produktu o nazwie Xpandion ProfileTailor GRC, podczas gdy przystępujący w formularzu ofertowym zaoferował CLR SAP Applications Advanced. Odwołujący nie wykazał przy tym, aby zaoferowane oprogramowanie stanowiło „nakładkę lub sublicencję” produktu Xpandion ProfileTailor GRC.

W związku z powyższymi okolicznościami Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do stwierdzenia niezgodności oferty przystępującego Euvic z treścią siwz w zakresie wymogu dotyczącego funkcjonalności F-41. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wskazania przez przystępującego Euvic ceny za przeniesienie majątkowych praw autorskich, należy zauważyć, że w projekcie umowy wskazano m.in.:

§ 2 ust. 1 pkt 1.1. i 1.2.:

„Na warunkach określonych Umową, Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się:

1.1. dostarczyć i wykonać Wdrożenie Systemu SAM spełniającego wymagania opisane w Załączniku nr 1 [Opis Przedmiotu Zamówienia], w tym przenieść autorskie prawa majątkowe do Utworów, o które mogą powstać w związku z realizacją Umowy,

1.2. udzielić lub zapewnić stosowne licencje na oprogramowanie wchodzące w skład Systemu SAM w liczbie zapewniającej pracę Systemu SAM w środowisku Zamawiającego (Licencje) na warunkach określonych w § 8 Umowy”,

§ 9 ust. 1 i 2:

„1. Zgodnym zamiarem obu Stron jest przeniesienie na Zamawiającego majątkowych praw autorskich do Utworów stworzonych w ramach wykonania Umowy, w celu umożliwienia Zamawiającemu dowolnego i niczym nieograniczonego korzystania z Utworów oraz rozporządzania nimi, jak też umożliwienie ich dowolnych zmian i modyfikacji.

2. Wykonawca gwarantuje i zapewnia, że każdorazowo na dzień przekazania Zamawiającemu danego Utworu będzie mu przysługiwała pełnia autorskich praw majątkowych do tego Utworu, wraz z prawem zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego.”

Zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 1 i 2 projektu umowy wykonawca zobowiązywał się też przenieść na zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wymienionych w tych punktach utworów nie będących i będących Oprogramowaniem na określonych polach eksploatacji.

Na wezwanie zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący dwukrotnie udzielił w tym zakresie wyjaśnień. Przystępujący w szczególności podniósł, że:

- „Oczywiste jest, że zarówno Modyfikacje jak i elementy wytworzone w ramach Wdrożenia są Utworami, jednak o ile mieszczą się one w definicji Oprogramowania – podstawą korzystania z nich przez Zamawiającego jest licencja, a nie przeniesienie majątkowych praw autorskich. (...) Ponieważ Wykonawca nie wytwarza w ramach realizacji przedmiotu umowy Utworów innych niż Oprogramowanie (czyli nie będących Oprogramowaniem), a Utwory będące Oprogramowaniem z kolei na podstawie § 8 objęte są licencją, Wykonawca uznał, że zapis § 9 w jego przypadku nie będzie miał miejsca i nie dokonał wyceny w zakresie w jakim Zamawiający prowadzi wyjaśnienie”.
- „Dokumentacja, o której mowa we wzorze umowy i załączniku do niej, w tym przypadku nie stanowi utworu w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nie jest zatem również Utworem w rozumieniu wzoru umowy. Dokumentacja obejmuje bowiem jedynie zestawienie istniejącej już dokumentacji producenta Systemu SAM i opisu

jego konfiguracji oraz opisu funkcjonalności, który został przez Zamawiającego zamieszczony w SIWZ”.

- „W celu uniknięcia wątpliwości Wykonawca wskazuje również, że mimo iż zgodnie z OPZ, Zamawiający zapisał, że majątkowe prawa autorskie do Modyfikacji realizowanych w ramach Usług Wsparcia Konsultacyjno – Deweloperskiego miałyby przejść na Zamawiającego, to miałyby się to odbyć na zasadach opisanych w Umowie. Umowa natomiast stanowi, jak wyżej wskazano, że Modyfikacja jako element Oprogramowania, będzie objęta zakresem Licencji”.
- „w sytuacji, gdy Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przygotowywać będzie razem z Zamawiającym opracowania, które mogą mieć charakter twórczy, a tym samym mogą nie spełniać przesłanki „zestawienia istniejącej już dokumentacji producenta Systemu SAM”, to majątkowe prawa autorskie będą przynależne Zamawiającemu i nie wymagają ich odrębnego przeniesienia na Zamawiającego. O ile powstaną prawa majątkowe ewentualnie przynależne Wykonawcy, to zostaną przeniesione na Zamawiającego bez dodatkowych kosztów”.

Z udzielonych przez przystępującego wyjaśnień wynika zatem, że jego oferta nie obejmuje ceny za przeniesienie majątkowych praw autorskich, gdyż zgodnie z projektem umowy, w ramach wykonania przedmiotu umowy nie będzie zachodziła konieczność ich przeniesienia. Ponadto przystępujący wyjaśnił, że ewentualne prawa majątkowe przynależne przystępującemu zostaną przeniesione na zamawiającego bez dodatkowych kosztów. Należy w tym miejscu zauważyć, że kwota przewidziana za przeniesienie majątkowych praw autorskich (pkt 1a tabeli nr 1 w formularzu ofertowym) wchodziła w zakres ceny wskazanej w ofercie za wdrożenie systemu SAM (pkt 1 tabeli nr 1 w formularzu ofertowym), zatem udzielając ww. wyjaśnień przystępujący nie uzyskiwał żadnych korzyści finansowych.

Izba uznała, że w świetle udzielonych przez przystępującego wyjaśnień, nie zachodzi podstawa do stwierdzenia, że popełnił on błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji – że jego oferta podlega odrzuceniu. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zostało oddalone.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym przede wszystkim załącznik nr 6 do siwz, protokoły z demonstracji próbek, korespondencję zamawiającego z przystępującym oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołujący postawił w odwołaniu sześć zarzutów dotyczących:

- funkcjonalności F_55, F_56, F_58 i F_59,
- funkcjonalności F_09 i F_43,
- funkcjonalności F-26,
- funkcjonalności F-41,
- uzupełnienia próbki na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Spośród ww. sześciu zarzutów, Izba uwzględniła dwa, a cztery oddaliła. Dlatego też kosztami postępowania Izba obciążyła zamawiającego w części 2/6 i odwołującego w części 4/6. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, co razem daje kwotę 18.600 zł. Skoro zamawiający ponosi koszty w części 2/6, to powinien ponieść je w kwocie 6.200 zł (2/6 z kwoty 18.600 zł), tymczasem poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł. Z kolei odwołujący ponosi koszty w części 4/6, zatem powinien ponieść je w kwocie 12.400 zł (4/6 z kwoty 18.600 zł), a poniósł je dotychczas w wysokości 15.000 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 2.600 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku ($15.000 - 2.600 = 12.400$). Ponadto zasądzona od zamawiającego na rzecz odwołującego kwota 2.600 zł powoduje, że również zamawiający poniesie koszty w takiej wysokości, w jakiej odpowiada za nie w świetle wyniku postępowania odwoławczego ($3.600 + 2.600 = 6.200$ zł).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....