

WYROK

z dnia 6 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2014 r. przez Odwołującego - Toya Systemy Komputerowe Sp. z o.o., ul. Telefoniczna 46F, 92-016 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Brzeziny, ul. Sienkiewicza 16, 95-060 Brzeziny

przy udziale Wykonawcy – Technologie Informatyczne Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 58/33A, 03-468 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonania ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Brzeziny, ul. Sienkiewicza 16, 95-060 Brzeziny i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Toya Systemy Komputerowe Sp. z o.o., ul. Telefoniczna 46F, 92-016 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasta Brzeziny, ul. Sienkiewicza 16, 95-060 Brzeziny na rzecz Toya Systemy Komputerowe Sp. z o.o., ul. Telefoniczna 46F, 92-016 Łódź kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto 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 (t.j. 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 Kaliszu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Brzeziny, 95-060 Brzeziny ul. Sienkiewicza 16 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę sprzętu komputerowego, jego serwis i utrzymanie oraz modernizacja w ramach projektu „Druga młodość z komputerem - przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu dla osób 50+ w Brzezinach”, znak sprawy: RI.271.33.2013.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych na portalu Urzędu Zamówień Publicznych pod nr 277235-2013 i zostało zamieszczone w w dniu 19.12.2013r.

Zamawiający w dniu 13.02.2014r. poinformował Odwołującego: TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o., 92-016 Łódź, ul. Telefoniczna 46F o rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Odwołujący w dniu 18 lutego 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W swoim odwołaniu wskazał, że okolicznością sporną pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest ocena, czy zaoferowana przez Odwołującego licencja Lease Agreement dla oferowanego systemu operacyjnego Windows 7 Professional OEM spełnia wymóg Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Powołał się treść Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ, że: „licencje na oprogramowanie powinny zapewnić Zamawiającemu możliwość wielokrotnego wypożyczenia lub użyczenia sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, o ile jest to wymagane przez producentów oprogramowania”.

Jednocześnie zwrócił uwagę, że Odwołujący w swojej ofercie zaoferował: Microsoft Windows 7 Professional PL 64-bit, licencja typu OEM, niewymagającą aktywacji, nieprzypisaną do użytkownika, z możliwością wielokrotnego wypożyczenia lub użyczenia na mocy tzw. Lease Agreement.

Powołał się na okoliczność wezwania go przez Zamawiającego pismem z dnia

03.02.2014r. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej licencji, tj. wyjaśnienia czy w przedmiotowym postępowaniu zaoferowana przez Odwołującego licencja zapewnia Zamawiającemu możliwość wielokrotnego wypożyczenia lub użyczenia sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem.

Zaznaczył przy tym, że Odwołujący pismem z dnia 04.02.2014r. złożył stosowne wyjaśnienia, potwierdzając, iż zaoferowana przez Odwołującego licencja spełnia wymóg Zamawiającego oraz załączył wydruk postanowień licencji Lease Agreement.

Nadto wskazał, że Zamawiający w wyniku oceny wyjaśnień Odwołującego oraz dokonania dodatkowej weryfikacji nie zgodził się z jego stanowiskiem i pismem z dnia 13.02.2014r dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp, ponieważ w ocenie Zamawiającego zaoferowana przez Odwołującego licencja Lease Agreement dla zaoferowanego przez niego oprogramowania Microsoft Windows 7 Professional OEM nie spełnia wymogu Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego było nieuprawnione, ponieważ złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z wydrukiem postanowień licencji Lease Agreement nie pozwalają uznać, iż zaoferowana licencja Lease Agreement nie spełnia wymogu SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez ocenę oferty Odwołującego w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

I. uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;

3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

4) unieważnienia czynności nie uznania wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, jako wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana przez Odwołującego licencja Lease Agreement spełnia wymóg SIWZ;

5) dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

6) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;

II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wniesionego wpisu od odwołania, a także kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, które Odwołujący przedstawi i udokumentuje na rozprawie.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający oparł swoją argumentację o rzekomo przeprowadzone przez Zamawiającego rozmowy telefoniczne z przedstawicielem handlowym firmy Microsoft oraz o przesłane Zamawiającemu przez Microsoft linki do stron zawierających informacje handlowe o licencjonowaniu produktów Microsoft.

Stwierdził, że nie jest w stanie odnieść się do w/w korespondencji, ponieważ jej treść nie jest znana Odwołującemu.

Jego zdaniem nie może mieć wartości dowodowej korespondencja mailowa, a to z uwagi na fakt, że Izba nie jest w stanie ustalić, czy osoby, które ją prowadziły uprawnione są do składania oświadczeń wiedzy w imieniu podmiotu, w którym pracują.

Następnie zauważył, że wydruk ze strony internetowej Microsoft nie ma waloru dokumentu, jest jedynie informacją handlową skierowaną do nieokreślonego odbiorcy i jej moc dowodowa jest znikoma. To samo dotyczy rozmowy telefonicznej.

Zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający podał, iż o odrzuceniu oferty Odwołującego zdecydowały rzekome ustalenia Zamawiającego, które nastąpiły w drodze korespondencji mailowej oraz rozmów telefonicznych pomiędzy Zamawiającym a jednym z przedstawicieli handlowych firmy Microsoft, co w ocenie Odwołującego nie może stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie.

Poza tym dodał, iż w zakresie zagadnień związanych z licencjami Rental Rights i Lease Agreement również kontaktował się telefonicznie z firmą Microsoft i uzyskał odmienne informacje niż rzekomo uzyskane przez Zamawiającego, tj, potwierdzające, że w określonych przypadkach, tj.gdy oferowane są komputery z preinstalowanymi przez ich

producenta OEM wersjami systemów operacyjnych Windows 7 Professional, wówczas można zastosować licencję Lease Agreement, którą zaoferował Odwołujący.

Wyjaśnił, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 04.02.2014r. oparł się na treści samej licencji Lease Agreement, której postanowienia przedłożył Zamawiającemu w formie wydruku treści licencji Lease Agreement, wraz z jej tłumaczeniem na język polski.

Zdaniem Odwołującego, jedynie faktyczna treść licencji Lease Agreement może być wiarygodnym dowodem potwierdzającym spełnienie wymogu SIWZ, tym bardziej, iż indywidualne interpretacje postanowień licencyjnych wyrażane przez różnych przedstawicieli handlowych firmy Microsoft są w tym wypadku rozbieżne.

Tym samym, Odwołujący stanął na stanowisku, iż korespondencja mailowa i rozmowy telefoniczne zarówno Zamawiającego, jak i Odwołującego z przedstawicielami handlowymi firmy Microsoft, nie powinny stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie, ani tym bardziej nie powinny stanowić dla Zamawiającego podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż z przytoczonych przez Zamawiającego cytatów z uzyskanych przez Zamawiającego od firmy Microsoft linków do stron zawierających informacje handlowe o licencjonowaniu produktów Microsoft nie wynika - wbrew jego twierdzeniom - iż w przedmiotowym postępowaniu tylko licencja Rental Rights spełnia jego wymóg, a licencja Lease Agreement tego wymogu nie spełnia.

Zdaniem Odwołującego - w przytoczonym przez Zamawiającego cytacie ze strony Microsoft znajduje się zapis wprost mówiący o tym, że obok licencji Rental Rights funkcjonuje również licencja Lease Agreement, którą zaoferował Odwołujący, w ramach której również jest dozwolone użyczenie i wynajmowanie komputerów z określonymi wersjami OEM systemów operacyjnych, w tym Windows 7 Professional.

Według Odwołującego podane przez Zamawiającego linki nie rozstrzygają zagadnienia, w których dokładnie przypadkach zastosowanie mają licencje Rental Rights, a w których licencje Lease Agreement, lecz stanowią jedynie informację handlową o dostępnych formach licencjonowania w przypadku konieczności wynajmowania komputerów osobom trzecim i wskazują zarówno na możliwe licencje Rental Rights, jak również na licencję Lease Agreement, którą zaoferował Odwołujący.

Odwołujący zaznaczył, że w piśmie wyjaśniającym z dnia 04.02.2014r. dla

udowodnienia, iż licencja Lease Agreement będzie zapewniać Zamawiającemu możliwość wielokrotnego wypożyczenia lub użyczenia sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, załączył wydruk tejże licencji wraz z jej tłumaczeniem na język polski, a z treści licencji Lease Agreement wynika jednoznacznie, iż Zamawiający taką możliwość będzie posiadał, cytując treść licencji: „Niniejsza Umowa przyznaje prawo do wynajmowania stronom trzecim komputerów osobistych („Komputery”), które FIRMA nabyła wraz z wersjami systemów operacyjnych Windows 8 PRO, Windows 7 Professional lub Windows Vista Business, oraz, jeśli dotyczy, Microsoft Office 2010 („Produkty Oprogramowania Microsoft”) wyprodukowanymi i preinstalowanym przez producenta sprzętu komputerowego („OEM”).

W opinii Odwołującego w jego ofercie mamy do czynienia z dokładnie w/w przypadkiem, tj. oferowane przez Odwołującego komputery będą wyprodukowane z preinstalowaną przez producenta OEM wersją systemu operacyjnego Windows 7 Professional, na co wprost wskazuje treść umowy Lease Agreement i co dodatkowo wyjaśnił Odwołujący w piśmie z dnia 04.02.2014r.

Jednocześnie wskazał, że postanowienia umowy Lease Agreement nie zawierają żadnych obostrzeń wskazujących na niespełnienie wymogu SIWZ, określonego, jako możliwość wielokrotnego wypożyczenia lub użyczenia sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem.

Z powyższych względów Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż podstawą do odrzucenia jego oferty mogą być poczynione przez Zamawiającego ustalenia telefoniczne z jednym z przedstawicieli handlowych firmy Microsoft, z których rzekomo wynika konieczność zastosowania w przedmiotowym wypadku tylko i wyłącznie licencji Rental Rights, tym bardziej, iż w wyniku analogicznych ustaleń telefonicznych Odwołującego interpretacje przedstawicieli handlowych firmy Microsoft są w tym przypadku rozbieżne.

Przede wszystkim jednak, zdaniem Odwołującego - rzekome ustalenia telefoniczne poczynione przez Zamawiającego z jednym z przedstawicieli handlowych firmy Microsoft w ocenie Odwołującego stoją w sprzeczności z treścią licencji Lease Agreement, którą zaferował Odwołujący i której treść Odwołujący przedłożył Zamawiającemu w piśmie Odwołującego z dnia 04.02.2014r.

Ostatecznie Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w ogóle nie odniósł się do przedłożonej Zamawiającemu faktycznej treści licencji Lease Agreement, ani tym bardziej Zamawiający nie wskazał, dlaczego i na jakiej

podstawie w ocenie Zamawiającego postanowienia w/w licencji nie spełniają wymogu Zamawiającego.

W dniu 21 lutego 2014r.zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Technologie Informatyczne sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty z dnia 13 lutego 2014r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pisma Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy treść oferty Odwołującego pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ.

Zebrany w rozpoznawanej sprawie materiał dowodowy nie dał Izbie podstaw do przekonania, że powyższa kolizja treści złożonej oferty z treścią SIWZ występuje.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt. 1 załącznika nr 1 do SIWZ(strona pierwsza załącznika) – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określił, że Wykonawca jest zobowiązany do skalkulowania kosztów związanych z zakupem sprzętu komputerowego i oprogramowania (licencje na oprogramowanie powinny zapewnić Zamawiającemu możliwość wielokrotnego wypożyczania lub użyczenia sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, o ile jest to wymagane przez producentów oprogramowania).

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący na stronie 37 oferty złożył Kartę oferty ze wskazaniem systemu operacyjnego Microsoft Windows Professional PL 64-bit, licencja

typu OEM, niewymagający aktywacji, nieprzypisana do użytkownika z możliwością wielokrotnego wypożyczenia lub użyczenia.

Dodatkowo Izba ustaliła, że Odwołujący w ramach wyjaśnień z dnia 4 lutego 2014r. złożył ponownie oświadczenie, że dostarczone zestawy komputerowe z przeinstalowanymi przez producenta komputerów – firmę NTT System systemami operacyjnymi Microsoft Windows Professional PL 64-bit OEM będą zapewniały Zamawiającemu możliwość wielokrotnego wypożyczenia lub użyczenia sprzętu komputerowego z w/w zainstalowanym systemem operacyjnym.

Poza tym należy zauważyć, że Zamawiający podjął bezskuteczne próby uzyskania pełnej informacji dotyczącej zaoferowanego przedmiotu zamówienia u producenta oprogramowania, wysyłając do firmy Microsoft Polska pismo z dnia 7 lutego 2014r., który to podmiot nie udzielił mu jakiegokolwiek informacji.

Załączona przez Zamawiającego notatka służbowa z dnia 10 lutego 2014r. – zdaniem Izby – nie stanowi dowodu o konieczności stosowania licencji Rental Rights, lecz jest jedynie informacją pracownika Zamawiającego o przeprowadzeniu rozmowy telefonicznej z osobą z działu marketingowego Microsoft, niedającą Izbie pewności, co do wiarygodności okoliczności opisanych w tej notatce.

W ocenie Izby nie jest także pewne czy powyższy przekaz telefoniczny został pomiędzy ewentualnymi uczestnikami rozmowy telefonicznej właściwie zakomunikowany odnośnie zakresu zastosowania licencji Lease Agreement i Rental Agreement.

Wobec tego należy przyjąć, że Zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie objętym sporem.

W ocenie Izby również udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia są wystarczające w aspekcie stwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Wymaga wskazania, że wymóg Zamawiającego sformułowany w pkt. 1 załącznika nr 1 do SIWZ dotyczył zobowiązania do skalkulowania kosztów związanych z zakupem sprzętu komputerowego i oprogramowania tam wskazanego, a nie określał szczegółowo warunków umowy licencyjnej.

Izba doszła przy tym do przekonania na podstawie powyższych postanowień SIWZ, że Zamawiający wymagał w zasadzie jedynie zagwarantowania mu wielokrotnego użyczenia

sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, a nie jego wynajmowania beneficjentom na zasadzie odpłatności.

W związku z powyższym – według zapatrywania Izby – powoływanie się przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty z dnia 13 lutego 2014r. na fragment wprowadzenia do „Przewodnika Referencyjnego dla Klientów na temat Licencji Rental Right” nie było trafne, z tego powodu, że wskazane tam umowy: wynajmu, leasingu(dzierżawy), outsorsingu są umowami odpłatnymi i nie stanowią umów wypożyczenia sprzętu lub jego użyczenia, o których mowa w SIWZ.

Z powyższego wynika zatem, że powyższe informacje nie mogą mieć zastosowania w rozstrzygnięciu powyższego sporu

Poza tym Izba stanęła na stanowisku, że same wątpliwości Zamawiającego, bez realnej możliwości ich wyjaśnienia u producenta oprogramowania, w warunkach złożenia przez Odwołującego wyraźnego oświadczenia woli i wiedzy potwierdzającego zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ, nie są wystarczającą przesłanką do uznania występowania sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Należy również wskazać, że stanowisko Odwołującego można byłoby uznać za niepoprawne, gdyby Zamawiający w SIWZ, przykładowo określił swoje wymaganie poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku dostarczenia licencji Rental Rights lub równoważnych, jednak takiego wymogu nie wprowadził on do SIWZ.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....