

Sygn. akt: KIO 2087/12

WYROK

z dnia 11 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 41 g (lider konsorcjum); Mellon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,**

przy udziale wykonawcy **Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2087/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 41 g (lider konsorcjum); Mellon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 41 g (lider konsorcjum); Mellon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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:

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę i instalację tablic informacyjnych w TJO ZUS”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 czerwca 2012 r., nr 2012/S 120-199253.

W dniu 18 września 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (lider konsorcjum) i Mellon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Qumak – Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Qumak – Sekom”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 września 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 września 2012 r.) od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Qumak – Sekom w sytuacji, w której treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ,
2. prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Qumak – Sekom pomimo, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Qumak – Sekom jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Qumak – Sekom na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż oferta wykonawcy Qumak-Sekom nie zawiera oprogramowania systemu operacyjnego Microsoft Windows, które wraz z licencją należało dostarczyć w ramach zapewnienia współpracy modułu pobierającego treść do prezentacji z oprogramowaniem Scala Content Manager. Dokumentacja techniczna oprogramowania Scala Content Manager oraz informacje na stronie producenta tego oprogramowania wskazują, że oprogramowanie Scala Content Manager musi być instalowane wyłącznie na systemach operacyjnych Microsoft Windows (np. Windows 7 (32 bit), (64bit), Windows Server 2008 R2 (64 bit), Windows XP). Stąd jedynym możliwym oprogramowaniem, jakie można było dostarczyć w celu spełnienia wymagania 4 i 5, strona 5 SIWZ było oprogramowanie Microsoft Windows. Gdyby Qumak-Sekom oferował oprogramowanie Windows Microsoft musiałby wyszczególnić je w Tabeli B Formularza cenowego jako oprogramowanie licencjonowane na zasadzie nie związanej ze sprzętem - czego nie uczynił. Brak oferowania oprogramowania operacyjnego Microsoft Windows uniemożliwia spełnienie wymogu zamawiającego dostarczenia rozwiązania (w zakresie modułu pobierającego treść do prezentacji) współpracującego z oprogramowaniem Scala Content Manager. Oprogramowanie to nie może bowiem współpracować z żadnym innym oprogramowaniem poza Windows Microsoft. Oprogramowanie Microsoft Windows zgodnie z wymaganiami SIWZ nie może być oprogramowaniem związanym ze sprzętem (typu OEM). Musi być to oprogramowanie typu BOX i jako takie musiało być podane osobno w ofercie jako oprogramowanie, którego użytkowanie wymaga oddzielnego licencjonowania. Powyższe oznacza, że treść oferty wykonawcy Qumak-Sekom jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. pkt 4 i 5 str. 5 SIWZ oraz Zapisem Tabela B Formularza cenowego.

Z ostrożności odwołujący podniósł, iż gdyby wykonawca Qumak-Sekom argumentował, że licencja na system operacyjny współpracujący z oprogramowaniem Scala Content Manager jest licencją zawierającą się w cenie sprzętu - to taka argumentacja nie mogłaby zasługiwać na uwzględnienie, gdyż byłoby to równoznaczne z oferowaniem licencji związanej ze sprzętem (typu OEM), bez możliwości przenoszenia licencjonowanego oprogramowania na inny sprzęt - czego wymagał zamawiający. Zamawiający jednoznacznie (co potwierdził odpowiadając na wątpliwości wykonawców w odpowiedziach napytania do SIWZ) wykluczył możliwość zaoferowania oprogramowania typu OEM. Takiego oprogramowania nie wolno przenosić na inne komputery, ani odsprzedawać. Stąd jedynie oprogramowanie typu OEM może być zawarte w cenie sprzętu, zaś licencja na oprogramowanie w wersji zgodnej z SIWZ, tj. umożliwiającej przenoszenie na inny sprzęt (BOX) nigdy nie jest i nie może być wliczana do ceny sprzętu, gdyż nie jest z nim nierozzerwalnie związana. Licencja na system operacyjny typu BOX jest zawsze odrębnym od

sprzętu zakupem, wyszczególnianym OBOK sprzętu na fakturze producenta. Zatem, gdyby wykonawca Qumak-Sekom oferował licencję na system operacyjny serwera w cenie sprzętu - oferowałoby oprogramowanie typu OEM, wprost zakazane przez zamawiającego w SIWZ

W dniu 1 października 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania, przekazując wykonawcom.

W dniu 4 października 2012 r. (pismem z dnia 2 października 2012 r.) wykonawca Qumak – Sekom przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia i SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania”, pkt I „Przedmiot zamówienia”, ppkt 4, „Tabela nr 2 – Wymagania odnośnie modułu pobierającego treści do prezentacji” zamieścił m.in. następujące wymagania:

1. „Moduł będzie współpracował z oprogramowaniem Scala Content Manager (w wersji 5 lub wyższej) będącym elementem systemu SDIPT.
2. Wraz z modułem Wykonawca dostarczy wszystkie niezbędne licencje na oprogramowanie współpracujące z oprogramowaniem Scala Content Manger (w wersji 5 lub wyższej), w tym także licencje na system operacyjny o ile takowe będą niezbędne. Wszystkie dostarczone licencje muszą być nieograniczone w czasie.”. (str. 5 SIWZ).

Nadto w podpunkcie 10 (str. 8 SIWZ) podał, iż „Wykonawca dostarczy oprogramowanie standardowe (programowanie typu COTS – Commercial off – the – shelf –

„z półki” lub programowanie typu *open–source*, które nie może nakładać na zamawiającego obowiązków ograniczających jego komercyjne użytkowanie). (...).”.

Zamawiający w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w „Formularzu cenowym”, „Część B” (str. 28 SIWZ) zamieścił wymóg, iż „oferowane licencje (należy wypełnić w przypadku udzielenia lub przekazania licencji – dla oprogramowania którego użytkowanie wymaga oddzielnego licencjonowania)”.

Wykonawca Qumak-Sekom w złożonej ofercie („V. Formularz cenowy”, „Część B”) w kolumnie „Opis” podał „SCALA Player 5” (str. 9 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający określił w SIWZ wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym dotyczące modułu pobierającego treści do prezentacji. Jednocześnie zamawiający na potwierdzenie spełnienia przedmiotowych wymogów nie żądał złożenia jakiegokolwiek dokumentu. Dopuszczał on bowiem – co podkreślał na rozprawie – różne technologie i różne rozwiązania, nie stawiając przy tym warunku aby oprogramowaniem zapewniającym współpracę modułu pobierającego treści do prezentacji z oprogramowaniem Scala Palyer5 był tylko i wyłącznie system Microsoft Windows. Zamawiający żądał bowiem określonego rozwiązania, którego szczegółowe dane techniczne – czego i odwołujący nie kwestionował - będą przedstawione dopiero na etapie realizacji zamówienia. Potwierdzeniem spełnienia postawionych w SIWZ przez zamawiającego wymogów było jedynie oświadczenie zawarte w treści formularza ofertowego (pkt IV „Oświadczenia”, ppkt 3). Natomiast w formularzu ofertowym („Formularz cenowy”) wykonawcy zobowiązani byli podać oferowane licencje wraz z ich ceną i taką informację wykonawca Qumak-Sekom w treści swej oferty zamieścił. Brak w treści formularza ofertowego wskazania informacji o zaoferowaniu systemu Microsoft Windows nie przesądza o tym, iż wykonawca ten nie spełnił wymogu z punktu 4 i 5 tabeli nr 2 (str. 5 SIWZ), gdyż – jak podniósł na rozprawie przystępujący Qumak-Sekom – zamawiający dopuścił dostarczenie oprogramowania standardowego typu *open source* (oprogramowania o trwałym kodzie źródłowym) i takie oprogramowanie (oprogramowanie Linux) on zaoferował. Oprogramowanie to nie zostało wyspecyfikowane w części B „Formularza cenowego”, gdyż jest oprogramowaniem darmowym. Nadto z dokumentu przedłożonego przez tego wykonawcę na rozprawie, stanowiącego *know – how* tego wykonawcy, jednoznacznie wynika, iż oferowane przez niego rozwiązanie ma możliwość współpracy z oprogramowaniem Scala Player5. Tym samym zarzut odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony oraz uczestników postępowania, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: