

**WYROK**

**z dnia 12 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Ascen Sp. z o.o. 02-511 Warszawa, ul. Belgijska 11 oraz**

**Matic Sp. z o.o. 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Urząd do Spraw Cudzoziemców**

**00-564 Warszawa, ul. Koszykowa 16**

przy udziale wykonawcy **ESAProjekt Sp. z o.o. 41-506 Chorzów, ul. Długa 1-3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Urzędowi do Spraw Cudzoziemców powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez ESAProjekt Sp. z o.o.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Urząd do Spraw Cudzoziemców 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 Ascen Sp. z o.o. i Matic Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od Urzędu do Spraw Cudzoziemców na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ascen Sp. z o.o. i Matic Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Urząd do Spraw Cudzoziemców prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie oraz uruchomienie w Urzędzie do Spraw Cudzoziemców i Ministerstwie Spraw Wewnętrznych hurtowni danych do Systemu Pobyt v.2.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ascen Sp. z o.o. i Matic Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty ESAProjekt Sp. z o.o., której treść jest w oczywisty sposób niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie za ofertę najkorzystniejszą oferty, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, odrzucenie oferty ESAProjekt Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że oferta ESAProjekt Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, tabela 9. „Wymagania systemowe”, zamawiający wymaga dostarczenia oprogramowania do wirtualizacji zgodnego z oprogramowaniem użytkowanym przez zamawiającego, tj. VMware vSphere 5 Enterprise Plus.

W załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 1., zamawiający określił, iż specyfikacja dostaw i usług powinna zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej instalacji i eksploatacji systemu, nawet jeśli nie są one wymienione w specyfikacji.

Jak wynika z oferty ESAProjekt Sp. z o.o. – z formularza cenowego, który w tabeli 1. wyszczególnia listę dostarczanych licencji, a w tabeli 3. listę elementów infrastruktury sprzętowej, oraz z opisu oferowanego oprogramowania, wykonawca nie uwzględnił

oprogramowania wirtualizacyjnego, tj. oferta nie obejmuje oprogramowania do wirtualizacji zgodnego z oprogramowaniem VMware vSphere 5 Enterprise Plus. Ten brak zauważył również zamawiający, który zobowiązał ESAProjekt Sp. z o.o. do wskazania, czy uwzględniła w swojej ofercie dostarczenie licencji oprogramowania na wirtualizację VMware vSphere 5 Enterprise Plus dla sprzętu serwerowego, który będzie dostarczany w ramach realizacji zamówienia.

ESAProjekt Sp. z o.o. udzieliła wyjaśnień, w których oświadczyła, że licencje te wchodzi w skład dostarczanego pakietu Comarch Data Warehouse Manager ujętego w ofercie, na dowód czego przekazała dokument otrzymany od firmy Comarch, która wskazała, iż „udzielana licencja na oprogramowanie Comarch Data Warehouse Manager zakłada wraz z dostarczeniem licencji na oprogramowanie autorstwa Comarch także dostarczenie licencji na oprogramowanie VMware vSphere 5 Enterprise Plus, na potrzeby zakładanej w ramach oferty ESAProjekt instalacji.”

Jednak wbrew twierdzeniom ESAProjekt Sp. z o.o. Comarch nie złożył oświadczenia, iż w ramach licencji Comarch DWM automatycznie uwzględniono licencję VMware vSphere 5 Enterprise Plus, czyli że sam fakt zaferowania zamawiającemu licencji Comarch DWM równoznaczny jest z zaferowaniem również licencji VMware vSphere 5 Enterprise Plus. Wręcz przeciwnie, wynika, że Comarch przyjął założenie, iż dla potrzeb realizacji zamówienia wraz z licencją Comarch Data Warehouse niezbędne jest dostarczenie również licencji VMware. Aby po stronie ESAProjekt Sp. z o.o. powstało zobowiązanie dostarczenia zamawiającemu licencji VMware vSphere 5 Enterprise Plus, musiałaby ona zostać wprost wymieniona w ofercie. W ofercie ESAProjekt Sp. z o.o. znajduje się szczegółowy opis oprogramowania Comarch Data Warehouse Manager i funkcji, jakie to oprogramowanie realizuje, nieuwzględniający w żadnym stopniu oprogramowania do wirtualizacji wymaganego przez zamawiającego.

Dodatkowo w swojej ofercie ESAProjekt Sp. z o.o. złożyła dwa oświadczenia wzajemnie się wykluczające, które uniemożliwiają przyznanie przez zamawiającego punktacji w kryterium „ocena funkcjonalności”. Wykonawca, w celu umożliwienia przyznania punktów w tym kryterium miał wypełnić formularz wymagań funkcjonalnych. Formularz ten należało wypełnić zgodnie z instrukcją określoną w punkcie 13.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którą „w przypadku gdy oferowany system spełnia daną funkcjonalność w standardzie należy, w kolumnie „STD”, wpisać 1, natomiast w kolumnie „MDF” wpisać 0. Jeżeli dana funkcjonalność zostanie dostarczona w wyniku modyfikacji systemu, w kolumnie „MDF” należy wpisać 1 natomiast w kolumnie „STD” wstawić wartość 0. Umieszczenie zapisu 1 w kolumnie „MDF” jest równoznaczne z zapewnieniem zamawiającemu modyfikacji systemu o daną funkcjonalność w ramach oferty.”

Wobec powyższego wykonawcy mieli możliwość zaoferowania w ramach realizacji zamówienia albo systemu z gotowymi funkcjonalnościami albo systemu, który w ramach modyfikacji uzyska oczekiwane przez zamawiającego funkcjonalności. Za zaoferowanie funkcji jako standardowej lub w wyniku modyfikacji można było uzyskać odmienną liczbę punktów.

W odpowiedzi na pytanie 28. z 27 sierpnia 2013 r. zamawiający doprecyzował, jak należy rozumieć określenia funkcjonalność standardowa oraz modyfikacje i jak w związku z tym należy wypełnić formularz. (Pytanie: Jak rozumieć spełnienie potrzeb statystycznych (raportowych) Urzędu i MSW w zakresie raportowym w kontekście STD – funkcjonalność dostarczona w standardowej wersji systemu MDF – funkcjonalność dostarczona w wyniku modyfikacji systemu. Czy Zamawiający zakłada, iż potrzeby statystyczne Urzędu i MSW wymienione w tabeli „1. Potrzeby statystyczne Urzędu i MSW” w zakresie BI. 4.1 – BI.4.99 należy rozumieć jako raporty, który wykonawca powinien zrealizować w ramach zlecenia? Jeśli tak to czy realizację wymienionych raportów przez wykonawcę w ramach zlecenia na zaimplementowanych wcześniej strukturach HD w opinii zamawiającego można uważać, jako funkcjonalność standardową dostarczonego systemu?” Odpowiedź: „Zamawiający nie wymaga od Wykonawcy dostarczenia w standardzie systemu wymienionych statystyk. Potrzeby statystyczne urzędu należy rozumieć jako raporty, które Wykonawca powinien zrealizować w ramach zlecenia zgodnie z wskazówkami Zamawiającego. Jeśli wymienione przez Zamawiającego raporty nie są dostępne w standardowej wersji systemu to należy je traktować jako MDF – funkcjonalności dostarczone w wyniku modyfikacji systemu”.

ESAProjekt Sp. z o.o. w formularzu wymagań funkcjonalnych dla BI oznaczyło statystyki (wymagania od BI.4.1 do BI4.99) jako funkcjonalność dostarczaną w standardowej wersji systemu, a zamawiający przyznał temu wykonawcy punkty jak za zaoferowanie statystyk w standardowej wersji systemu.

W ofercie ESAProjekt Sp. z o.o. w opisie oferowanego oprogramowania brak jest opisu funkcjonalności odnoszących się do wymagań z grupy „Statystyki”, opisane są jedynie funkcjonalności „narzędziowe”, a przykłady analizy zobrazowane zostały na danych sprzedażowych, które są zupełnie nieadekwatne i nie występują w statystykach, raportach i analizach wymaganych przez zamawiającego. Zatem wymienione przez zamawiającego raporty nie są dostępne w standardowej wersji systemu.

Taki wniosek wynika też z przedstawionej przez ESAProjekt Sp. z o.o. koncepcji „Organizacja prac i metodyka wdrożenia”, w której wskazano, że „na hurtowni zostaną zbudowane predefiniowane raporty, analizy i widgety przy użyciu narzędzi raportowych takich jak: Comarch Web Report Book oraz Repos Portal i Edytor Szablonów”. Koncepcja taka została również potwierdzona w harmonogramie projektu, w którym w ramach etapu III wskazano zadanie „Utworzenie raportów standardowych”.

W związku z tym ESAProjekt Sp. z o.o. nieprawidłowo wypełniła formularz służący ocenie funkcjonalności dla niektórych wymagań BI 4.1 - BI 4.99.

Niedostarczenie wymienionych statystyk w standardzie systemu, ale w ramach prac dostosowawczych, zostało dopuszczone przez zamawiającego, ale wymagało innego wypełnienia formularza służącego ocenie funkcjonalności. Świadczy o tym odpowiedź zamawiającego z 27 sierpnia 2013 r. na pytanie nr 11: (Pytanie: „W związku z pkt 1 Potrzeby statystyczne Urzędu i MSW – Załącznik nr 9 do SIWZ: zgodnie z przedmiotem zamówienia Wykonawca ma m.in. zaprojektować i wykonać hurtownię danych do Systemu Pobyt v.2. W jaki sposób Wykonawca miałby posiadać w standardzie systemu, który ma dopiero zaprojektować i wykonać, wymienione statystyki?...” Odpowiedź: „Zamawiający wyjaśnia, że nie wymaga od Wykonawcy dostarczenia w standardzie systemu wymienionych statystyk. Funkcjonalności wymienione w załączniku 9 mogą zostać dostarczone w standardzie lub ramach modyfikacji systemu. Zgodnie z Kryteriami oceny ofert: „Jeżeli dana funkcjonalność zostanie dostarczona w wyniku modyfikacji systemu, w kolumnie „MDF” należy wpisać 1 natomiast w kolumnie „STD” wstawić wartość 0. Umieszczenie zapisu 1 w kolumnie „MDF” jest równoznaczne z zapewnieniem Zamawiającemu modyfikacji systemu o daną funkcjonalność w ramach oferty”.

Ponieważ każda próba wyjaśnienia tej niezgodności w treści oferty prowadziłaby do nieuprawnionej zmiany oferty, należy ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uznanie przez zamawiającego, że ESAProjekt Sp. z o.o. zaoferowała moduł oprogramowania statystyki jako „MDF” prowadziłoby do tego, że to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu., gdyż odwołujący otrzymałby 93,35 pkt, a ESAProjekt Sp. z o.o. 89,96 pkt.

W załączniku nr 12 zamawiający określił wymagania w zakresie licencji dla systemu, w tym, iż „Wykonawca udziela ZAMAWIAJĄCEMU niewyłącznej Licencji na System na czas nieokreślony umożliwiającą jednoczesną pracę nieograniczonej liczbie użytkowników Systemu”.

ESAProjekt Sp. z o.o. wyszczególniła oferowane licencje w ramach formularza cenowego „Tabela 1. Cena licencji Systemu”. Wśród oferowanych licencji znajdują się pozycje: Microsoft SQL Server Standard Edition Runtime 2012, 10 licencji per user i WindSrvCAL 2012 Single OLP NLUsrCAL, 10 licencji per user firmy Microsoft. Obie pozycje zaoferowane są w modelu licencyjnym na użytkownika, dla 10 użytkowników.

Jest to sprzeczne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z wyjaśnieniami zamawiającego na pytania nr 14 i 24 z 27 sierpnia 2013 r.

Niezgodność tę dostrzegł również zamawiający, który wezwał ESAProjekt Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowana forma licencjonowania systemu „per user” spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wymaganie określone w projekcie umowy licencyjnej, tj. „Wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłączonej licencji na system na czas nieokreślony umożliwiającą jednoczesną pracę nieograniczonej liczbie użytkowników systemu?”

W odpowiedzi ESAProjekt Sp. z o.o. wskazała, że wzmiankowane licencje są nadmiarowe, ponieważ dotyczą środowiska testowego. Takie stanowisko jest nieuzasadnione wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z pkt 8 w zał. nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca ma dostarczyć środowisko testowe włączając w to sprzęt, licencje i instalację systemu. Dostarczenie licencji na środowisko testowe jest więc obligatoryjne, a nie dodatkowe. Za nieuprawniony uznać należy wniosek, iż w zakresie oprogramowania dla środowiska testowego wykonawcy mieli uprawnienie do przyjęcia innego niż opisane w zał. nr 12 do specyfikacji zasady licencjonowania. Zatem zaproponowanie zasad licencjonowania per user, a nie nieograniczonych, należy uznać za niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo zaoferowanie 10 licencji na użytkownika istotnie wpłynęło na wartość oferty. Gdyby bowiem wykonawca zaoferował licencje na serwer takie same, jak zaoferował dla środowiska produkcyjnego, cena oferty byłaby wyższa o 223.306 zł i w konsekwencji oferta ESAProjekt Sp. z o.o. nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Ponadto w ofercie ESAProjekt Sp. z o.o. zaoferowano licencje WinSvrStd 2012 SNGL OLP NL (środowisko produkcyjne, poz. 4). Produkty Windows Server 2012, zgodnie z zasadami licencjonowania Microsoftu, dla prawidłowego i zgodnego z prawem korzystania ich użytkownika wymagają posiadania dodatkowych licencji CAL dla każdego, tzw. wewnętrznego, użytkownika lub urządzenia uzyskującego dostęp do serwera. ESAProjekt Sp. z o.o. nie zaoferowała takich dodatkowych licencji CAL na oprogramowanie Windows Server 2012, co w konsekwencji doprowadzi do naruszenia warunków licencji przez zamawiającego w toku korzystania z oprogramowania Windows Server 2012 (WinSvrStd 2012 SNGL OLP NL). Ponadto, jak wynika z zasad licencjonowania Microsoft dla produktów Windows Server 2012, w celu dostępu do serwera przez użytkowników tzw. zewnętrznych niezbędny jest dodatek External Connector. W ofercie ESAProjekt Sp. z o.o. dodatek ten nie został zaoferowany, a zatem wbrew wymaganiom zamawiającego z zaoferowanego przez systemu nie będą mogli korzystać również „pracownicy MSW, urzędów wojewódzkich, Straży Granicznej oraz innych organów uprawnionych do dostępu do Systemu Pobyt”, gdyż według zasad licencjonowania Microsoft zewnętrznymi użytkownikami wymagają dodatku External Connector („WinSvrExtConn 2012”). Zatem oferta ESAProjekt Sp. z o.o. nie zawiera

wszystkich elementów niezbędnych do prawidłowej instalacji i eksploatacji systemu i jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając wyjaśnienia ESAProjekt Sp. z o.o. oraz powyższe zasady licencjonowania oczywistą niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest również brak dla środowiska testowego licencji serwerowej do poz. 6. w tabeli 1., wykonawca nie zapewnił licencji serwerowej Windows Server 2012 („WinSvrStd 2012”).

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż nie wskazywał, w jaki sposób system ma zostać wykonany, a wykonawcy mogli korzystać z oprogramowania gotowego lub własnego. Zamawiający nie zawarł również wymogów dotyczących stopnia szczegółowości opisu systemu. Wykonawcy mieli złożyć oświadczenie o zgodności systemu z wymaganiami specyfikacji i przystępujący takie oświadczenie złożył. Zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie i uzyskał odpowiedź, że w ramach ceny jednego z elementów ujęte zostało również oprogramowanie dotyczące wirtualizacji. Zamawiający nie miał powodów, by uznać, że oświadczenie to jest niewiarygodne. Nie brał też pod uwagę innej treści oferty niż pierwotnie złożona. Z treści oferty i oświadczenia firmy Comarch nie wynika, że wykonawca ten ma zamiar sprzedać oprogramowanie VMware pod własną nazwą lub zintegrować je z własnym oprogramowaniem, nie ma też dowodu, że ESAProjekt Sp. z o.o. i Comarch nie mogły się tak umówić. Co do ceny tego oprogramowania – odwołujący nie podniósł zarzutu rażąco niskiej ceny. Zamawiający przewidział jedną płatność po odbiorze końcowym, więc rozbieżność ceny na produkty nie ma znaczenia.

Odwołujący nie wskazał błędów w ofercie ESAProjekt Sp. z o.o., są w niej zawarte wszystkie informacje (dokumenty), których wymagał zamawiający, a pomiędzy częściami oferty nie ma sprzeczności. Odwołujący również nie opisał oferowanego oprogramowania w pełnych szczegółach – nie wskazał oprogramowania do wirtualizacji, a w formularzu cenowym ujął je w sprzęcie.

Odwołujący nie wykazał, że ESAProjekt Sp. z o.o. nie ma raportowania w standardzie. Zaoferowane przez odwołującego oprogramowanie ADH Cudzoziemiec również korzysta z oprogramowania zewnętrznego, np. firmy Microsoft. ESAProjekt Sp. z o.o. w swojej ofercie w zakresie raportowania również opiera się na gotowych rozwiązaniach projektowych. Odwołujący i przystępujący korzystają z podobnego mechanizmu.

Zamawiający wskazał na str. 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którą podstawą oceny wymagań będzie ich wskazanie przez wykonawcę jako standardowych lub modyfikowanych w formularzu wymagań, który stanowił zał. nr 9. Zarzut odwołania opiera się na założeniu, że oferowane oprogramowanie nie posiada tej funkcjonalności w standardzie. Standard nie dotyczy jednak tego, że oprogramowanie ma



wprost generować raporty dotyczące danych wymienionych na str. 11 i następnych opisu przedmiotu zamówienia, lecz jako możliwość tworzenia raportów, które zawierają odpowiednią ilość możliwych wyborów. Wszyscy wykonawcy standard zrozumieli tak samo, gdyż na sześć złożonych ofert tylko jeden wykonawca funkcjonalność tę uznał za modyfikację, a większość wykonawców bazuje na oprogramowaniu raportowym ogólnym, a nie dotyczącym wprost cudzoziemców.

W zarzucie dotyczącym licencji odwołujący oparł się na treści załącznika nr 12 do umowy, który dotyczy licencji udzielanej przez wykonawcę, która miała obejmować całość systemu. Zamawiający nie postawił żadnych innych wymagań dla środowiska testowego. Środowisko testowe wchodzi w zakres systemu. Wykonawca w ofercie oświadczył, że udziela licencji na cały system i że system jest wolny od wad prawnych, zatem spełnił wymagania zamawiającego. Zamawiający nie wymagał, aby liczba użytkowników była nieograniczona dla środowiska testowego i nieograniczona dla środowiska produkcyjnego, zatem nieograniczona dla środowiska produkcyjnego plus 10 licencji dla środowiska testowego to wciąż nieograniczona liczba użytkowników. ESAProjekt Sp. z o.o. jako jedyna w swojej ofercie przewidziała wyróżnienie środowiska testowego nie tylko wirtualnie, ale i hardware'owo, zatem poprawnie przydzieliła dodatkowe licencje. Zamawiający przewiduje testowanie przez pięciu użytkowników, w przyszłości liczba ta może się zmienić.

Zarzuty odwołania wskazują, że odwołujący przewiduje tylko jeden sposób wykonania usługi przez ESAProjekt Sp. z o.o., jednak z informacji Microsoft dotyczących licencjonowania oprogramowania Windows Server 2012 wynika, iż sposób licencjonowania licencjami CAL przewiduje wyjątki, zatem można umówić się z Microsoftem w inny sposób. Z projektu umowy licencyjnej przygotowanego przez przystępującego wynika, że licencja będzie dotyczyła nieokreślonej liczby użytkowników. Zwraca uwagę, że licencje CAL są przyznawane zawsze na określonego, nazwanego użytkownika, więc ze swojej istoty nie mogą dotyczyć nieograniczonej liczby użytkowników. Nie wiadomo, czy użytkownicy zewnętrzni w systemie zamawianym przez zamawiającego są traktowani jako użytkownicy, dla których konieczna jest licencja External Connector. Odwołujący sam wskazał, iż system może działać również bez licencji CAL, zatem zamawiający mógł przyjąć, że rozwiązanie przyjęte przez ESAProjekt Sp. z o.o. jest poprawne. Zamawiany system został opisany pod konkretne potrzeby zamawiającego. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał na docelowo 100 użytkowników.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiła ESAProjekt Sp. z o.o.

Zdaniem przystępującego oprogramowanie do wirtualizacji VMware vSphere 5 Enterprise Plus zostało przez przystępującego zaoferowane. Zamawiający nie narzucił wykonawcom konkretnego sposobu skonstruowania oferty, dopuszczalne więc było wykazanie w wykazie

zaoferowanego oprogramowania komponentów programistycznych oferowanych i dostarczanych w ramach jednego produktu, jak pakiet Comarch Data Warehouse Manager dostarczany przez Comarch S.A. Comarch S.A. posiada status partnera IBM oraz VMware, przez co może uzyskać korzystne warunki handlowe na dystrybucję produktów VMware. Pakiet ten, łącznie określony jako Comarch Data Warehouse Manager, został zaoferowany przystępującemu przez Comarch S.A., a następnie zaoferowany przez przystępującego zamawiającemu, co przystępujący wyjaśnił na wezwanie zamawiającego. Comarch S.A. wyraźnie oświadczył, że wraz z udzieleniem licencji na oprogramowanie Comarch Data Warehouse Manager dostarczona zostanie także licencja na oprogramowanie VMware vSphere 5 Enterprise Plus.

Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty przystępującego w zakresie kryterium „Ocena funkcjonalności”. Oświadczenia złożone w ofercie przystępującego są spójne i jednoznaczne. Jak wskazał zamawiający, oznaczenie „STD” należy rozumieć jako posiadanie przez oferowane oprogramowanie określonej funkcjonalności oprogramowania w standardzie, natomiast oznaczenie „MDF” jako zobowiązanie wykonawcy do opracowania określonej funkcjonalności oprogramowania na etapie realizacji umowy. W załączniku nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił wymagania dla funkcjonalności tego oprogramowania. Funkcjonalności oprogramowania w odniesieniu do modułu statystyki to te funkcje oprogramowania, które umożliwiają wytworzenie dokumentów statystycznych (raportów). Oprogramowanie oferowane przez przystępującego posiada taką funkcjonalność w standardzie, stąd zasadne było oznaczenie tej funkcjonalności jako „STD”. Zamawiający nie określił natomiast, że oznaczenie „STD” może być zastosowane w sytuacji, gdy oprogramowanie posiada w standardzie gotowe statystyki (raporty). Fakt, iż interpretacja postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana przez zamawiającego i przystępującego jest prawidłowa, wynika z odpowiedzi na pytanie 28. i 29. z 27 sierpnia 2013 r. Zamawiający podkreślił, że wykonawca na etapie analizy przedwdrożeniowej w ramach przedmiotu zamówienia zobowiązany będzie do zaprojektowania hurtowni danych i raportów. Same raporty mają być zatem zaprojektowane na etapie realizacji umowy i tak należy interpretować odpowiedź na pytanie nr 28. Nielogiczne byłoby bowiem twierdzenie, że zamawiający zamierzał przyznawać dodatkowe punkty za cechę oprogramowania, której nie wykorzysta w ramach jego wdrożenia i eksploatacji.

Przystępujący prawidłowo zatem oznaczył w ofercie, że oferowane oprogramowanie spełnia wymagania funkcjonalne pozwalające na wytworzenie wszystkich statystyk zdefiniowanych przez zamawiającego. Opis oferowanego oprogramowania zawiera opis modułu Repos Edytor Szablonów, który jest rozwiązaniem pozwalającym na budowanie raportów oraz tworzenie na ich podstawie parametryzowanych szablonów do późniejszego wielokrotnego

wykorzystania. Moduł ten pozwala na łatwe i wygodne zarządzanie wyglądem i układem raportu oraz na swobodne podłączanie wybranych źródeł danych.

Ocena oferty przystępującego jest zatem prawidłowa. Ze względu na to, że istniała możliwość zaoferowania tej funkcjonalności jako „MDF”, zamawiający nie miałby podstaw, aby odrzucić ofertę przystępującego, nawet w przypadku, gdyby istotnie oprogramowanie nie posiadało wskazanej funkcjonalności w standardzie.

Zaoferowanie przez przystępującego limitowanych licencji na korzystanie z oprogramowania Microsoft SQL Server i Windows 2012 Server jest prawidłowe i wynika z analizy wymagań zamawiającego. W wyjaśnieniach z 4 października 2013 r. przystępujący wskazał, że są to licencje dodatkowe obok wymaganej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia licencji na system i są dostarczane wyłącznie w zakresie środowiska testowego.

Zamawiający nie zdefiniował wymagań dla środowiska testowego, oprócz punktu 8. załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym: „Zamawiający wymaga by Wykonawca dostarczył środowiska testowe włączając w to sprzęt, licencje i instalacje Systemu”.

Środowisko testowe charakteryzuje się innymi wymaganiami niż środowisko produkcyjne, zatem bezcelowe byłoby dostarczenie dla celów testowych licencji dla nieograniczonej ilości osób wyłącznie w celu testów, które przeprowadzone są przez krótki czas i określone grono testerów, przy wsparciu konsultantów wykonawcy. Niezasadne jest zatem twierdzenie odwołującego, iż wymagania załącznika nr 12 mają zastosowanie również do licencji dostarczanych w ramach środowiska testowego. W załączniku tym zamawiający wymaga bowiem, aby licencje były nieograniczone czasowo, co w oczywisty sposób nie powinno dotyczyć licencji testowych, udzielanych na czas przeprowadzania testów.

Licencje MS SQL Server i Windows 2012 Server nie są przeznaczone dla zamawiającego, lecz dla pracowników wykonawcy, którzy będą wspierać zamawiającego w przeprowadzaniu testów systemu, zgodnie z § 7 ust. 5 lit. h) wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do asysty w czasie testów akceptacyjnych, podczas której będzie w szczególności na bieżąco instruował uczestników testów o sposobie realizacji poszczególnych scenariuszy testowych oraz przygotowywał raporty z testów.

Zamawiający natomiast może korzystać w celu testowania z całości oprogramowania składającego się na zaoferowany system na podstawie licencji przewidzianych w pozostałych pozycjach tabeli umieszczonej w formularzu ofertowym przystępującego.

Zamawiający nie będzie naruszać warunków licencjonowania oprogramowania Windows Server 2012 w przypadku korzystania z oprogramowania WinSrvStd 2012 SNGL OLP NL, które zostanie dostarczone przez przystępującego. Istotnie, zasadniczo w celu korzystania z oprogramowania Windows Serwer 2012 przez użytkowników każdy z nich powinien

posiadać odrębną licencję Client Access License, tzw. CAL, która pozwala użytkownikom na korzystanie z oprogramowania zainstalowanego na serwerze, przeznaczonego do obsługi tego serwera. Wykonawcy nie byli jednak zobowiązani do zaoferowania dodatkowych licencji CAL, ponieważ zgodnie z treścią „Opisu aktualnie istniejącego środowiska” zamawiający posiada platformę Windows Server w wersji Datacenter oraz dostęp do usługi katalogowej Active Directory, służącej do autentykacji wszystkich użytkowników domeny. Informacje te oznaczają, że zamawiający posiada licencje dostępowe CAL dla wszystkich swoich obecnych i ewentualnych przyszłych pracowników. Zbędne było zatem zaoferowanie wymienionych przez odwołującego licencji w ramach niniejszego zamówienia, ponieważ jedna licencja CAL daje dostęp do wszystkich serwerów w organizacji.

Warunki licencjonowania oprogramowania Windows Server nie umożliwiają przekazania zamawiającemu licencji dla nieograniczonej liczby użytkowników, co wynika to z natury tej licencji – jest to licencja dla użytkownika, a więc każdy użytkownik powinien posiadać licencję dostępową CAL.

Zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oparcie dostarczanego rozwiązania o platformę Windows Serwer. Zaoferowana przez przystępującego platforma systemowa jest zatem oparta o rozwiązanie wyraźnie przewidziane przez zamawiającego, które jednocześnie nie umożliwia udzielenia licencji CAL na nieograniczoną ilość użytkowników. Interpretacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaprezentowana przez odwołującego musiałaby zatem prowadzić do uznania, że zamawiający sformułował wymagania wzajemnie sprzeczne, niemożliwe do wykonania.

Nie było także konieczne zaoferowanie w niniejszym postępowaniu dodatku External Connector, który faktycznie umożliwia dostęp do serwera dla użytkowników zewnętrznych, jednak osiągnięcie tego celu umożliwia także zastosowanie innych rozwiązań, w tym poprzez uzyskanie licencji CAL. Z informacji zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że użytkownicy zewnętrzni posiadają już dostęp do Systemu Pobyt (str. 29 opisu przedmiotu zamówienia, pkt PTW.01.: „System hurtowni danych będzie obsługiwał docelowo około 100 użytkowników – pracowników Urzędu, MSW, urzędów wojewódzkich, Straży Granicznej oraz innych organów uprawnionych do dostępu do Systemu Pobyt w tym około 6 użytkowników kokpitów menadżerskich”. Zaoferowanie i dostarczenie External Connector w niniejszym postępowaniu nie było zatem potrzebne.

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

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

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W zakresie zarzutu związanego z wymogiem zaoferowania programu do wirtualizacji kompatybilnego z posiadanym przez zamawiającego VMware vSphere 5 Enterprise Plus bezsporne jest, iż przystępujący nie wymienił takiego oprogramowania w formularzu cenowym ani nie wskazał w „Opisie oferowanego oprogramowania”. Na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie oświadczył, iż zaoferował oprogramowanie VMware vSphere 5 Enterprise Plus w ramach pakietu z oprogramowaniem Comarch Data Warehouse Manager, które zostało wskazane w formularzu cenowym.

Z opisu oprogramowania Comarch Data Warehouse Manager zawartego w prospekcie producenta oraz z oświadczenia Comarch S.A. wynika, iż oprogramowanie Comarch Data Warehouse Manager obejmuje możliwość współdziałania z VMware vSphere 5 Enterprise Plus i, jeśli są oferowane razem, można uznać je za pakiet. Tym samym można uznać, iż w pozycji „Data Warehouse Manager” produkcji Comarch mogło być ujęte oprogramowanie Data Warehouse Manager wraz z VMware vSphere 5 Enterprise Plus.

Z samej oferty nie wynikają wprost okoliczności przeciwne, gdyż przystępujący co prawda nie wymienił VMware vSphere 5 Enterprise Plus ani w formularzu cenowym, ani w opisie, ale jest też oczywiste, że zamierzał zaoferować oprogramowanie do wirtualizacji – bez niego bowiem oferta podlegałaby odrzuceniu. Zatem – w zakresie przedmiotu zamówienia – można uznać to za lukę w opisie oferowanego przedmiotu, którą mogą wypełnić wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie i zapewnienie, że dane oprogramowanie zostało zaoferowane.

Pozostaje jednak kwestia ceny owego oprogramowania. Za licencję Data Warehouse Manager (z ewentualnymi licencjami VMware) przystępujący zaoferował cenę 24.600 zł, gdy tymczasem według odwołującego, cena samych licencji VMware vSphere 5 Enterprise Plus to ok. 88.000 złotych. Przystępujący ani zamawiający nie wskazali innej wartości tych licencji.

Zatem można założyć, iż cena tej pozycji jest zaniżona. W konsekwencji należy sprawdzić, jak owo zniżenie wpływa na globalną cenę oferty, co powoduje przejście do zagadnienia ceny rażąco niskiej, a tym samym wyjście poza zarzuty niniejszego odwołania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oceny punktowej funkcjonalności raportowania należy przede wszystkim zwrócić uwagę, iż zamawiający – w zakresie raportowania – nie wskazał

wykonawcom wprost, do jakiej sytuacji odnosi się „standard” czy też „zmodyfikowanie” oprogramowania, tj. czy standardem jest już posiadanie przez program gotowej funkcji odnoszącej się do cudzoziemców, czy też samej funkcji raportowania, która jest standardowa sama w sobie, ale którą trzeba dopiero dostosować do przetwarzania danych dotyczących cudzoziemców.

Tej kwestii dotyczyły też pytania wykonawców. Z logicznego punktu widzenia, nie wskazywaliby oni na brak standardu (pytanie 11. z 27 sierpnia 2013 r.), gdyby za standard uznawali samo już gotowe oprogramowanie do raportowania, a nie oprogramowanie dostosowane do zagadnienia cudzoziemców. Podobnie pytanie 28. z 27 sierpnia 2013 r. wskazuje, iż wykonawcy zastanawiali się, czy gotowe oprogramowanie raportowe przeznaczone do dostosowania do danego przedmiotu, uznać za standardowe.

W swoich odpowiedziach zamawiający nie wskazał rozwiązania tej kwestii wskazując jedynie, że nie wymaga zaoferowania rozwiązania standardowego. Z odpowiedzi tych nie wynika też, żeby zamawiający odróżniał funkcjonalność raportowania od samych raportów (jak wskazywał przystępujący).

Analiza udzielonych odpowiedzi (11. i 28. z 27 października 2013 r.) pozwala jednak na stwierdzenie, że zamawiający za standard uznawał raczej gotową funkcjonalność dotyczącą już konkretnie cudzoziemców. Inaczej na argument o braku programów standardowych wskazałby na fakt istnienia na rynku takich programów, a nie możliwość modyfikacji.

Mimo tego należy zwrócić uwagę, iż analiza ta jest dokonywana już w momencie, kiedy na tle udzielonych odpowiedzi powstał spór w tym zakresie, a i tak trudno jednoznacznie określić, jak powinna być zakwalifikowana gotowa funkcjonalność raportowania, ale nie nakierowana na cudzoziemców. Trudno więc zarzucać wykonawcom, iż oferty są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli treść tej specyfikacji, a zwłaszcza odpowiedzi na pytania, jest trudna do rozszyfrowania.

Natomiast co do samej kwestii oceny ofert w kryterium funkcjonalności – należałoby wyjaśnić z poszczególnymi wykonawcami, jakie rozwiązania oznaczyli jako „standard” i „modyfikację”, alby jednakowo (równy) ocenić ich oferty.

Co prawda co do zasady zamawiający powinien unikać korekty ofert w zakresie, w jakim są oceniane w poszczególnych kryteriach, ale w tym przypadku ze względu na niejednoznaczność specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwa byłaby korekta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pomiędzy określeniem, czy funkcja jest standardowa, czy będzie wynikać z modyfikacji.

Co do zarzutów odnoszących się do niewystarczającej liczby licencji na oprogramowanie Microsoft Izba uznała wyjaśnienia przystępującego, iż oferowanych 10 licencji na Edition Runtime 2012 License 1 Client i WinSvrCAL 2012 SNGL OLP NL UstrCAL wykracza poza

wymagania zamawiającego dotyczące przedstawienia licencji dla jego pracowników i pracowników urzędów zewnętrznych, gdyż dotyczy dodatkowych licencji dla testerów-pracowników przystępującego, a liczba testerów mieści się w liczbie użytkowników środowiska produkcyjnego.

Nie zmienia to jednak faktu, iż zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego, nie zaoferował on licencji Microsoft pozwalających na nieograniczony dostęp użytkowników do systemu. Przystępujący uznał bowiem, że zamawiający, posiadając dotychczasowy system, posiada już licencje dla użytkowników zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych.

Jednak należy wskazać, że niezależnie od już posiadanych licencji i czy są one wystarczające (brak jest konkretnych informacji o posiadanych licencjach, a w szczególności licencjach dla użytkowników zewnętrznych), zamawiający w swoich wymaganiach wyraźnie wskazał, że wykonawcy mają dostarczyć mu licencje na nieograniczoną liczbę użytkowników na całość oprogramowania. Wynika to jednoznacznie z odpowiedzi na pytania 10., 14., 24. i 30. z 27 sierpnia 2013 r. oraz pytanie 4. z 30 sierpnia 2013 r. Zapytania te ewidentnie odnoszą się do takiego oprogramowania i takich licencji, które są zakupowane od innych producentów, takich jak Microsoft, Oracle, IBM itd. Pomimo wskazania na te okoliczności zamawiający za każdym razem podkreślał konieczność zaoferowania licencji na nieokreśloną liczbę użytkowników. Wykonawca nie mógł więc samowolnie ograniczyć swojej oferty.

Zgodnie z obliczeniami odwołującego miało to też znaczący wpływ na wysokość ceny oferty, gdyż same brakujące licencje Microsoft dla użytkowników wycenił na ponad 200 tys. złotych. Co do twierdzenia przystępującego, iż ze względu na zasady licencjonowania Microsoft, niemożliwe było zaoferowanie licencji dla nieograniczonej liczby osób, dlatego tak rozumiane świadczenie byłoby niemożliwe do spełnienia – Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał istnienie takich licencji, a zamawiający ani przystępujący tej argumentacji nie obalili.

Co do braku licencji WinSvrStd2012 dla serwera ze środowiska testowego Izba stwierdziła, iż konieczność zaoferowania tej licencji zależy od systemu, w jakim zamawiającemu zostanie przekazany serwer testowy. Jak wyjaśnił podczas rozprawy przystępujący – serwer testowy został zaoferowany w celu uniknięcia ryzyka opóźnienia dostawy serwera produkcyjnego; w odmiennym wypadku testy będą prowadzone na serwerze produkcyjnym. Z drugiej strony został on wyceniony w formularzu cenowym, więc „dostawa sprzętu” została prawdopodobnie przewidziana jako sprzedaż, a nie wypożyczenie sprzętu zamawiającemu.

Gdyby więc serwer testowy został zamawiającemu sprzedany, zdaniem Izby, wymagana byłaby również sprzedaż licencji dla tego serwera, natomiast przy wypożyczeniu go zamawiającemu, wykonawca mógłby wypożyczyć go z już posiadaną własną licencją.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....