

**WYROK**

**z dnia 29 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., 80-858 Gdańsk, ul. Wałowa 41/43**

przy udziale wykonawcy **Comarch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Comarch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Comarch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** na rzecz **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Pomorska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. Oddział Zarząd w Gdańsku, ul. Wałowa 41/43, 80-858 Gdańsk wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Dostawa licencji oprogramowania wraz z licencjami z prawem do aktualizacji oprogramowania do najwyższej wersji” o nr postępowania ZP/2011/00016/O/Zarząd.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem S175 z dnia 13.09.2011 r. i zamieszczone pod poz. 287737-2011-PL.

Pismem z dnia 10.11.2011 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego - Fujitsu Technology Solutions sp. z o. o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, że za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Comarch S.A.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przedmiotowego przetargu Odwołujący w dniu 21.11.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując zaskarżonej czynności naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 30 ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że rozstrzygając postępowanie:

- 1) zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Comarch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, zwanego dalej „Comarch S.A.”,
- 2) dokonał wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając że jest nią oferta Comarch S.A.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty Comarch S.A.,
- 3) powtórzenia oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą powinna być uznana oferta Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem przedłożonym na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że w ramach tego zamówienia Zamawiający zamierza uzyskać licencje na oprogramowanie Microsoft i na usługi wynikające z umowy Microsoft Enterprise Agreement, względnie licencje na oprogramowanie i na usługi o charakterze równoważnym.

Wskazał przy tym, że Zamawiający określił wymagania dotyczące usług w ramach umowy Enterprise Agreement w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

W pkt 4.1 tego załącznika w poz. 18 tabela nr 1 Zamawiający określił rodzaj umowy licencyjnej Microsoft jako umowę Enterprise (EA) z nazwą oprogramowania Premier ALNG PL PremierEntSpprt PSS AnnualSprrCtrct Std i zawartością pakietu oprogramowania Microsoft® Premier Ali Lng Premier Enterprise Support Poland Product Support Services 1 License Annual Support Contract Standard z numerem katalogowym (Part No) H51-00112 w ilości 1 sztuki.

Wymagania dotyczące opisanego powyższej usługi w ofercie Zamawiający określił w załączniku nr 2 do SIWZ, gdzie:

1) w tabeli nr 1 będącej zestawieniem „zamówienia podstawowego (tzw. zamówienia początkowego)", wymagał podania następujących informacji: nazwy licencji Microsoft lub równoważnej wraz z aktualizacjami za 3 lata, rodzaju umowy Microsoft - EA/EAP lub równoważnej, Part No, ilości, ryczałtowej ceny jednostkowej netto wyrażonej w EUR oraz Wartość netto [kol. 5x6].

2) w tabeli nr 2 będącej zestawieniem „zamówienia przewidzianego w prawie opcji obejmującego licencje tzw. zamówienie skorygowane TrueUp, stanowiące ten sam rodzaj licencji co zaoferowane dla zamówienia podstawowego w wierszach 1-18, które Zamawiający będzie instalował we własnym przedsiębiorstwie na zasadach określonych w umowie", wymagał podania następujących informacji: nazwy licencji Microsoft lub równoważnej zaoferowanej odpowiednio w Zamówieniu podstawowym Tabeli nr 1 w wierszach 1-18, Rodzaj umowy Microsoft –EA lub równoważnej, Part No, ryczałtowej ceny jednostkowej netto wyrażonej w EUR dla licencji zamawianych w I, II, III roku, łącznej ryczałtowej ceny jednostkowej netto wyrażonej w EUR w okresie realizacji zamówienia [kol. 5x7].

Zauważył, że Comarch S.A. przedstawił oferowaną usługę w następujący sposób:

1) w poz. 18 tabeli nr 1 zaoferował usługę Microsoft o nazwie „Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntrct Std” i numerze katalogowym (Part No) H51-00112;

2) w poz. 18 tabeli nr 2 zaoferował usługę o nazwie: „Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus” i numerze katalogowym (Part No) H51-00264.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie odrzucił oferty Comarch SA, mimo że jej treść nie odpowiada treści postanowień SIWZ.

W swoim odwołaniu zwrócił uwagę kolejno na następujące okoliczności:

Po pierwsze, argumentował, że Zamawiający na podstawie informacji określonej w tabeli 2 w załączniku nr 2 do SIWZ dopuścił możliwość zaoferowania w ramach zamówienia skorygowanego TrueUp tylko tego samego rodzaju licencji, co licencje zaoferowane dla zamówienia podstawowego w poz. 1-18. Tymczasem Comarch S.A. w ramach zamówienia skorygowanego TrueUp zaoferował licencję na inną usługę niż licencja na usługę zaoferowana w zamówieniu podstawowym.

Po drugie, zaznaczył Comarch S.A. oferując usługę o nazwie „Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus” w przekonaniu o jej równoważności do usługi „Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntrct Std” nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na tą okoliczność stosownie do art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz pkt 4.4. załącznika nr 1, z którego wynika, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego przedmiot spełnia określone przez niego wymagania.

Jako trzeci argument przeciwko ofercie Comarch S.A. powołał warunki, w których usługa „Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus” może być świadczona. Wskazywał, że nie jest to usługa samoistna, a do jej świadczenia niezbędne jest korzystanie z usługi PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntrct Std w okresie związania umową Enterprise Agreement.

Przekonywał, że wykupienie usługi Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus jest w istocie podniesieniem usług Premier Support z poziomu Standard do poziomu Plus, a Zamawiający jest zainteresowany świadczeniem usług jedynie na poziomie Standard zgodnie z SIWZ.

Po czwarte przekonywał, że obie usługi są ilościowo równoważne, bowiem usługa Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus nie jest ilościowo równoważną do usługi PremierEntSpprt PSS PL AnnualSprtCntrct Std.

Zdaniem Odwołującego nie można uznać, że usługa Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus poprzez podniesienie z poziomu Standard do poziomu Plus zwiększa czas konsultacji wliczonych do kosztu umowy Enterprise Agreement o 100 godzin rocznie. Natomiast usługa PremierEntSpprt PSS PL AnnualSprtCntrct Std obejmuje dodatkowe 200 godzin konsultacji rocznie. Według Odwołującego z tego porównania wynika, że usługi nie mogą być uznane za równoważne, co więcej usługa zaoferowana przez Comarch S.A. jest zdecydowanie mniej korzystna niż usługa zgodna z opisem Zamawiającego.

Podkreślił, że Zamawiający zignorował fakt zaoferowania wykonania zamówienia, w skład którego ma wejść usługa, której jedna z istotnych cech odbiega od opisu zawartego w SIWZ w sposób ewidentnie niekorzystny dla Zamawiającego, co powinno przesądzać o obowiązku odrzucenia oferty Comarch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ostatecznie podniósł, że Zamawiający naruszył wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję, a dopuszczając Comarch S.A. do oceny jego oferty na podstawie kryteriów przewidzianych w SIWZ Zamawiający zaniechał przestrzegania równych dla wszystkich wykonawców przepisów ustawy dotyczących obowiązku odrzucenia oferty w przypadku naruszenia wymagań SIWZ co do zgodności oferty z przedmiotem zamówienia.

W piśmie z dnia 24.11.2011r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Natomiast w dniu 25.11.2011r. zgłosił skutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Comarch S.A., który w piśmie z dnia 28.11.2011r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wnosząc o oddalenie odwołania i przeprowadzenie dowodu z załączonego do sprzeciwu pisma Microsoft z dnia 25.11.2011r.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Przystępującego, pismo Microsoft S.A. jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism 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.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił jak w odpowiedzi na odwołanie, zaś Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust.1, art.30 ust.5, art.89 ust.1 pkt.2 oraz art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z późn. zm.).

Przedmiotem rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego była kwestia oceny czy Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego z przedmiotowego postępowania zgodnie z cyt. wyżej przepisem art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp z powodu jej sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na zaoferowaniu licencji Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus, zamiast licencji PremierEntSpprt PSS PL AnnualSprtCntrct Std lub licencji opartej o rozwiązania równoważne, przy czym udowodnienie tej równoważności stosownie do postanowień pkt 4.4 tabeli nr 2 załącznika nr 1 do SIWZ miało nastąpić poprzez przedłożenie wraz z ofertą próbki oprogramowania równoważnego.

W ocenie Izby całokształt materiału dowodowego potwierdza zarzuty odwołania i skłania do przyjęcia stanowiska, iż Zamawiający dokonał oceny oferty Przystępującego z naruszeniem powyższych przepisów obowiązującego prawa, bowiem nie wziął pod uwagę ustanowionych w SIWZ postanowień.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że Przystępujący w swojej ofercie na stronie 7 pod pozycją 18 zaoferował licencję Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus o rodzaju umowy Microsoft Enterprise(EA) o numerze katalogowym H51-

00264, podczas gdy Zamawiający w pkt 1.3 lit. b Szczegółowego opisu Przedmiotu Zamówienia zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ żądał, aby oferowane oprogramowanie uwzględniało istniejące środowisko informatyczne oraz realizację zamówień w następujący sposób: zamówienie przewidziane w prawie opcji, które obejmuje licencje tzw. zamówienie skorygowane TrueUp stanowiące ten sam rodzaj licencji co zaoferowane dla zamówienia podstawowego, które Zamawiający będzie instalował we własnym przedsiębiorstwie na zasadach określonych w umowie, wskazane w Tabeli nr 2 w formularzu oferty.

Zdaniem Izby powyższe wymaganie odnosiło się do tego samego rodzaju licencji co zaoferowane dla zamówienia podstawowego, to jest licencji, o której mowa w pkt 18 tabeli nr 1 wykaz oprogramowania podstawowego pkt 4.1, a nie do jakiegokolwiek licencji. Przyjęcie poglądu, że Zamawiający w licencji tzw. zamówienia skorygowanego TrueUp dopuścił swobodne uznanie wykonawców co do doboru licencji nie znajduje uzasadnienia w treści SIWZ( pkt 3.3 lit.b, pkt 4.1, poz.18, pkt 4.4, pkt 4.5 załącznika nr 1 do SIWZ).

Jeżeli Przystępujący zaoferował jedynie produkt równoważny to podlegał on procedurze określonej w pkt. 4.4 załącznika nr 1 do SIWZ i był zobowiązany wykazać, że oferowany przez niego przedmiot dostaw spełnia wymagania funkcjonalne i techniczne z tabeli nr 1(pkt 4.3 niniejszego opisu). W szczególności wykonawca był zobowiązany do udowodnienia równoważności oferowanych dostaw poprzez przedłożenie wraz z ofertą: próbki oprogramowania równoważnego.

Powyższy wymóg SIWZ w całej rozciągłości odpowiadał dyspozycji przepisu art.30 ust.5 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Dodatkowo należy wskazać, że stosownie do pkt 4.5 zd.1 załącznika nr 1 do SIWZ testy równoważności zaoferowanego przedmiotu dostawy będą prowadzone celem sprawdzenia równoważności i kompatybilności oferowanego oprogramowania i będą polegać na wielokrotnym przeprowadzeniu testów w siedzibie Zamawiającego na sprzęcie Zamawiającego, w warunkach sieci Zamawiającego, na arkuszach i plikach Zamawiającego.

Powołane wyżej postanowienia SIWZ w żaden sposób nie były podważane przez Przystępującego na etapie jej wprowadzenia przez Zamawiającego do obrotu prawnego. Przystępujący również nie zwracał się do Zamawiającego o wyjaśnienie powyższych postanowień SIWZ.



Izba nie podzieliła również zapatrywania Przystępującego o obowiązku udowodnienia równoważności ofert, jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia jest oznaczony innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem, który nie dotyczy – jak twierdzi Przystępujący - oferowania produktów Microsoft.

Według Izby postanowienia pkt 4.2 załącznika nr 1 SIWZ odnosiły się do ofert równoważnych i podstawę prawną do wykonania obowiązków tam zawartych stanowił przepis art.29 ust.3 ustawy Pzp. Natomiast obowiązek udowodnienia równoważności dotyczył rozwiązania(oprogramowania) równoważnego i procedury z art.30 ust.5 ustawy Pzp na którą Zamawiający się powołał w pkt.4.4 załącznika nr 1 SIWZ.

Izba nie uznała pisma Microsoft z dnia 25.11.2011r. przedłożonego przez Przystępującego za dostateczny dowód na potwierdzenie spełniania przez ofertę warunków SIWZ, bowiem pismo to jest kopią dokumentu prywatnego zawierającego oświadczenie o dokonaniu wewnętrznej kwalifikacji spornej licencji co do tego samego rodzaju licencji. Zdaniem Izby oświadczenie to stanowi jedynie opinię, która nie jest wiążąca i stanowi subiektywne przekonanie jej autora o jednorodności dwóch spornych licencji. Natomiast właściwie nazwane przez producenta licencji zostały jedynie: nazwa typu licencji, typ produktu, rodzina produktu.

W ocenie Izby powyższe oświadczenie to nie przesądza o równoważności produktowej licencji podstawowej i tej z opcji.

Natomiast powołane przez Przystępującego postanowienie umowne z § 3 ust.2 wzoru umowy – załącznik nr 7 SIWZ reguluje zakres licencji zgodny ze standardowymi warunkami licencjonowania producenta oprogramowania, a nie odnosi się do rodzaju oprogramowania.

Z przedłożonej zaś przez Odwołującego na rozprawie kopii pisma Microsoft wynika, że istnieją różnice w zawartości poszczególnych licencji PremierEntSpprt PSS PL AnnualSprtCntrct Std i licencji Premier ALNG PremierEntSppt PSS PL AnnualSprtCntr AddOn StdtoPlus, choćby w zakresie czasu wsparcia usługi. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez Przystępującego. Zatem nie można przyjąć, że te dwie powyższe licencje(oprogramowania) są wobec siebie równoważne.

Izba również przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy wzięła pod uwagę uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu traktując to oświadczenie jako przyznanie okoliczności wywodzonych przez Odwołującego.

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:** .....