

Sygn. akt KIO 2292/17

WYROK
z dnia 14 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Emil Kawa
Ewa Kisiel
Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P. O. Eupol” w Środzie Wielkopolskiej oraz Infomix Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Otwocku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Główny Urząd Statystyczny w Warszawie

przy udziale Trecom Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P. O. Eupol” w Środzie Wielkopolskiej oraz Infomix Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Otwocku i 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 P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P. O. Eupol” w Środzie Wielkopolskiej oraz Infomix Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Otwocku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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 – Główny Urząd Statystyczny w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1579), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup i dostawa oprogramowania umożliwiającego projektowanie i przygotowywanie materiałów publikacyjnych do druku, udostępnienie w Internecie i na urządzeniach przenośnych oraz projektowanie interaktywnych stron internetowych dla stanowisk pracy jednostek statystyki publicznej realizujących zadania na rzecz monitorowania polityki spójności w ramach projektu finansowanego ze środków POPT 2014 - 2020 (oś priorytetowa I: Zasoby ludzkie, działanie 1.2. Wsparcie stanowisk pracy). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 164-337686. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania 30 października 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „P. O. Eupol” w Środzie Wielkopolskiej oraz Infomix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Otwocku wnieśli odwołanie grudnia 2016 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Restor spółka jawna P. A., P. C., T. R. z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a dotyczące zaoferowania przez tego wykonawcę przeniesienia autorskich praw majątkowych do oprogramowania Adobe na zamawiającego, które to prawa wykonawcy nie przysługują;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 8, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty Restor spółka jawna P. A., P. C., T. R. pomimo, że powyższa oferta:
 - a) jest nieważna na podstawie art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 2.964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 45 ze zm.), dalej: „k.c.”, w związku ze złożeniem przez wykonawcę oferty obejmującej świadczenie niemożliwe polegające na przeniesieniu

na zamawiającego autorskich praw majątkowych do oprogramowania Adobe, które wykonawcy nie przysługują;

- b) jej treść nie odpowiada: treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu, dalej jako „SIWZ”, albowiem zawiera sprzeczne oświadczenia wykonawcy - wykonawca oświadczył, że udzieli zamawiającemu 48-miesięcznej licencji do oprogramowania Adobe oraz że przeniesie na zamawiającego autorskie prawa majątkowe do tego oprogramowania;
- c) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- d) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) art. 91 ust. 1 Pzp - przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Restor spółka jawna P. A.,

P. C., T. R., która powinna zostać odrzucona oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

- 4) art. 90 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie wezwania Restor spółka jawna P. A., P. C., T. R. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie, w sytuacji gdy wykonawca ten wyraźnie w ofercie wskazał, że oferowana przez niego cena obejmuje wyłącznie przeniesienie autorskich praw majątkowych do oprogramowania;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej; konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Restor spółka jawna P. A., P. C., T. R. z udziału w Postępowaniu albo odrzucenia oferty Restor spółka jawna P. A., P. C., T. R. i wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego. W przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp żądał nakazania zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) wykluczenia wykonawcy Restor spółka Jawna P. A., P. C., T. R. z postępowania;
- c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- d) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia zarzutów zaniechania odrzucenia oferty żądał nakazania zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) odrzucenia oferty Restor spółka jawna P. A., P. C., T. R.,
- c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- d) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) zwrócenia się do wykonawcy Restor spółka jawna P. A., P. C., T. R. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w tym w szczególności dotyczących składającego się na cenę oferty kosztu pomocy technicznej wykonywanej przez pracownika lub zespół pracowników wykonawcy;
- c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności powołanych w niniejszym odwołaniu,
- d) odrzucenia oferty wykonawcy Restor spółka jawna P. A., P. C., T. R.;
- e) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca RESTOR P. A., A. C., T. R. SPÓŁKA JAWNA w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3.1. SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje zakup 52 szt. jednostanowiskowych licencji oprogramowania umożliwiającego projektowanie i przygotowanie materiałów publikacyjnych do druku, udostępnianie w internecie i na urządzeniach przenośnych oraz projektowanie interaktywnych stron internetowych dla stanowisk pracy jednostek statystyki publicznej. Szczegółowy zakres i sposób realizacji przedmiotu zamówienia zawarty w Załączniku Nr 1 do SIWZ stanowi w pkt I, że przedmiot zamówienia obejmuje zakup i dostawę 52 szt. jednostanowiskowych licencji oprogramowania, spełniającego wymagania minimalne, min. Wskazy w pkt I.1) 48-miesięczny okres licencjonowania. Zgodnie z pkt V tego załącznika zakup licencji jest uzupełnieniem stanu licencyjnego oprogramowania eksploatowanego w środowisku u zamawiającego.

Z kolei formularz ofertowy, którego wzór został ustalony w załączniku Nr 2 do SIWZ, wskazuje w pkt 4 w części opisowej o opisie oferowanego oprogramowania lub licencji wymaganych przez zamawiającego, natomiast w części tabelarycznej zawartej w tym pkt

mówi o 48 miesięcznej licencji oraz nakazuje wskazanie producenta oprogramowania, nazwę i wersję oprogramowania, rodzaj licencjonowania. Pkt 5 formularza natomiast nakazuje podanie ceny oferty oraz wyodrębnienie kwoty za przeniesienie autorskich praw majątkowych. Taki sam podział ceny oferty wskazany został w § 4 ust. 1 wzoru umowy, jednak ust. 2 głosi, że wynagrodzenie wskazane w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy, w tym koszty dostawy oprogramowania, udzielenia licencji, sublicencji na wszystkich wskazanych w umowie polach eksploatacji. § 6 ust. 5 i 8, § 10 opisują obowiązki związane z udzieleniem licencji.

Zgodnie z pkt 14.1 kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były:

1. cena oferty brutto – 60%;
2. nielimitowany czas konsultacji w ramach udzielonej gwarancji – 20%;
3. rozszerzenie godzin konsultacji w ramach udzielonej gwarancji o godziny w zakresie 7.00-8.00 i 16.00-20.00, całkowity przedział czasowy deklarowany przez wykonawcę – 10%;
4. dedykowana pomoc techniczna w ramach udzielonej gwarancji – 10%.

Przystępujący złożył ofertę, w której zaoferował zamawiającemu oprogramowanie firmy Adobe 65270773BC03A12 Creative Cloud for teams – All Apps Multiple Platforms Multi European Languages 48 miesięcy za cenę 804.936,60 zł, w tym za przeniesienie autorskich praw majątkowych 804.936,60 zł.

Odwołujący zaoferował to samo oprogramowanie. Wskazał cenę 837.748,08 zł, w tym za przeniesienie autorskich praw majątkowych 0 zł.

Zgodnie z protokołem z otwarcia ofert z 6 października 2017 r. o zamówienie w badanym postępowaniu ubiegał się również wykonawca Cortland Sp. z o.o., który złożył ofertę z tym samym oprogramowaniem za cenę 933.535,56 zł. Złożone oferty nie różniły się w pozostałych kryteriach oceny ofert. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 900.000 zł brutto.

Zgodnie z niekwestionowanym oświadczeniem zamawiającego jest on użytkownikiem oprogramowania wskazanego w ofertach przez wykonawców, dostarczonego przez przystępującego.

Twierdzenie zawarte w odwołaniu, że autorskie prawa majątkowe do zaoferowanego przez wykonawców oprogramowania 652767738003312 - Creative Cloud for teams - All Apps Multiple Platforms Multi European Languages przysługują, zgodnie z Ogólnymi Warunkami Użytkowania Adobe, wyłącznie spółce Adobe, a spółka ta udziela użytkownikom swojego oprogramowania i usług jedynie licencji uprawniającej do korzystania z tych

utworów, zostało potwierdzone na rozprawie przez zamawiającego i Izba uznała te okoliczności za bezsporne.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Ad. 1. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przesłankami koniecznymi wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie powołanego przepisu są zatem:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego,
2. informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. informacje wprowadzające w błąd zostały przedstawione przez wykonawcę w wyniku, jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

W stosunku do odwołującego nie zaszła żadna z wymienionych przesłanek.

Po pierwsze, odwołujący składając oświadczenie o cenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych nie mógł wprowadzić w błąd zamawiającego, skoro ten wiedział i wiedza ta ma w istocie charakter notoryjny dla uczestników rynku usług informatycznych, że firma Adobe jedynie udziela licencji na swoje oprogramowanie.

Po drugie, informacja ta nie mogła mieć wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania, gdyż kryteria oceny ofert nie różnicowały przeniesienia autorskich praw majątkowych i udzielenia licencji. Oferta wykonawcy, który złożyłby ofertę z możliwością przeniesienia autorskich praw majątkowych, podlegałaby ocenieniu według takich samych zasad jak oferta przewidująca udzielenie licencji. Brak jest więc jakichkolwiek korzyści, które uzyskałby przystępujący skutkiem złożenia oświadczenia o przeniesieniu autorskich praw majątkowych, gdyż taka sama byłaby jego sytuacja w postępowaniu (ocena jego oferty według ustalonych kryteriów), jeśliby oświadczenia o tej treści nie złożył.

Po trzecie, Izba upatruje przyczyn oświadczenia przystępującego nie w jego lekkomyślności lub niedbalstwie, lecz w braku jednoznaczności postanowień SIWZ. Jak wskazano wyżej, w pkt 3 SIWZ i załączniku nr 1 dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, SIWZ stanowi wyłącznie o zakupie licencji, natomiast formularz ofertowy w sposób rozbieżny wskazuje, już to zakup licencji, już to przeniesienie autorskich praw majątkowych. Formularz oferty nie przewiduje odrębnego wyspecyfikowania ceny za konsultacje i dedykowaną pomoc techniczną, ani też nie wskazuje odrębnej pozycji na wycenę licencji, co powoduje brak spójności między SIWZ i formularzem ofertowym. Wobec ustalenia, że przedmiot zamówienia stanowią licencje, formularz ofertowy powinien dać możliwość wskazania ceny tych licencji. Na niedoskonałość formularza ofertowego wskazał też zamawiający w trakcie rozprawy, gdy oświadczył, że w części o przeniesieniu autorskich praw majątkowych powinno być również dodane oświadczenie o udzieleniu licencji. Wobec tego Izba uznała, że brak wystarczającej jasności postanowień SIWZ nie powinien obciążać wykonawcy.

Podsumowując, skoro przystępujący nie wprowadził w błąd zamawiającego, oświadczenie o przeniesieniu autorskich praw majątkowych nie miało znaczenia dla decyzji zamawiającego i zostało złożone przez przystępującego w sytuacji braku dostatecznych regulacji SIWZ, nie zaszyły przesłanki wykluczenia odwołującego wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i zamawiający nie naruszył tego przepisu.

Ad. 2. Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu.

Podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp odwołujący upatrywał w art. 387 § 1 k.c. oraz zaoferowaniu zamawiającemu świadczenia niemożliwego polegającego na przeniesieniu na zamawiającego autorskich praw majątkowych do oprogramowania Adobe, które wykonawcy nie przysługują. Izba nie podziela tego poglądu.

Po pierwsze w tabeli zawartej w pkt 4 formularza ofertowego przystępujący w sposób jednoznaczny i wyraźny uczynił przedmiotem swego świadczenia 52 licencje Adobe 65270773BC03A12 Creative Cloud for teams – All Apps Multiple Platforms Multi European Languages 48 miesięcy, których cenę wskazał w pkt 5 jako 804.936,60 zł. Ponieważ taka sama cena została wskazana za przeniesienie autorskich praw majątkowych, należałoby uznać, nie – jak chciałby odwołujący – że oferta zawiera deklarację spełnienia świadczenia niemożliwego, ale że treść oświadczenia wykonawcy jest niejednoznaczna. Czym innym jest bowiem udzielenie licencji, a czym innym przeniesienie autorskich praw majątkowych (por. art. 67 i art. 41 ust. 1 ustawy o prawie majątkowym i prawach pokrewnych).

Przypomnieć należy jednak, że oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako oświadczenie woli wykonawcy, podlega wykładni, w której z mocy

odesłania zawartego w art. 14 Pzp znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Art. 65 § 1 k.c. stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Dyrektywy wynikające z powołanego przepisu nakazują uznać, że treścią oferty przystępującego było objęcie dostarczeniem zamawiającemu 52 szt. licencji, a nie przeniesienie prawa majątkowego. Izba uznała, że sprzeczne z dobrze ugruntowaną praktyką byłoby obciążanie odwołującego konsekwencjami niejednoznacznych postanowień SIWZ. Nie można też pominąć powszechnie znanej informacji, że firma Adobe jedynie udziela licencji i jest to jedyny sposób wykorzystania oprogramowania tej firmy. W związku z tym Izba uznała, że oferta przystępującego nie jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów i zamawiający nie dokonując jej odrzucenia nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Z tych względów oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. Jak Izba wskazała wcześniej opis przedmiotu zamówienia obejmował dostawę 52 sztuk licencji i świadczenia takie zostało przez przystępującego zaoferowane. Zarzucana przez odwołującego wewnętrzna sprzeczność oferty przystępującego nie uzasadnia odrzucenia tej oferty. Niejasne treści zawarte w ofercie zamawiający powinien bowiem wyjaśniać.

W okolicznościach sporu zamawiający mógłby zatem żądając wyjaśnień uzyskać potwierdzenie, że przedmiotem świadczenia nie jest przeniesienie autorskich praw majątkowych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jednak przeprowadzenie tej procedury nie miałoby znaczenia dla wyniku oceny oferty przystępującego, potwierdzenia jej zgodności z SIWZ, a w konsekwencji również dla wyniku postępowania.

Izba nie dopatrzyła się jakichkolwiek podstaw do uznania, że przez złożenie oferty przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji z powodu braku wyceny pracy konsultantów oraz dedykowanej pomocy technicznej oraz że doszło do rażącego zaniżenia ceny tej oferty. Dostrzec bowiem trzeba, że zamawiający w SIWZ nie przewidział wyodrębnienia ceny tych usług, przeciwnie – przewidział jedną cenę za wykonania całego przedmiotu umowy. Również odwołujący i Cortland Sp. z o.o. nie podawali odrębnie wyceny pracy konsultantów oraz dedykowanej pomocy technicznej. Wykonawcy usługi te oferowali zamawiającemu w takim samym rozmiarze, jak przystępujący, co potwierdza realność ich wyceny, gdyż różnice między cenami złożonych ofert nie były znaczące.

Uzasadnieniem zarzutu odwołujący uczynił wyłącznie przywołanie poglądów doktryny i orzecznictwa oraz wyliczenia nie mające oparcia w treści SIWZ. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Ad. 4. Zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 Pzp.

Porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu oraz wartości zamówienia wskazuje, że nie zaszła obligatoryjna przesłanka żądanie wyjaśnień elementów oferty przystępującego. Cena oferty odwołującego nie odbiega o 30% ani od średniej ofert złożonych w postępowaniu, ani od wartości zamówienia.

Ad. 3. Ustalenie, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2-4 i 8 Pzp skutkuje uznaniem, że zamawiający dokonał wyboru tej oferty zgodnie z przepisami ustawy. Nie dopuścił się zatem obrazy art. 91 ust. 1 Pzp.

Ad. 5 . Nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Odwołujący naruszenia tych przepisów upatrywał w zaniechaniu wykluczenia przystępującego i zaniechaniu złożonej przez niego oferty. Ustalenie, że zamawiający nie był zobowiązany do dokonania tych czynności, oznacza zatem, że nie doszło do naruszenia wskazanych norm. Jedynie dla porządku należy przypomnieć, że norma art. 7 ust. 3 Pzp odnosi się do udzielenia zamówienia, czyli do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie poprzedzającej je ofertowo-eliminacyjnej procedury postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....