

WYROK

z dnia 13 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę

Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Kujawsko - Pomorski Urząd Wojewódzki w Bydgoszczy,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym podwyższenie oceny punktowej przyznanej wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kryterium „Okres licencji”, o 25 punktów.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Kujawsko - Pomorski Urząd Wojewódzki w Bydgoszczy i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Kujawsko - Pomorskiego Urzędu Wojewódzkiego w Bydgoszczy na rzecz Odwołującego - wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2018 r. poz. 1986 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Kujawsko - Pomorski Urząd Wojewódzki w Bydgoszczy [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i wdrożenie systemu kopii bezpieczeństwa dla Kujawsko - Pomorskiego Urzędu Wojewódzkiego w Bydgoszczy (znak postępowania: BFI.II.272.2.4.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lipca 2019 r. pod numerem 575104-N-2019.

W dniu 30 sierpnia 2019 r. wykonawca Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący” lub „IST”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem ustalonych w siwz kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium okresu licencji (L) (na korzystanie z oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa) oraz naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie okresu udzielonej licencji na korzystanie z oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia treści oferty w zakresie terminu udzielonej licencji na korzystanie z oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny ofert,
2. dokonania ponownej czynności oceny ofert i przyznania ofercie IST 25 pkt w kryterium okresu licencji (L), a ewentualnie poprzedzonego wezwaniem IST do złożenia wyjaśnień dotyczącej złożonej oferty w zakresie okresu udzielonej licencji na korzystanie z oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa oraz ewentualnie poprzedzonego dokonaniem poprawki oferty złożonej przez IST w zakresie okresu udzielonej licencji na korzystanie z oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa, tj. poprzez wykreślenie z Formularza oferty cenowej w pkt 2 poz. 2 kolumna 4, liczby 12 i wpisanie „licencja bezterminowa”,
3. wyborze oferty IST jako oferty najkorzystniejszej,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym

kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny niniejszej sprawy.

Odwołujący wskazał, że składając ofertę wskazał w niej (tzw. „Formularz oferty cenowej pkt 2 poz. 2”), że oferuje w zakresie Oprogramowanie komputerowe do wykonywania kopii bezpieczeństwa (licencje na użytkowanie na serwerach fizycznych o łącznej liczbie 32 procesorów fizycznych) produkt pn. „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector”. Jednocześnie w kolumnie 4 omyłkowo wpisał liczbę 12 zamiast wpisać wyrażenie „licencja bezterminowa” (bez możliwości jej wypowiedzenia). Zamawiający powinien był przyjąć, że doszło do oczywistej omyłki w zakresie podania okresu licencji na ww. oprogramowanie, albowiem jednoznacznie zidentyfikowany i wskazany w ofercie produkt (przedmiot dostawy), tj. „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector”, który w przypadku licencjonowania na fizyczne procesory jest produktem licencjonowanym (w taki sposób jak wymaga tego siwz) tylko bezterminowo bez możliwości wypowiedzenia licencji. Co istotne ta konkretna, zindywidualizowana nazwa przypisana jest tylko produktowi o takim właśnie sposobie licencjonowania (licencja bezterminowa, niewypowiadalna).

Powyższych ustaleń Zamawiający mógł był, bez najmniejszego trudu, dokonać samodzielnie, tj. weryfikując (np. w Internecie) lub u producenta sposób i okres licencjonowania produktu.

Odwołujący zauważył, że konkurencyjny wykonawca tj. SoftBlue S.A. zaoferował identyczne oprogramowanie jak Odwołujący. To powinno wzbudzić co najmniej wątpliwości u Zamawiającego, bo tenże wykonawca wskazał okres licencji jako bezterminowy. Co istotne, dla każdego jest oczywiste, że o okresie licencji i sposobie licencjonowania decyduje producent danego oprogramowania, a nie jego dystrybutor lub partner, a warunki licencyjne są powszechnie dostępne w Internecie lub możliwe do pozyskania bezpośrednio od producenta. Skoro zatem SoftBlue S.A. zaoferowało identyczne oprogramowanie (producenta, którym jest podmiot trzeci) z bezterminową licencją to taki sam produkt oferowany przez innego wykonawcę (IST) powinien mieć takie same zasady i okres licencjonowania.

Odwołujący podkreślał, że licencja wystawiana jest przez licencjodawcę (producenta) bezpośrednio na licencjobiorcę (użytkownika końcowego, w tym przypadku Zamawiającego). Podmiot pośredniczący w transakcji, którym w tym przypadku jest Odwołujący, nie ma możliwości i nie ingeruje w treść licencji, w tym w szczególności w okres jej obowiązywania.

Zamawiający wykonawcy SoftBlue S.A. przyznał w zakresie podkryterium LK 25 pkt (a całym kryterium L 30 pkt), a więc uznał bezterminowość (wieczystość) tej licencji. Tym samym Zamawiający powinien był uznać, że mimo pewnej sprzeczności w ofercie IST licencja na korzystanie z oprogramowania komputerowego do kopii bezpieczeństwa (tj. oprogramowania „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector”) jest licencją bezterminową. Niewątpliwie nie było także żadnych przeszkód, aby Zamawiający zwrócił się do producenta tego oprogramowania z prośbą o wyjaśnienie tej kwestii.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż działający z należytą starannością, Zamawiający powinien był co najmniej zwrócić się do Odwołującego z żądaniem wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że jak wynika z utrwalonego już orzecznictwa KIO, korzystanie z tej procedury nie jest uzależnione od „dobrej woli” Zamawiającego, tylko jest jego obowiązkiem w sytuacji, gdy są uzasadnione wątpliwości co do treści oferty. Wreszcie, Zamawiający powinien był skorzystać z procedury opisanej w art. 87 ust. 2 Pzp, tj. poprawić oczywistą omyłkę wykonawcy, poprzez wykreślenie z Formularza oferty cenowej w pkt 2 poz. 2 kolumna 4, liczby 12 i wpisanie „licencja bezterminowa”. Odwołujący zauważył, że w świetle jednoznacznej nazwy oferowanego produktu oraz powszechnie dostępnych informacji o sposobie jego licencjonowania w zakresie okresu udzielanej licencji, omyłka IST (wpisanie 12) jest oczywista. Nie można bowiem tego konkretnego produktu licencjonować inaczej niż bezterminowo.

Do odwołania wykonawca załączył oświadczenie o bezterminowości licencji „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector” z dnia 22 sierpnia 2019 r.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron,

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 3 września 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 26 sierpnia 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 września 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy, tj.:

1. oświadczenie o bezterminowości licencji „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector”,
2. wydruki ze strony internetowej producenta oprogramowania Veeam dotyczące zasad licencjonowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 13 SIWZ, kryteriami oceny ofert były: 1) cena o wadze 60%, 2) okres licencji o wadze 30%, 3) okres gwarancji o wadze 4%, 4) termin realizacji o wadze 4% oraz 5) dodatkowa funkcjonalność o wadze 2%.

W świetle punktu 13.3. SIWZ, punkty w kryterium „okres licencji” były liczone wg następującego wzoru: $L = L_k + L_w$; jeżeli $L_k + L_w > 30$ to Zamawiający przyjmie, że $L = 30$, gdzie:

L_k - okres licencji na korzystanie z oprogramowania komputerowego do kopii bezpieczeństwa, L_w - okres licencji na wsparcie techniczne świadczone przez producenta oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa oraz na prawa dostępu do aktualizacji. Uwaga: Długość okresu licencji na wsparcie techniczne świadczone przez producenta oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa oraz na prawa dostępu do aktualizacji nie może być dłuższa od długości okresu licencji na korzystanie z oprogramowania komputerowego do kopii bezpieczeństwa.

Punktację w kryterium przyjmuje się:

- najkrótszy okres licencji na korzystanie (L_k) - 12 miesięcy,
- najdłuższy okres licencji na korzystanie (L_k) - niewypowiadalna bezterminowa licencja.

L_k - oferowany okres licencji 12 - 23 miesięcy = 0 pkt

L_k - oferowany okres licencji 24 - 35 miesięcy = 6 pkt

L_k - oferowany okres licencji 36 miesięcy = 12 pkt

L_k - oferowany okres licencji - niewypowiadalna bezterminowa licencja = 25 pkt,

- najkrótszy okres licencji na wsparcie producenta i aktualizacje (L_w) - 12 miesięcy,
- najdłuższy okres licencji na wsparcie producenta i aktualizacje (L_w) - 36 miesięcy,

L_w - oferowany okres licencji 12 - 23 miesięcy = 0 pkt

L_w - oferowany okres licencji 24 - 35 miesięcy = 9 pkt

L_k - oferowany okres licencji 36 miesięcy = 18 pkt.

W formularzu oferty cenowej w punkcie 2 poz. 2 kolumna czwarta, wykonawcy dla poszczególnych produktów obowiązani byli wskazać okres licencji.

Dla poz. 2 pkt 2 ww. formularza Zamawiający w legendzie pod tabelą wskazał: „należy wpisać liczbę od 12 do 36, a w przypadku zaoferowania niewypowiadalnej licencji bezterminowej, należy wpisać „licencja bezterminowa” - określona powyżej, wyrażona w miesiącach/bezterminowa, długość okresu ważności licencji na korzystanie z oprogramowania komputerowego do kopii bezpieczeństwa zostanie uwzględniona przy ocenie ofert, zgodnie z ustalonymi w pkt 13 SIWZ kryteriami oceny ofert (L_k). Jeżeli

wykonawca nie wskaże długości okresu, Zamawiający przyjmie, że będzie to minimalna długość okresu."

Odwolujący w formularzu oferty cenowej pkt 2 poz. 2 oświadczył, iż oferuje dostawę oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa (licencja na użytkowanie na serwerach fizycznych o łącznej liczbie 32 procesorów fizycznych), tj. produkt

„Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector” jednocześnie wpisując w kolumnie czwartej zatytułowanej liczbą (szt.), liczbę 12.

W dniu 26 sierpnia 2019 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Marcin Niewęgłowski „MARTIN”. Na trzecim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego z 70 punktami. W kryterium „okres licencji” Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów z uwagi na zaoferowanie 12 miesięcznej licencji za oprogramowanie komputerowe do wykonywania kopii bezpieczeństwa (pkt 2 poz. 2 formularza oferty cenowej).

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium „okres licencji” na korzystanie z oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa potwierdził się.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Zamawiający w sposób nieprawidłowy nie przyznał ofercie odwołującego się wykonawcy w kryterium „okres licencji” 25 punktów.

Odwolujący w świetle załączonego do odwołania oświadczenia producenta oprogramowania „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector” z dnia 22 sierpnia 2019 r. oraz złożonych w toku rozprawy dowodów wykazał, że licencje na ww. oprogramowanie w wersji licencjonowania na procesor fizyczny (SKU: P-VBRENT - VS - P0000 - 00), tj. zgodnie z pkt 4.22 OPZ załącznika nr 5 do SIWZ, są licencjonowane wyłącznie na zasadzie licencji wieczystej, tj. bez możliwości licencjonowania na czas określony. Jednocześnie precyzyjne zasady licencjonowania oprogramowania „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector”, wskazujące, iż licencje na ww. oprogramowanie mają wieczysty charakter, potwierdzają informacje zawarte na stronie internetowej producenta oprogramowania.

Nadto, w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący wyjaśnił okoliczności związane z omyłkowym wskazaniem w punkcie 2 poz. 2 dla oprogramowania komputerowego do wykonywania kopii bezpieczeństwa 12 - miesięcznej licencji zamiast podania „licencja bezterminowa”, które Izba uznała za wiarygodne. Odwołujący wskazywał, iż oprócz licencji na oprogramowanie komputerowe do wykonywania kopii bezpieczeństwa (pkt 2 poz. 2 tabeli) wykonawca w kolejnym wierszu tabeli oferował wsparcie producenckie (pkt 2 poz. 3 tabeli), które udzielane było na okres 1 roku. Ponadto jak podnosił w toku rozprawy Odwołujący, okoliczność zaoferowania licencji terminowych znajduje odzwierciedlenie w nazwie oferowanych produktów (pozycja 3 i 6 tabeli zawartej w punkcie 2 formularza oferty cenowej), gdzie wprost znajduje się odesłanie do okresu jednego roku. Z kolei w przypadku licencji bezterminowych, w nazwie produktu, nie ma zwrotu świadczącego o terminie korzystania z licencji.

Izba wskazuje, że Zamawiający nie przedstawił podczas rozprawy żadnego kontr dowodu podważającego twierdzenia Odwołującego w zakresie bezterminowego charakteru licencji na oprogramowanie „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector”. Co więcej, Zamawiający nawet nie zakwestionował w toku rozprawy przed Izbą złożonych przez Odwołującego dowodów, jak również nie polemizował z Odwołującym co do okoliczności, w których doszło do omyłkowego wskazania w punkcie 2 poz. 2 okresu licencji - 12 miesięcy, zamiast wskazania „licencja bezterminowa”. Zamawiający skupił się na formalnej analizie oświadczenia wykonawcy IST zawartego w punkcie 2 poz. 2 formularza oferty

cenowej dotyczącego okresu licencji dla oprogramowania „Veeam Backup & Replication Enterprise - Public Sector”, nie posiadając przy tym wystarczającej wiedzy w zakresie zasad licencjonowania dla ww. oprogramowania. Zamawiający nie zaprzeczył również twierdzeniom Odwołującego, iż w toku dialogu technicznego wykonawca IST wskazywał Zamawiającemu na możliwość zaoferowania omawianego oprogramowania, na które udzielana jest licencja bezterminowa.

Izba wskazuje, że jakkolwiek zrozumiałym jest to, że Zamawiający może nie posiadać tak szerokiej wiedzy jak przedstawiciele sektora prywatnego w przedmiocie zasad licencjonowania dostępnych na rynku produktów, to jednak, działający z należytą starannością Zamawiający winien wyjaśnić wszelkie wątpliwości, po to aby doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób zgodny z ustalonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz z poszanowaniem naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na gruncie ustawy Pzp brak jest przeszkód by Zamawiający wystąpił do właściwego podmiotu, a w tym przypadku do producenta oprogramowania oferowanego przez Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie zasad licencjonowania, w tym okresu, na który udzielana jest licencja. Powyższe również umożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności podjętych uprzednio decyzji, w tym ich zmianę na odpowiednim etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby w okolicznościach niniejszej sprawy mogło dojść do nieuprawnionej po upływie terminu składania ofert zmiany treści oferty IST wskutek poprawienia liczby 12 i zastąpienia jej wyrażeniem „licencja bezterminowa”. Za Odwołującym wskazać należy, iż o okresie licencji i sposobie licencjonowania decyduje producent danego oprogramowania, a nie jego dystrybutor lub partner, zatem podmiot pośredniczący w transakcji, którym w tym przypadku jest Odwołujący, nie ma możliwości i nie ingeruje w treść licencji, w tym w szczególności w okres jej obowiązywania. Powyższą okoliczność potwierdza również złożone przez Odwołującego oświadczenie producenta oprogramowania. Zamawiający znając nazwę zaoferowanego przez IST produktu, wykorzystując pozyskaną w toku dialogu technicznego wiedzę co do zasad jego licencjonowania, jak również wzięwszy pod uwagę okoliczność, iż wykonawca SoftBlue S.A. zaoferował identyczne oprogramowanie jak Odwołujący z bezterminową licencją winien powziąć co najmniej wątpliwości i ustalić, czy obiektywnie możliwe było zaoferowanie przez Odwołującego 12 miesięcznego okresu licencji na ww. oprogramowanie, czego Zamawiający w niniejszej sprawie zaniechał.

Jako, że sporna między Stronami postępowania odwoławczego okoliczność została wyjaśniona w sposób niebudzący wątpliwości Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym podwyższenie oceny punktowej przyznanej ofercie wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kryterium „Okres licencji”, o 25 punktów, bez konieczności, wskazanych jako ewentualnych żądań, w zakresie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy też poprawy omyłki w ofercie IST w świetle art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art.

192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 11 100 zł.

Przewodniczący: