Sygn. akt: KIO 3277/20

WYROK
z dnia 13 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2020 r. przez **ESKOM IT Sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Warszawie,**
przy udziale wykonawcy **AB Systems sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty AB Systems sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2.kosztami postępowania obciąża **AB Systems sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:**
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ESKOM IT Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od **AB Systems sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**na rzecz **ESKOM IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.
2.3. zasądza od **AB Systems sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**na rzecz **Sądu Apelacyjnego w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 20202) 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 - Sąd Apelacyjny w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa sprzętu i oprogramowania do wirtualizacji stacji roboczych na potrzeby Sądu Okręgowego w Warszawie Część 3 Zamówienia - Dostawa oprogramowaniawirtualizacyjnego stacji roboczych - 1200 szt. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 195-471177. Postępowanie o zamówienie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp".
W dniu 10 grudnia 2020r. Odwołujący - ESKOM IT sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego, wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Advanced Business Systems sp. z o.o. (ABS) złożonej w ramach części 3 zamówienia - dostawa oprogramowania wirtualizacyjnego stacji roboczych - 1200szt. pomimo tego, że oferta ta jest niezgodna z SIWZ w zakresie, w jakim zaoferowany produkt VMware Horizon 8 Enterprise Named Users nie spełnia wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – Formularz Produktowy część nr 3".
Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wymagał 1200 licencji oprogramowania Vmware Horizon View wwersji Enterprise lub równoważnej. Podał, że zaoferowane oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych musi być licencjonowane na zasadach: ilość licencji zapewnia jednoczesną pracę dowolnych użytkowników".
Odwołujący podniósł, że produkt VMware Horizon 8 Enterprise Named Users zaoferowany przez wykonawcę ABS jest niezgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Załączniku nr 1. Po pierwsze zaoferowany produkt nie jest produktem Vmware Horizon View w wersji Enterprise. Odwołujący powołał dokument Frequently Asked Question Vmware Horizon, opublikowany na stronie producenta, z którego wynika że produkt Vmware Horizon View Enterprise Edition przestał być dostępny w 2013r. Dodatkowo w dokumencie VMware Product Guide, w sekcji 7.20 „VMware Horizon View Enterprise" nie definiuje się licencji „NAMED USER" - licencje takie nie są dostępne dla tego produktu. Odwołujący przyjął zatem, że wykonawca ABS przedstawił ofertę nie na produkt wymagany ale na produkt równoważny.

W dalszej części Odwołujący podniósł, że produkt VMware Horizon 8 Enterprise Named Users nie jest równoważny do produktu Vmware Horizon Enterprise Edition. Oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych producenta Vmware licencjonowane jest w oparciu o dwa różne modele licencjonowania - model Concurrent User (użytkownik jednoczesny) oraz model Named Users (użytkownik nazwany). Odwołujący przytoczył definicje tych pojęć i stwierdził, żelicencja w modelu Named User nie pozwala na użycie produktu przez dowolnego użytkownika (pracownika zamawiającego) a wyłącznie przez zindywidualizowanych użytkowników wskazanych („nazwanych"), którzy „zajmują" przysługujące Zamawiającemu uprawnienie licencyjne, niezależnie od tego, czy w danej chwili korzystają z produktu. Innymi słowy, Zamawiający korzystając z takiego modelu licencjonowania może upoważnić do korzystania z oprogramowania konkretnych 1200 użytkowników, którzy wyłącznie będą uprawnieni do uzyskania dostępu oraz korzystania z oprogramowania. Nawet w sytuacji, gdyby wszyscy ci użytkownicy nie korzystali z oprogramowania jednocześnie, Zamawiający nie miałby możliwości przyznania dostępu do oprogramowania innym użytkownikom, dostępna pula użytkowników nazwanych byłaby bowiem już wyczerpana. Z kolei w modelu Concurrent User istnieje możliwość wskazania („nazwania") poszczególnych użytkowników, jednak są oni z punktu widzenia ograniczeń licencyjnych traktowani jako użytkownicy dowolni, których łączna liczba jednocześnie korzystających z produktu nie może przekraczać liczby wykupionych licencji. Licencje w modelu *Concurrent User* zapewniają użytkownikowi znacznie większą elastyczność w wykorzystywaniu oprogramowanie w ramach organizacji. Licencje *Concurrent User* i *Named*

User nie są więc i nie mogą być oferowane zamiennie, ich funkcjonalność nie jest bowiem tożsama ani równoważna. Zarazem różnica pomiędzy modelami licencjonowania ma charakter istotny z punktu widzenia Zamawiającego, wpływa bowiem na zakres, w jakim będzie mógł korzystać z zakupionego oprogramowania. Odwołujący wskazał na wymaganie Zamawiającego z Załącznika I część III „zaoferowane oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych musi być licencjonowane na zasadach: ilość licencji zapewnia jednoczesną pracę dowolnych użytkowników". W części I załącznika jest wymaganie „Zaoferowane oprogramowanie musi być licencjonowane na zasadach: ilość licencji zapewnia jednoczesną pracę dowolnych użytkowników lub ilość nazwanych użytkowników". Pomimo użytej w nim alternatywny łącznej, pełną zgodność z wymaganiami Zamawiającego można osiągnąć jedynie spełniając wymaganie zapewnienia możliwości jednoczesnej pracy dowolnych użytkowników. Innymi słowy jedynie wykonawca oferujący licencję w modelu *Concurrent User*spełnia jednocześnie możliwość pracy dowolnych użytkowników oraz użytkowników nazwanych.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Uczestnik postępowania, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania. Złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 7 stycznia 2021r. z wnioskami dowodowymi w postaci wymienionej tam dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również wydruków ze stron internetowych oraz dopuszczenie dowodu z przesłuchania p. P.P. - Prezesa Zarządu AB Systems sp. z o.o. na okoliczność ustalenia, że oferowane przez uczestnika oprogramowanie stacji roboczych Horizon 8 Enterprise Named Users wyprodukowane przez Vmware jest zgodne z SIWZ i spełnia wymagania Zamawiającego określone w Załączniku nr 1 do SIWZ, w tym określone w poz. 1 kol. 3 i jest najnowszą wersją oprogramowania Vmware Horizon View w wersji Enterprise. Wnoszący sprzeciw podniósł, że jedyny zarzut odwołania dotyczy podmiotu nieuczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym nie znajduje oparcia w stanie faktycznym i prawnym. Określony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1Pzp odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty Advanced Business Systems sp. z o.o. (dalej ABS) złożonej w część 3 zamówienia, podczas gdy w postępowaniu na część 3 ofertę złożyli: ESKOM IT sp. z o. o. oraz AB Systems Sp. z o.o.. Zatem w postępowaniu nie uczestniczyła wskazana w zarzucie odwołania Advanced Business Systems sp. z o.o. Zdaniem uczestnika postępowania wadliwość w sformułowaniu zarzutu powoduje zasadność oddalenia odwołania.
Wyjaśnił, że zaoferował produkt VMware Horizon 8 Enterprise Named Users, który zawiera najnowszą wersję wskazanego przez Zamawiającego oprogramowania Vmware Horizonw wersji Enterprise, a zatem spełnia wymogi Zamawiającego określone w SIWZ. Zaoferowany produkt VMware Horizon 8 Enterprise Named Users nie jest rozwiązaniem równoważnym, ale zawiera dokładnie to oprogramowanie, które wskazał Zamawiający. Wyjaśnił także, że produkt Horizon jest licencjonowany w dwóch modelach licencjonowania named user (użytkownik nazwany) oraz concurrent connected user (użytkownik jednoczesny).
Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.
Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określonew art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.
Izba dopuściła jako dowody w sprawie: dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez Zamawiającego, w tym wnioskowane przez Odwołującego: pismo z dnia 23 listopada 2020r. z otwarcia ofert, pismo z dnia 4 grudnia 2020r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, Załącznik nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – formularz produktowy część 3 oraz ofertę AB Systems sp. z o.o. a także załączone wydruki ze stron internetowych.
Izba nie podzieliła stanowiska uczestnika wnoszącego sprzeciw - AB Systems sp. z o.o.,iż z uwagi na błędne oznaczenie w treści odwołania nazwy wykonawcy, którego oferta jest kwestionowana zachodzą podstawy do oddalenia odwołania. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 3 oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący - ESKOM IT Sp. z o.o. oraz AB Systems sp. z o.o. - uczestnik postępowania. Mając na uwadze fakt, że jedynym konkurentem Odwołującego, ubiegającym się o udzielenie zamówienia w tej części jest wykonawca AB Systems sp. z o.o. a także biorąc pod uwagę samą treść odwołania, w którym wskazano nazwę oferowanego produktu i wklejono fragment oferty AB Systems sp. z o.o., nie budzi żadnych wątpliwości, że zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ odnosi się do oferty konkrecyjnego wykonawcy.Ponadto, sam wykonawca AB Systems sp. z o.o., zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie miał żadnych wątpliwości co do tego, że zarzuty odwołania odnoszą się do jego oferty.
Posłużenie się w treści odwołania nazwą „Advanced Business Systems sp. z o.o.(dalej ABS)", w tych konkretnych okolicznościach faktycznych, należy uznać za oczywistą omyłkę. Omyłka ta nie ma charakteru zamierzonego, bowiem jak wynika z publicznie dostępnych dokumentów KRS obie spółki (Advanced Business Systems sp. z o.o. oraz AB Systems Sp. z o.o.) widnieją pod tym samym numerem KRS, posługują się tym samym numerem NIP i Regon.
Odnośnie niezgodności treści oferty AB Systems Sp. z o.o. z SIWZ, Izba ustaliłaże Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - Formularz Produktowy część nr 3 - dostawa oprogramowania wirtualizacyjnego stacji roboczych - 1200szt. W poz. 1 Oprogramowanie Zamawiający podał „posiada serweryz oprogramowaniem Vmware vSphere oraz oprogramowanie zarządzające Vmware vCenter. Należy dostarczyć 1200licencji oprogramowania Vmware Horizon View w wersji Enterprise lub równoważne. Należy dostarczy najnowszą wersję oprogramowania".
W poz. 2 Równoważność Zamawiający podał parametry równoważności, w tym m.in. „Zaoferowane oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych musi być licencjonowane na zasadach: ilość licencji zapewnia jednoczesną pracę dowolnych użytkowników".
Wykonawca AB Systems Sp. z o.o. zaoferował w zakresie części 3 produkt Vmware Horizon 8 Enterprise Named Users.
Mając na uwadze powyższe wymagania, zdaniem Izby, Zamawiający oczekiwał dostarczenia oprogramowania do wirtualizacji stacji roboczych licencjonowanego na zasadach: ilość licencji zapewnia jednoczesną pracę dowolnych użytkowników (Concurrent User). Nie można zgodzić się z twierdzeniem wykonawcy wnoszącego sprzeciw, że wymaganie to odnosiło się jedynie do produktu równoważnego. Należy zauważyć, że produkt równoważny to produkt spełniający minimalne wymagania produktu podstawowego. A zatem produkt podstawowy, jako preferowany musi posiadać wszystkie cechy i parametry jakie są charakterystyczne dla produktu równoważnego. Z tych względów, w

ocenie Izby, spór między stronami co do tego czy zaoferowany przez AB Systems sp. z o.o. produkt jest rozwiązaniem równoważnym czy też podstawowym jest bez znaczenia, bowiem w obu przypadkach zaoferowany produkt winien być licencjonowany w modelu Concurrent User.
Niespornym między stronami jest, że oferowany przez AB Systems sp. z o.o. produkt jest licencjonowany w modelu Named Users. Taki sposób licencjonowania pozwala na użycie produktu wyłącznie przez zindywidualizowanych użytkowników, wskazanych z nazwy. W takim modelu licencjonowania Zamawiający może upoważnić do korzystania konkretnych 1200 użytkowników, którzy zostają uprawnieni do wyłącznego korzystania z systemu. W przypadku zaś modelu Concurrent User istnieje co prawda możliwość nazwania użytkowników, ale są oni z punktu widzenia ograniczeń licencyjnych traktowani jako użytkownicy dowolni i łączna liczba jednocześnie korzystających z produktu nie może przekroczyć 1200 wykupionych licencji.
W efekcie przypadku modelu Concurrent User Zamawiający może upoważnić do korzystania znacznie większą liczbę użytkowników niż w przypadku modelu Named Users, co zapewnia mu większą elastyczność z korzystaniu z oprogramowania.
Wykonawca AB Systems sp. z o.o. potwierdził w piśmie procesowym, że produkt Horizon 8 jest licencjonowany w dwóch modelach licencjonowania: Named User, Concurrent Connected User. AB Systems sp. z o.o. wykazał, że zaoferowany przez niego produkt Vmware Horizon 8 Enterprise zawiera najnowszą wersję oprogramowania Horizon, nie ulega jednak wątpliwości, że jest on licencjonowany w modelu Named User a nie jak wymagał Zamawiający w modelu Concurrent User. Z tych względów, zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty AB Systems sp. z o.o. z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią wymagań określonych w SIWZ.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
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. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: ……