

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 oprogramowania wirtualizacyjnego 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 29 stycznia 2004 r. 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 - 1200 szt. 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 w wersji 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, że licencja 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 oprogramowania 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 Users* 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. 1 Pzp odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty Advanced Business Systems sp. z o.o. (dalej ABS) złożonej w części 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 zaferował produkt VMware Horizon 8 Enterprise Named Users, który zawiera najnowszą wersję wskazanego przez Zamawiającego oprogramowania VMware Horizon w wersji Enterprise, a zatem spełnia wymogi Zamawiającego określone w SIWZ. Zaferowany 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 określonych w 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 konkretnego 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.

Odnosnie niezgodności treści oferty AB Systems Sp. z o.o. z SIWZ, Izba ustaliła że 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 dostarczyć najnowszą wersję oprogramowania”.

W poz. 2 Równoważność Zamawiający podał parametry równoważności, w tym m.in. „Zaferowane oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych musi być licencjonowane na zasadach: ilość licencji zapewnia jednoczesną pracę dowolnych użytkowników”.

Wykonawca AB Systems Sp. z o.o. zaferował 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: