Sygn. akt: KIO 2266/21

WYROK

z dnia 2 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2021 r. przez odwołującego Acanit Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Klimatu i Środowiska w Warszawie przy udziale wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o. o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Acanit Sp. z o. o. w Warszawie i zalicza na poczet kosztów kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie

14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 2 września 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2266/21

Zamawiający - Ministerstwo Klimatu i Środowiska ul. Wawelska 52/54, 00 - 922 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: ”Zakup licencji

subskrypcyjnych pakietu biurowego Microsoft Office 365 Enterprise E3 ver. GOV lub

oprogramowania równoważnego na okres 1 roku”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu

7 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 108-284227, dalej zwanej jako „postępowaniem".

Postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach

wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 28 lipca 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu w zakresie obydwu części wniósł wykonawca Acanit Sp. z o. o. ul. Domaniewska 37/2, 43 02-672 Warszawa (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 226 Ustawy polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 5 lipca 2021 r. mimo braku zaistnienia przesłanek wskazanych w katalogu zawartym w przywołanym art. 226 Ustawy, w tym w szczególności w związku z faktem, że w ocenie Odwołującego złożona przez Odwołującego oferta była zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia uznania oferty odwołującego za odrzuconą na postawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. oraz dokonania powtórzenia badania i oceny ofert. Ponadto wniesiono o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Oferowane oprogramowanie to Office 365 E3 firmy Microsoft dostępne w kanale sprzedażowym CSP (Cloud Solution Provider) o kodzie produktu AAA-06227, które jest oprogramowaniem równoważnym. Zakres oferowanych aplikacji klienckich w ramach oferowanego pakietu,

parametry usługi, a także procesy administracyjne w oferowanym przez odwołującego pakiecie są tożsame z produktem referencyjnym wskazanym przez zamawiającego, a jedyne różnice związane są z kanałem dystrybucji oprogramowania i aktywacją licencji, w praktyce przekładające się na różnice w portalach zakupu licencji, co nie wpływa zaś na zakres czy funkcjonalności samego oprogramowania, które jest takie samo dla obu wariantów. Dostępne w ramach oprogramowania oferowanego przez odwołującego aplikacje klienckie to połączenie planu Office 365 E3 i aplikacji WWW takich jak Stream, Sway, PowerAutomate z pakietem biurowym Office 365. W obu przypadkach (tj. w kanale dystrybucyjnym CSP oferowanym przez odwołującego oraz MPSA wskazanym jako referencyjny przez zamawiającego) zakres aplikacji jest tożsamy. Parametry usługi, takie jak wielkość skrzynki pocztowej, wielkość przestrzeni na dysku w chmurze czy funkcjonalności filtrowania SPAM są analogiczne i zależne od poziomu planu - w tym przypadku jest to poziom E3. Poziom ten jest identyczny dla oprogramowania wymaganego przez zamawiającego, jak i oprogramowania oferowanego przez odwołującego. Ponadto, administracja oprogramowaniem, przypisywanie licencji do użytkowników, narzędzia administracyjne, skrypty czy portal administracyjny Office 365 jest ten sam z uwagi na to, iż oferowane oprogramowanie jest tego samego producenta, z tej samej rodziny i z analogicznego planu. Oferowane oprogramowanie równoważne pochodzi z innego kanału sprzedażowego niż referencyjny produkt, tj. z kanału CSP i w związku z różnicami w kanale dystrybucji, mogą zmaterializować się różnice wynikające z tego faktu. Oprogramowanie jest dostępne z poziomu dedykowanego sklepu z oprogramowaniem i może być ono w pełni zintegrowane z infrastrukturą zamawiającego. Zakup oprogramowania w dedykowanym sklepie implikuje przypisanie danych licencji w infrastrukturze zamawiającego, jak również wszelkie komponenty, które są instalowane na komputerach są dostępne z poziomu tenanta Office 365 i witryn producenta oprogramowania Microsoft. Dystrybucja oprogramowania w rozumieniu kanału CSP rozumiana jest tylko jako przyłączenie planu subskrypcyjnego do instalacji zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że w SWZ opisano początkowo w 16 punktach wymagania jakie musi spełniać oprogramowanie równoważne. Następnie dodano nowe wymaganie nr 17 opisujące sposób licencjonowania. W toku oceny oferty zamawiający w dniu 12 lipca 2021 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i ustosunkowanie się do wymagań punktu 17. Po wyjaśnieniach złożonych w dniu 13 lipca 2021 r. zamawiający odrzucił ofertę zarzucając niespełnienie następujących wymogów zamówienia w zakresie licencjonowania: 1) aktywowania licencji przez zamawiającego (bez pośredników), 2) dokonywania dodatkowych zakupów licencji/usług oferowanych przez producenta w trakcie trwania licencji, 3) dostępu do strony producenta, na której zamawiający może sprawdzić liczbę posiadanych licencji oraz daty ich aktywacji i termin wygaśnięcia.

W ocenie odwołującego oferowany produkt spełnia wszystkie wymagania funkcjonalne jako produkt równoważny. Z uwagi na inny kanał zakupowy wymagania te nie mogą być zrealizowane w sposób identyczny jak w kanale MPSA. Należy jednak podkreślić, że rozwiązanie równoważne nie jest tożsame z produktem referencyjnym, gdyż przeczy to samej istocie równoważności i czyniłoby to oferowanie produktów równoważnych

niemożliwym. Jak również ograniczanie zakupu do wybranego kanału dystrybucyjnego może negatywnie wpłynąć na konkurencję w prowadzonym postępowaniu, ponieważ oznacza to ograniczenie potencjalnych dostawców do 8 dostawców w Polsce posiadających status LSP.

W zakresie aktywowania licencji przez zamawiającego (bez pośredników) należy wskazać, że zamawiający uzasadnił niespełnianie wymogów w tym zakresie powołując się na § 2 ust. 1 pkt 1 oraz § 2 ust. 2 projektu umowy, jednak w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie zostało to wyspecyfikowane i potraktowane przez odwołującego jako aktywację licencji oprogramowania biurowego dla użytkownika końcowego. Postanowienie to było analogiczne do dodanego punktu projektu umowy i nie odnosiło się do aktywacji licencji zbiorczej. Zmieniając klucze produktu na zainstalowanym już oprogramowaniu biurowym lub instalując na nowych komputerach z dedykowanym kluczem można osiągnąć efekt manualnej aktywacji licencji, tym samym spełniając warunek. Oferent działając w dobrej wierze zaproponował rozwiązanie automatycznej aktywacji pakietu biurowego, który to mechanizm zmniejsza ilość pracy administracyjnej. W związku z powyższym należy traktować spełnienie tych wymagań zgodnie ze złożonymi przez oferenta wyjaśnieniami.

Odwołujący dodał, że ciężar sprecyzowania oczekiwań co do przedmiotu zamówienia, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1315/11), spoczywa w całości na zamawiającym. „Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia winny być tak ukształtowane, by dać zamawiającemu możliwość powzięcia wiedzy, czy ma do czynienie z rozwiązaniem równoważnym opisanemu, czy też nie, już z samej treści oferty (...) Nie można uznać, iż dana oferta nie spełnia wymogu równoważności, jeżeli z powodu braku danych nie można wykazać, czy dana oferta jest równoważna. Z faktu niedochowania przez zamawiającego należytej staranności przy redagowaniu postanowień specyfikacji nie należy wyciągać negatywnych konsekwencji dla odwołującego, który zaoferował produkty odpowiadające wymaganiom zamawiającego. Nie można uznać za tożsamą z niespełnieniem wymagań równoważności sytuacji, w której nie można wykazać z powodu braku danych, czy dana oferta jest równoważna".

W zakresie dokonywania dodatkowych zakupów licencji/usług oferowanych przez producenta w trakcie trwania licencji odwołujący wyjaśnił, że odrzucono jego wyjaśnienia, ponieważ zakup dodatkowego oprogramowania jest ograniczony jedynie do licencji/usług oferowanych przez producenta w programie CSP. Zaś w ocenie odwołującego wybrany sposób licencjonowania oferowanego produktu w żaden sposób nie ogranicza dalszych możliwości zakupu innych produktów oferowanych przez producenta od dostawcy (oferenta lub innych firm). Zamawiający nie wyspecyfikował produktów będących przedmiotem wskazanego wymagania, a odwołujący wskazał funkcjonalność swojego sklepu jako możliwość zakupu licencji. W kanale CSP dostępne są również produkty wieczyste, np. Windows Server, Windows 10, Office 2019, Visual Studio. Zdaniem odwołującego ofererowane oprogramowanie równoważne w żaden sposób nie ogranicza zamawiającego do zakupu licencji, w tym licencji wieczystych (zgodnie z wymaganiami dla oprogramowania równoważnego), zatem wymagania zamawiającego zostały spełnione.

W zakresie dostępu do strony producenta, na której zamawiający może sprawdzić liczbę posiadanych licencji oraz daty ich aktywacji i terminu wygaśnięcia, odwołujący wskazał, że odrzucono jego ofertę z powodu możliwość sprawdzenia tych informacji na stronie sklepu odwołującego, co nie jest tożsame z dostępem do strony producenta. Natomiast daty wygasania i aktywacji są dostępne na portalu licencyjnym, zależnym od modelu dystrybucji oprogramowania: dla kanału zakupowego CSP jest to portal partnera Microsoft - dostawcy licencji, dla kanału zakupowego MPSA jest to dedykowany portal Microsoft. Funkcja i cel wskazane w opisanym wymogu są spełnione poprzez wskazany przez odwołującego portal. W przypadku jednak chęci skorzystania z informacji pochodzących bezpośrednio od producenta oprogramowania - Microsoft, tego rodzaju informacje są zapisane w dzierżawie oprogramowania i są dostępne z poziomu innego interfejsu (np. PowerShell), czyli z poziomu strony producenta. Proponowane rozwiązanie nie wiąże się dla zamawiającego z dodatkowymi kosztami lub brakiem oczekiwanych od oprogramowania funkcjonalności.

Odwołujący dodał, że istotą oferty równoważnej jest przedstawienie przedmiotu zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz

oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Oferta równoważna będzie posiadała zbliżone, lecz nietożsame cechy z produktem referencyjnym. Odwołujący spełnia warunki zamówienia w postępowaniu i dopełnił obowiązków określonych przez zamawiającego w SWZ.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania

zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o. o. ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. W rozdziale 3 - opis przedmiotu zamówienia wskazano, że:

1. przedmiotem zamówienia jest zakup licencji subskrypcyjnych pakietu biurowego Microsoft Office 365 Enterprise E3 ver. GOV lub oprogramowania równoważnego na okres 1 roku i uruchomienie infolinii dla zamawiającego (w przypadku zaoferowania tej usługi przez wykonawcę w złożonej ofercie),

2. postępowanie zostało podzielone na dwie części: I część - zakup licencji subskrypcyjnych pakietu biurowego Microsoft Office 365 Enterprise E3 ver. GOV lub oprogramowania równoważnego na okres 1 roku (365 dni) dla 340 użytkowników, II część - zakup licencji subskrypcyjnych pakietu biurowego Microsoft Office 365 Enterprise E3 ver. GOV lub oprogramowania równoważnego na okres 1 roku (365 dni) dla 600 użytkowników,

3. szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki jego realizacji zostały przedstawione w załączniku nr 1a do SWZ dla części I postępowania oraz w załączniku nr 1b do SWZ dla części II postępowania - wzory umów wraz ze szczegółowym zakresem przedmiotu zamówienia.

II. Zamawiający dokonywał modyfikacji SWZ, w tym w dniu 29 czerwca 2021 r. zmieniono treść dokumentacji postępowania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (odpowiedź na pytanie nr 10, do którego odwołują się również odpowiedzi na pytania nr 12, 13 i 22).

III. W dniu 12 lipca 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień treści oferty w przedmiocie, czy zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie jest produktem równoważnym. W wezwaniu wskazano: „Jeżeli oferowane oprogramowanie jest produktem równoważnym (w tym produkty Microsoft licencjonowane w inny sposób niż w programie MPSA), Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie/wykazanie czy oferowane oprogramowanie spełnia wszystkie wymagania zawarte w Załączniku nr 3 do Umów, w zakresie sposobu licencjonowania, tj. czy umożliwia Zamawiającemu:

a. aktywowanie Licencji przez Zamawiającego (bez pośredników);

b. dokonywanie dodatkowych zakupów licencji/usług oferowanych przez Producenta w trakcie trwania Licencji;

c. skorzystanie ze wsparcia Producenta;

d. sposób aktywacji Licencji i oprogramowania musi opierać się na aktywnym

przydziale w sposób zautomatyzowany, bez konieczności dystrybucji kluczy aktywacyjnych lub egzemplarzy oprogramowania na każdą stację roboczą;

e. dostęp do strony Producenta, na której Zamawiający może sprawdzić liczbę posiadanych licencji oraz daty ich aktywacji i terminu wygaśnięcia;

f. udzielenie przez Zamawiającego sublicencji na wykupione Licencje swoim jednostkom".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 13 lipca 2021 r. odwołując złożył wymagane wyjaśnienia.

IV. W dniu 19 lipca 2021 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części I postępowania i poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., jako oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia, zaś w dniu 22 lipca 2021 r. dokonano wyboru w części II postępowania i również odrzucono ofertę odwołującego z powodu niezgodności z warunkami zamówienia.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu oraz dodatkowe stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego całość zebranego materiału procesowego wskazuje, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. została wykonana w sposób prawidłowy, zatem odwołanie zostało oddalone.

Jak trafnie podnosi się w doktrynie „Obowiązkiem wykonawcy powołującego się na rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych przez zamawiającego jest wykazanie, że w równoważnym stopniu spełniają one wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że oferta taka powinna zostać potraktowana jako zgodna z warunkami zamówienia. Ciężar dowodu pozostaje po stronie wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że istotne jest przy tym to, że wymagane właściwości i parametry danego produktu (rozwiązania) muszą być przez wykonawcę wykazane zamawiającemu, a zatem w sposób bezsporny udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym za pomocą wszelkich środków dostępnych wykonawcy (wyr. KIO z 23.4.2015 r., KIO 709/15, Legalis)". (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak w Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2021 r., art. 101 p.z.p., Legalis).

Ponadto „Zgodnie z wyrokiem KIO z 18.7.2012 r., KIO 1388/12, niepubl.: Wskazać również należy, że w myśl przepisu art. 30 ust. 5 PrZamPubl2004 [uw. aut. - obecnie art. 101 ust. 5], to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie jest faktycznie rozwiązaniem równoważnym w odniesieniu do przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego. W powyższym zakresie wykonawca wszelkimi możliwymi środkami dowodowymi musi przedstawić jasne, precyzyjne i niepowodujące żadnych wątpliwości stanowisko, które u zamawiającego winno wywołać skutek w postaci niepowodującej żadnych wątpliwości pewności, co do prawidłowości złożonej oferty, w tym jej zgodności ze specyfikacją warunków zamówienia i prawidłowego skonfigurowania przedmiotu oferty równoważnej". (tak P. Granecki, I. Granecka w Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2021 r., art. 101 p.z.p., Legalis).

W konsekwencji powyższego wykonawcy powinni rozważnie przygotować się do oferowania rozwiązań równoważnych, gdyż to na przedsiębiorcy spoczywa obowiązek dowodowy w postaci wykazania, że oferowany przez niego produkt odpowiada wymaganiom stawianym przez zamawiającego. Natomiast etapem, na którym należy sprostać temu obowiązkowi, jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - w tym wypadku odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia/wykazania, że spełniono wymagania SWZ. Nie można bowiem zapominać, że próba wykazania spełnienia równoważności w toku postępowania odwoławczego zostanie uznana za działanie spóźnione.

Izba weryfikuje czynności w przetargu, a nie zastępuje zamawiającego w ocenie i badaniu ofert, zatem podnoszenie okoliczności, które wykonawca powinien wskazać na wezwanie z dnia 12 lipca 2021 r., w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p., dopiero przed Krajową Izbą Odwoławczą nie zasługuje na aprobatę. Wezwany do wyjaśnień wykonawca powinien dochować należytej staranności i odpowiednio wykazać wszystkie wymagane cechy swojego produktu składając stosowne wyjaśnienia - ponieważ skład orzekający kontroluje działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (sprawdza, czy czynności zamawiającego były zgodne z prawem), a nie bada i ocenia oferty. Innymi słowy, postępowanie odwoławcze przez Izbą, a następnie postępowanie skargowe przed sądem okręgowym, ma charakter weryfikacyjny - bada się, czy prawidłowo dokonano czynności w przetargu, więc nie może być wykorzystane do tego, by dopiero na tym etapie próbować wykazywać, że oferta spełnia kryteria równoważności. Właściwym momentem na przekonywanie, że zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie jest produktem równoważnym, który spełnia wszystkie wymagania w zakresie sposobu licencjonowania (pkt 17 z załącznika nr 3 do wzorów umów) było złożenie udowadniających równoważność wyjaśnień w przetargu, a temu odwołujący niestety nie sprostał.

Jak wcześniej wspomniano, zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 223 ust. 1 p.z.p. (vide pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) i zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie/wykazanie czy oferowane oprogramowanie spełnia wszystkie wymagania zawarte w załączniku nr 3 do umów w zakresie sposobu licencjonowania, w wyniku którego uznano, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu w zakresie obydwu części postępowania. Izba zweryfikowała czynności zamawiającego w przetargu i stwierdziła, że odwołujący nie wykazał spełnienia następujących wymagań.

Aktywowanie licencji przez zamawiającego (bez pośredników) - zgodnie z wyjaśnieniami „(...) wymagania są przez oferowane oprogramowanie spełnione w następujący sposób: Licencje są aktywowane automatycznie bazując na weryfikacji użytkownika korzystającego z oprogramowania, dla którego została przypisana licencja Office 365. Należy wziąć pod uwagę, iż automatyczna aktywacja licencji wymaga udrożnienia ruchu sieciowego do witryn Microsoft". Zatem w ocenie Izby zamawiający właściwie ocenił i odrzucił ofertę odwołującego stwierdzając, że automatyczna aktywacja jest niezgodna z warunkami zamówienia (w § 3 ust. 4 wzoru umów wymagano dostarczenia linku aktywacyjnego służącego do aktywacji licencji, przekazanego zamawiającemu przez wykonawcę - tak § 1 pkt 3 wzoru umowy). Dopiero w toku postępowania odwoławczego wykonawca próbował podnosić, że spełnia rzeczone wymaganie i jest w stanie zaoferować wymagany w dokumentacji postępowania link aktywacyjny.

Odwołujący podnosił również, że mogło dojść do nieporozumienia przy definiowaniu tego, czym jest aktywowanie licencji z lit. a pkt 17 załącznika nr 3 do wzoru umowy - zdaniem odwołującego chodziło o aktywowanie subskrypcji (subskrypcji licencji, subskrypcji produktu), a nie samych licencji (tak jak w lit. d pkt 17), a treść dokumentacji wprowadza w błąd, gdyż sformułowania są stosowane zamiennie (aktywacja subskrypcji usługi Office 365, a także aktywacja i dystrybucja kluczy produkty Office 365 na stacjach roboczych), w związku z czym odwołujący przyjął w wyjaśnieniach, że chodziło o aktywację subskrypcji, a nie licencji jak to było zapisane.

Skład orzekający wskazuje, że na obecnym etapie postępowania, po upływie terminu na składanie ofert, nie ma już możliwości zmiany postanowień treści dokumentacji postępowania. Tym samym nie ma też podstaw do rewidowania jej treści - uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również Krajowa Izba Odwoławcza są związani treścią SWZ. Zatem w odniesieniu do ewentualnych - pozornych bądź rzeczywistych - wątpliwości co do brzmienia wzoru umowy wykonawcy mieli prawo zwrócić się do zamawiającego o ich wyjaśnienie. Doktryna i orzecznictwo stanęło przy tym na stanowisku, że w przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku zamówień publicznych, uprawnienie, o którym mowa w art. 135 ust. 1 p.z.p. przeradza się - przez pryzmat zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie - w obowiązek wykonawcy.

Wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji wprowadza w błąd, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy - powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 135 ust. 1 p.z.p., zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów SWZ. Wykonawca, który wątpliwości co do treści dokumentacji nie wyjaśni, utraci możliwość powoływania się z korzyścią dla siebie na te okoliczności niezależnie od tego, jak zostałyby one rozstrzygnięte, gdyby faktycznie wystąpiły (por. wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 28.02.2018 r., sygn. akt: VIII Ga 554/17).

Mając ponadto na uwadze możliwość wniesienia środków ochrony prawnej

w odniesieniu do regulacji wzoru umowy, Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie od dalszych czynności zamawiającego wszelkie zarzuty kierowane do treści dokumentacji uznaje za spóźnione - nie jest bowiem możliwe obejście terminu na wniesienie odwołania, poprzez formułowanie zarzutów co do brzmienia SWZ na etapie, na którym wykonawca uzna, że zarzuty, które mógł zgłosić wcześniej (i na których zgłoszenie we właściwym trybie termin upłynął) stały się w jego ocenie istotne. Zatem, jeżeli wykonawca zamiast dopytać zamawiającego o rozumienie treści wymagań - czyli zamiast pozyskać wiedzę bezpośrednio od jednostki zamawiającej - czyni własne, niepotwierdzone założenia co jest wymagane w SWZ naraża się na ryzyko poniesienia negatywnych konsekwencji subiektywnych założeń, które mogą okazać się niezgodne z tym, co autor dokumentacji postępowania miał na myśli.

Izba nie znajduje również powodu, aby podzielić stanowisko odwołującego, że pomimo, iż nie zapytano o to zamawiającego we właściwym trybie, obecnie należy przyjąć, że pisząc o aktywacji subskrypcji jednostka zamawiająca miała na uwadze aktywację licencji. Definicje z dodatkowego stanowiska procesowego odwołującego są jego własnymi definicjami, które nie znajdują odzwierciedlenia w SWZ, a z drugiej strony odpowiadając na pytanie nr 11 (str. 2 wyjaśnień z dnia 29.06.2021 r.) zamawiający wypowiedział się jak rozumie określenie „subskrypcja licencji", czyli dostawa licencji terminowych, co powoduje, że dodatkowo z tego powodu nie można podzielić stanowiska odwołującego.

Jako kolejny powód odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał brak spełnienia wymogu dokonywania dodatkowych zakupów licencji/usług oferowanych przez producenta w trakcie trwania licencji. W tym zakresie w wyjaśnieniach wykonawcy wskazano, że „Realizacja dodatkowych zakupów możliwa jest poprzez dedykowany sklep zintegrowany konkretną dzierżawą (Office 365 Tenant). Z daną dzierżawą może być skorelowanych wiele sklepów od różnych odsprzedawców. Kolejne zakupy w ramach tej samej subskrypcji licencji są realizowane w tej samej cenie. Przykład sklepu Acanit przedstawia poniższa ilustracja

Skład orzekający stwierdził, że zamawiający prawidłowo przyjął, iż zgodnie z wyjaśnieniami odwołujący zaoferował spełnienie wymagania w zakresie zakupów licencji dostępnych w programie Cloud Solution Provide (CSP). Nie wykazano możliwości zakupu usług oferowanych przez producenta, ograniczając wyjaśnienia do kanału sprzedażowego CSP. Dopiero w postępowaniu odwoławczym podjęto próbę bardzo szczegółowego odniesienia się do sposobu wykazania spełnienia spornego wymagania, co jest działaniem spóźnionym, ponieważ powinno nastąpić w przetargu. W wyjaśnieniach nie sprostano ciężarowi wykazania wszystkich wymaganych cech produktu wskazanych w dokumentacji postępowania.

Ponadto, poza zakresem sporu była weryfikacja prawidłowości przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego przez zamawiającego, bowiem odwołujący nie zdecydował się postawić zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p. i przykładowo zbyt wczesnego odrzucenia oferty, w miejsce pozyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień - co jednak wymagałoby oceny przez jednoznaczną treść wezwania do wyjaśnienia/wykazania spełnienia wymogów w zakresie sposobu licencjonowania z pkt 17 załącznika nr 3 do wzorów umów.

Ostatnim powodem odrzucenia oferty było niespełnienie dostępu do strony producenta, na której zamawiający może sprawdzić liczbę posiadanych licencji oraz daty ich aktywacji i terminu wygaśnięcia. W tym zakresie skład orzekający nie znalazł powodów do stwierdzenia niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia, skoro w wyjaśnieniach dotyczących wykazania spełnienia kryteriów równoważności na str. 2 wskazano, że „Można je wyświetlić Billing - Your Products w centrum administracyjnym Office 365 (.)". Nie było także spornym, że przez producenta strony rozumieją producenta oprogramowania objętego licencją (także § 1 pkt 6 wzoru umowy), więc trudno uznać, że wymaganie nie zostało spełnione.

O ile znaczącą część wyjaśnień w tym zakresie stanowi wywód wykonawcy dotyczący rekomendowanych rozwiązań, które w jego ocenie stanowią rozwiązania równoważne (chociaż odwołujący nie zdecydował się w tym zakresie zadbać, aby korzystanie z interfejsu Microsoft PowerShell lub przez platformę udostępnioną przez odwołującego było uznane za równoważne na kanwie dokumentacji postępowania, np. dbając o taką treść zawartą w SWZ, i jest to jego własna ocena), co może być mylące, to jednak umknęło uwadze zamawiającego, że jako jeden ze sposobów spełnienia spornego wymagania w wyjaśnieniach bezsprzecznie wskazano na stronę producenta.

Konkludując, Izba stwierdziła, że odwołujący zaniechał prawidłowego udowodnienia równoważności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wymagań z lit. a pkt 17 załącznika nr 3 do wzoru umów - aktywowanie licencji przez zamawiającego (bez pośredników) i lit. b pkt 17 załącznika nr 3 do wzoru umów - dokonywania dodatkowych zakupów licencji/usług oferowanych przez producenta w trakcie

trwania licencji, zatem zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę odwołującego. Brak podołania obowiązkowi wykazania równoważności powoduje brak możliwości przyjęcia, że oferta spełnia wymagania warunków zamówienia i stanowi podstawę do jej odrzucenia na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

W istocie, odwołujący w miejsce prawidłowego wykorzystania instrumentów procedury w odpowiednim czasie usiłował swoje działania konwalidować dopiero w postępowaniu odwoławczym, próbując tym samym przerzucić ciężar dokonania oceny merytorycznej i weryfikację prawidłowości treści SWZ na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Na działanie takie przywołane w orzeczeniu przepisy nie pozwalają, wymagając od podmiotu profesjonalnego dbałości o swój interes na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie dopiero wtedy, gdy jego oferta zostanie wyeliminowana.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. - zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę odwołującego w obydwu częściach postępowania, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący: