Sygn. akt: KIO 2996/22

POSTANOWIENIE
z dnia 22 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 22 listopada 2022 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

10 listopada 2022 r. przez wykonawcę Forscope a.s., Lidicka 960/81, 602 00 Brno,

Czechy w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Urząd Wojewódzki
w Warszawie, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

Forscope a.s., Lidicka 960/81, 602 00 Brno, Czechy kwoty 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od
odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie
14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej

Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 2996/22

Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi
w procedurze otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup wraz
z dostawą licencji MS lub równoważnych na potrzeby realizacji zadań Mazowieckiego
Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie
przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022
r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało
opublikowane w dniu 31 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod

pozycją 2022/S 210-601082.

W dniu 10 listopada 2022 r. wykonawca Forscope a.s. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie:

a. ust. II.2.11) pkt 5) Ogłoszenia o zamówieniu, ust. 4.6.5. Rozdział 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") i §2 ust. 2 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy (dalej: „Wzór umowy"), tj. wymogu, aby termin wykonania zamówienia objętego prawem opcji nie był dłuższy niż 3 dni kalendarzowe od dnia przesłania pisemnego oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji;

b. §3 ust. 1 Wzoru umowy, tj. wymogu, aby wykonawca posiadał autoryzację producenta do sprzedaży licencji producenta i świadczenia usług w ramach programów licencjonowania grupowego (lub w przypadku zaoferowania oprogramowania równoważnego posiadał autoryzację producenta do sprzedaży rozwiązania równoważnego);

c. §3 ust. 8 Wzoru umowy, tj. wymogu zarejestrowania licencji na koncie zakupowym nr 0005314524;

d. §4 ust. 1 Wzoru umowy, tj. wymogu aby wykonawca posiadał niczym nieograniczone prawa do udzielenia lub zapewnienia udzielenia na rzecz Zamawiającego licencji na oprogramowanie;

e. §4 ust. 3 i §4 ust. 4 Wzoru umowy, tj. wymogu aby wykonawca w ramach realizacji umowy udzielił lub zapewnił udzielenie licencji na korzystanie z oprogramowania na określonych polach eksploatacji;

f. Załącznika nr 3a do SWZ - Szczegółowy formularz techniczny (dalej: „Formularz techniczny"), tj. wymogu, aby oferowany przedmiot zamówienia był nieużywany;

g. Odpowiedzi nr 1 na Pytanie nr 1 do SWZ z dnia 4 listopada 2022 r. (dalej: „Wyjaśnienia SWZ"), w zakresie, w jakim Zamawiający potwierdził, że wymaga oprogramowania nieużywanego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i w sposób nieproporcjonalny, poprzez postawienie wymogu realizacji przez wykonawcę zamówienia objętego prawem opcji w terminie nie dłuższym niż 3 dni kalendarzowe od dnia przesłania pisemnego oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, co w rzeczywistości może skutkować koniecznością realizacji zamówienia w trakcie dni ustawowo wolnych od pracy, podczas gdy termin powinien zostać wyznaczony w dniach roboczych;

b. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353^1 Kodeksu cywilnego (dalej: „KC") w zw. z art. 5 KC zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do realizacji zobowiązań umownych w bardzo krótkich terminach, co stanowi rażące naruszenie zasady swobody umów i równowagi stron poprzez obciążenie wykonawcy nadmiernym ryzykiem realizacji zamówienia oraz narusza zasady współżycia społecznego, oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 ust. 1 i 2 KC poprzez wskazanie niemożliwych do dochowania terminów realizacji zamówienia;

c. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny, poprzez uniemożliwienie dostarczenia przez wykonawców „używanego oprogramowania" spełniającego wymagania SWZ (tzw. used soft), podczas gdy uzasadnione potrzeby Zamawiającego w zakresie zamówienia podstawowego będą zrealizowane także w przypadku dostarczenia „używanego oprogramowania" spełniającego wymagania SWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

a. ust. II.2.11) pkt 5) Ogłoszenia o zamówieniu, ust. 4.6.5. Rozdział 4 SWZ i §2 ust. 2 Wzoru umowy, poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia opcjonalnego na 3 dni robocze od dnia przesłania pisemnego oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, tj.:

i. modyfikację ust. II.2.11) pkt 5) Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

5. Termin wykonania zamówienia objętego prawem opcji nie może być dłuższy niż 3 dni ~~kalendarzowe~~ robocze od dnia przesłania pisemnego zawiadomienia na adres email.

ii. modyfikację ust. 4.6.5. Rozdział 4 SWZ w następujący sposób:

Termin wykonania zamówienia objętego prawem opcji nie może być dłuższy niż 3 dni ~~kalendarzowe~~ robocze od dnia przesłania pisemnego zawiadomienia na adres email.

iii. modyfikację §2 ust. 2 Wzoru umowy w następujący sposób:

2. Termin realizacji przedmiotu umowy o którym mowa w § 1 pkt 2 w wypadku skorzystania z prawa opcji wynosi 3 dni ~~kalendarzowe~~ robocze, liczonyahe od dnia złożenia pisemnego oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.

b. Usunięcie wymagania opisanego w §3 ust. 1 Wzoru umowy lub ewentualnie modyfikację mającą na celu dopuszczenie dostarczenia used soft, tj. w następujący sposób:

1. W przypadku dostarczenia nowego oprogramowania Wykonawca oświadcza, że posiada autoryzację producenta do sprzedaży licencji producenta i świadczenia usług w ramach programów licencjonowania grupowego (lub w przypadku zaoferowania oprogramowania równoważnego posiada autoryzację producenta do sprzedaży rozwiązania równoważnego).

c. Usunięcie wymagania opisanego w §3 ust. 8 Wzoru umowy lub ewentualnie modyfikację mającą na celu dopuszczenie dostarczenia used soft, tj. w następujący sposób:

8. Zamawiający ~~wymaga~~ dopuszcza zarejestrowaniae licencji na koncie zakupowym nr 0005314524.

d. Usunięcie §4 ust. 1 Wzoru umowy lub ewentualnie modyfikację mającą na celu dopuszczenie dostarczenia used soft, tj. w następujący sposób:

1. Wykonawca oświadcza, że ~~posiada niczym nieograniczone prawa do udzielenia lub zapewnienia udzielenia na rzecz Zamawiającego licencji na oprogramowanie~~ jest uprawniony do zapewnienia Zamawiającemu prawa do korzystania z oprogramowania.

e. Modyfikację §4 ust. 3 Wzoru umowy mającą na celu dopuszczenie dostarczenia used soft, tj. w następujący sposób:

3. Wykonawca zobowiązany jest w ramach realizacji umowy ~~udzielić lub~~ zapewnić ~~udzielenie licencji na~~ Zamawiającemu prawo do korzystania z oprogramowania o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1, obejmującej prawo do korzystania z tego oprogramowania ~~na następujących polach eksploatacji w~~ następującym zakresie [...]

f. Modyfikację §4 ust. 4 Wzoru umowy mającą na celu dopuszczenie dostarczenia used soft, tj. w następujący sposób:

4. Wykonawca zobowiązany jest w ramach realizacji umowy ~~udzielić~~ ~~lub~~ zapewnić ~~udzielenie~~ li~~cencji~~ ~~na~~ Zamawiającemu prawo do korzystania z oprogramowania o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2, obejmującej prawo do korzystania z tego oprogramowania ~~na następujących polach eksploatacji~~ w następującym zakresie [...]

g. Modyfikację Formularza technicznego poprzez usunięcie oświadczenia wykonawcy, że oferowany przedmiot zamówienia jest nieużywany, znajdującego się na końcu Formularza, tj. w następujący sposób:

~~Jednocześnie oświadczam, że oferowany przedmiot zamówienia jest nieużywany.~~

h. Modyfikację Wyjaśnień SWZ poprzez usunięcie w całości Odpowiedzi nr 1 na Pytanie nr 1 i zastąpienie jej odpowiedzią dopuszczającą możliwość zaoferowania oprogramowania używanego.

Izba ustaliła, że nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 21 listopada 2022 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnia wniesione odwołanie w całości. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym.

W dniu 21 listopada 2022 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo Odwołującego, w którym Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w całości oraz o zwrot uiszczonego wpisu od odwołania.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący : .....