

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę

ForProgress Sp. z o.o. Sp. k. ul. Jaworzyńska 7/9, 00-643 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawcy „**KONCEPT**” Sp. z o.o. ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa,

B. wykonawcy **4pi Sp. z o. o. ul. Niekańska 27/5, 03-924 Warszawa,**

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. ul. Ursynowska 72, 02-605 Warszawa oraz Soflab Technology Sp. z o.o. ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

- 2. kosztami postępowania obciąża ForProgress Sp. z o.o. Sp. k. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ForProgress Sp. z o.o. Sp. k. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) 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:

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

Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup oprogramowania do testowania wraz z wytworzeniem metodyk do wytwarzania i testowania systemów informatycznych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 200-352746.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – ForProgress Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty pomimo braku ustawowych przesłanek, jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pominięcia tej oferty w czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnione faworyzowanie oprogramowania wytworzonego przez firmę Hewlett-Packard (HP) oraz interpretowanie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia na niekorzyść odwołującego, pomimo iż zaoferowane przez niego oprogramowanie jest równoważne z rozwiązaniami opracowanymi przez HP (oferowanymi przez innych wykonawców),

2. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, w tym treści formularza cenowego, jeśli zamawiający powziął wątpliwości co do niektórych zapisów oferty,

3. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ten sposób, że zamawiający nie dokonał poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, mimo iż uznał w decyzji o odrzuceniu oferty, iż takie omyłki miały wystąpić w ofercie odwołującego,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez bezpodstawne odrzucenie oferty wykonawcy, pomimo iż treść tej oferty była zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wadliwą czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej – jako dokonanej z bezpodstawnym pominięciem oferty odwołującego, która była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ingrifo Sp. z o. o. Sp. k. oraz Soflab Technology Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie do testowania oprogramowania używanego przez resort. Istotne dla niego było, by zakupione oprogramowanie było kompatybilne, integrowało się i współpracowało z rozwiązaniami, jakie u niego funkcjonują, gdyż oprogramowanie nie będące w stanie obsłużyć wszystkich przypadków testowych będzie dla niego bezużyteczne. Z tego powodu zmuszony był do dokonania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, tj. wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zakup oprogramowania do testowania firmy HP wskazując typy i ilości licencji. Zgodnie jednak z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuścił oferowanie rozwiązań równoważnych. W odpowiedzi na pytanie nr 23 z 28 listopada 2014 r. wskazał, iż w sytuacji zaoferowania oprogramowania równoważnego wymaga wykazania przez oferenta w praktyce, że oprogramowanie takie posiada wszystkie funkcje i parametry techniczne jak wskazane oprogramowanie HP.

Odwołujący zaoferował oprogramowanie „równoważne” do oprogramowania firmy HP, tj.

1. dla wskazanego HP ALM BPT Area CC User SW E-LTU zaoferował Borland Silk Central Test Manager Concurrent User + Caliber Concurrent User,
2. dla wskazanego HP UFT CC User SW E-LTU zaoferował Borland Silk Test Premium Concurrent User,
3. dla wskazanego HP LRner Cntrl & Monitors SW E-LTU zaoferował Borland Silk Performer Server Analysis Module Concurrent User,
4. dla wskazanego HP LR Web 2.0 500-4999 VU SW E-LTU z pakietem 500 wirtualnych użytkowników zaoferował Borland Silk Performer 500 Premium VU Concurrent User z pakietem 500 wirtualnych użytkowników.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniając to tym, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wskazując szereg owych niezgodności (w wyroku pominięte zostały „niezgodności”, z których zamawiający wycofał się w trakcie rozprawy jako okoliczności, które w chwili rozstrzygnięcia nie stanowią już przedmiotu sporu).

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest gotowe narzędzie (a nie zestaw narzędzi) kompatybilne ze środowiskiem informatycznym resortu sprawiedliwości; dostawa gotowych licencji oprogramowania (z pudełka), a nie wytworzenie oprogramowania na potrzeby zamawiającego. Zdaniem zamawiającego wynika to z § 1 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym oprogramowanie miało być zakupione w oficjalnym kanale dystrybucyjnym producenta na rynek Unii Europejskiej, a wykonawca posiadać prawo do dostarczenia licencji na oprogramowanie, a także z krótkiego, 21-dniowego, terminu realizacji zamówienia obejmującego nie tylko dostawę licencji i nośników oprogramowania, ale też jego instalację i konfigurację.

Pomijając już kwestię, że okoliczności tej zamawiający nie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty, Izba zauważa, że choć prawdopodobnie intencja zamawiającego była taka, jak opisana, z przywołanych przez zamawiającego postanowień nie wynika zakaz dostawy i instalacji oprogramowania dedykowanego, opracowanego na potrzeby zamawiającego. Zamawiający nie zawarł bowiem zastrzeżeń, że zaoferowane oprogramowanie nie może być prototypem, że musi być sprawdzone u określonej liczby wcześniejszych odbiorców, że nie może być oprogramowaniem dedykowanym albo skomponowanym dla potrzeb zamawiającego. Brak jest też przeszkód, by wykonawca sprzedał oprogramowanie opracowane i wyprodukowane przez siebie (lub producenta) w ciągu owych 21 dni lub też,

by uczynił to za pomocą oficjalnego kanału dystrybucyjnego producenta na rynek Unii Europejskiej – jeśli producent taki kanał dystrybucyjny posiada, zwłaszcza jeśli wykonawca sam stanowi jego część.

Brak jest także wskazania, że oprogramowanie ma być „gotowym narzędziem”, a nie „zestawem narzędzi”. Takie określenie jest tym bardziej niezrozumiałe, że już w samym zestawieniu licencji przygotowanym przez zamawiającego choćby w formularzu cenowym czy protokole odbioru – odnoszącym się do produktów HP – zamawiający wskazuje na 4 odmienne rodzaje licencji – co samo w sobie należy uznać raczej za zestaw czy komplet, niż „jedno” narzędzie (lub *a contrario* – zamawiający to zestaw różnego oprogramowania uznaje za „jedno” narzędzie). Tym samym także wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne mógł przedstawić (i powinien przedstawić) podobny „zestaw” licencji, choć oczywiście, ze względu na to, że rozwiązanie równoważne nie musi być identyczne w swojej budowie, mogło być ono skomponowane z odmiennych elementów, np. 3 czy 6 licencji.

Inną kwestią pozostaje to, czy odwołujący zaoferował kompletne narzędzie (zestaw narzędzi).

Pierwszymi wskazanymi w informacji o odrzuceniu oferty okolicznościami był brak w ofercie dwóch ostatnich stron załącznika 1A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. specyfikacji wymagań minimalnych dla oprogramowania, które zawierały: zakres warsztatu użytkownika HP ALM, zakres warsztatu administracja HP ALM oraz integrację HP Service Manager i dostarczonego rozwiązania.

Zamawiający wskazał, że chociaż złożenie tego dokumentu nie było obowiązkowe, to złożenie go zobowiązało zamawiającego do dochowania należytej staranności i sprawdzenia, czy brak ww. stron jest działaniem celowym czy nieistotną omyłką (ma to to znaczenie, że mogło oznaczać, iż tych elementów odwołujący nie zaoferował).

Po zapoznaniu się ze stanowiskiem odwołującego zawartym w odwołaniu zamawiający nie podtrzymał swojego stanowiska co do zakresu warsztatu użytkownika HP ALM i zakresu warsztatu administracja HP ALM.

Odwołujący, jak można uznać – dla celów wykazania równoważności oferowanego oprogramowania – sporządził dokument o nazwie: „Mapowanie narzędzia na wymagania Zamawiającego”.

Ze stanowiska zamawiającego wynika, że brak ww. stron specyfikacji technicznej oprogramowania sam w sobie nie stanowił przyczyny odrzucenia oferty odwołującego, zatem również w tej kwestii Izba jedynie wskaże, że generalnie podziela stanowisko zamawiającego.

Kompozycja danej oferty jest sprawą zależną od oferenta. Zamawiający oczywiście wskazują listę dokumentów przez siebie wymaganych czy zwyczajowo sporządzają pomocnicze wzory dokumentów, jednak sposób wykonania poleceń zależy od samego wykonawcy, np. załączenie certyfikatu X, a nie Y. A tym bardziej jest decyzją wykonawcy, gdy w ramach oferty przedstawi jakieś dokumenty, o które zamawiający nie prosił.

Pojawiają się w tym zakresie stanowiska, że dokumenty takie nie powinny być brane przez zamawiającego pod uwagę. Jednak jest to pogląd tylko częściowo poprawny. Otóż oczywiście w takim przypadku zamawiający nie musi przywiązywać wagi do kwestii formalnych związanych z tymi dokumentami, jak ich forma (oryginał/kopia), opatrzenie ich właściwym podpisem czy uzupełnianie. Ale z drugiej strony – jeśli odnoszą się one do przedmiotu zamówienia, to stanowią merytoryczną treść oferty i stanowiłyby podstawę do realizacji zamówienia, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także niepożądany obiekt sporów podczas realizacji umowy. Jeśli więc z ich treści wynika np., że oferowany przedmiot jest niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zamawiający nie może tej kwestii zignorować i uznać, że nie jest to treść oferty. Takie podejście nie służyłoby ani celowi postępowania – wyborowi najlepszej oferty czy zachowaniu uczciwej konkurencji, ani też zamawiającemu i wykonawcy – jeśli bowiem zamawiający zawarłby z wykonawcą umowę, musiałby albo zaakceptować przedmiot nie spełniający wymagań, albo umowę rozwiązać. A to również nie jest celem prowadzenia postępowania. Nie można też pominąć faktu, że art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie tylko uprawnia, ale i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty we wskazanych w nim przypadkach, nie jest to więc decyzja pozostawiona uznaniu zamawiającego – jeśli na etapie badania ofert odkryje okoliczności, które skutkują odrzuceniem oferty, jak np. to, że jej przedmiot jest niezgodny z wymaganiami.

Tym samym jedynym racjonalnym zachowaniem zamawiającego jest zapoznanie się z tymi dokumentami jako elementem całości oferty i podjęcie decyzji co do całości oferty.

Jednak, jak wskazano powyżej, konkretnym przedmiotem zarzutu ze strony zamawiającego w stosunku do oferty odwołującego było to, że jego zdaniem z dokumentu „Mapowanie narzędzia na wymagania Zamawiającego” wynika, że za funkcję integracji oferowanego oprogramowania z posiadanym przez zamawiającego HP Service Manager odpowiada oprogramowanie Borland Silk Central. W przedstawionej w ofercie dokumentacji tego produktu brak jest jakiegokolwiek wzmianki na temat integracji tego produktu z oprogramowaniem HP Service Manager. Opcji takiej nie przewiduje również ze swojej strony firma HP.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, iż ze str. 93 oferty odwołującego wynika, że wymagana integracja z HP Service Manager będzie realizowana poprzez narzędzie Silk

Central (firmy Borland/Micro Focus Ltd). Zamawiający zweryfikował dokumentację techniczną Silk Central, w której producent opisał systemy, z którymi oprogramowanie się integruje (producent wskazał takie systemy, np. HP QuickTest Pro (QTP), Bugzilla, natomiast brak HP Service Manager) i ustalił, iż Silk Central nie spełnia wymagania.

Podczas rozprawy zostało przedstawione oświadczenie wydane w imieniu Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z 21 kwietnia 2015 r., w którym spółka ta oświadczyła, że produkt HP Service Manager nie integruje się z narzędziem Silk Central oraz nie ma możliwości zachowania gwarantowanych cech i parametrów technicznych HP Service Manager w sytuacji podjęcia prób połączenia z Silk Central.

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (analogicznie jak w art. 6 Kodeksu cywilnego) w postępowaniu odwoławczym obowiązek dowiedzenia danych okoliczności spoczywa na stronie i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne.

Tym samym, skoro zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu braku możliwości integracji oferowanego oprogramowania Borland Silk Central z HP Service Manager, a odwołujący kwestionuje poprawność tego rozstrzygnięcia, powinien dowieść, że taka możliwość istnieje. Ze swojej strony zaś zamawiający i przystępujący po jego stronie powinni dowodzić, że jej nie ma.

Oczywiście Izba zgadza się z odwołującym, że integrator nie musi być produkcji firmy HP, lecz może pochodzić od producenta narzędzia Borland Silk Central, jak i podmiotu trzeciego. Nie zmienia to jednak okoliczności, że odwołujący nie wykazał, iż oferowane przez niego rozwiązanie taką integrację zapewni. Pomimo tego, że znał stanowisko zamawiającego w tej materii, nie przedstawił stosownej dokumentacji technicznej oferowanego oprogramowania, czy deklaracji zapewnienia zgodności ani ze strony HP, ani firmy Borland (a właściwie: Micro Focus Ltd), ani też podmiotu trzeciego.

Z kolei ze swojej strony zamawiający i przystępujący po jego stronie powołali się na treść oficjalnego dokumentu firmy Borland, w którym nie wymieniono HP Service Manager wśród programów, których taka integracja mogłaby dotyczyć oraz przedstawili oświadczenie firmy HP – negatywne w tym zakresie.

Izba wzięła pod uwagę, że firma HP – jako, pośrednio, konkurent odwołującego – nie jest zainteresowana składaniem deklaracji o przeciwnej treści, tym bardziej więc oczekiwała od odwołującego wykazania, że producent oferowanego przez niego oprogramowania taką funkcję zapewni.

Z doświadczenia Izby w tym zakresie wynika, że jeśli dany producent zapewnia kompatybilność swojego oprogramowania lub sprzętu z innym, wskazuje to w sporządzanej przez siebie dokumentacji, natomiast brak takiego wskazania oznacza brak takiej kompatybilności czy możliwości integracji. Ewentualnie, jeśli zdarzy się, że brak tam takiego wskazania, ale producent gwarantuje taką kompatybilność, wykonawca przedstawia stosowne zapewnienie producenta wystawione dla celów postępowania przetargowego lub odwoławczego. Odwołujący takowego zapewnienia firmy Borland (Micro Focus Ltd.) – ani żadnego innego producenta oprogramowania – nie przedstawił. Nawet występujący podczas rozprawy pracownik firmy Borland występował nie jako oficjalny przedstawiciel tej firmy upoważniony do składania oświadczeń w jej imieniu, lecz jedynie jako pełnomocnik odwołującego.

Tym samym Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty z powodu niezgodności w tym zakresie treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia była błędna.

Izba rozważała możliwość przeprowadzenia dowodu z oględzin/eksperymentu procesowego polegającego na teście oferowanego oprogramowania, jednak strony zgodnie stwierdziły, że z przyczyn technicznych nie jest to możliwe (dlatego też zamawiający nie przewidział testu w ramach badania ofert).

Nie można też nie przyznać racji zamawiającemu, że powoływanie się obecnie na to, iż to nie sam Silk Central, ale inne oprogramowanie z nim połączone zapewni tę funkcjonalność, przy odmiennym wskazaniu w samej ofercie (wskazaniu na Silk Central oraz niewskazaniu innego oprogramowania w zakresie tej funkcji w formularzu cenowym lub innym dokumencie składającym się na ofertę), stanowi jednak pewną zmianę oferty, która wykracza poza zakres art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc jest zabroniona. „Mapowanie narzędzia na wymagania Zamawiającego” jest jednak dokumentem opisującym rozwiązanie równoważne do wskazanego i tym samym podlegało ocenie zamawiającego pod kątem zgodności z wymaganiami, co odbywało się na etapie badania ofert.

Drugim powodem odrzucenia oferty odwołującego była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia liczba miesięcy wsparcia dla oferowanego oprogramowania.

W informacji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, iż odwołujący przedstawił w ofercie formularz cenowy, w którym poniżej tabelki zamieszczono przypis „*) Licencje dostarczane są wraz z 24-miesięcznym okresem wsparcia.” Wymóg taki wynika także z punktu 1.2. załącznika nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia („Oprogramowanie będzie dostarczone z 24-miesięcznym okresem wsparcia”).

Zdaniem zamawiającego znajdujące się we wzorze formularza cenowego oświadczenie w tym zakresie zawiera przypis do wymienionych w nim licencji HP, a nie licencji Borland.

Zamawiający uznał, iż odwołujący utożsamiał ten wymóg z żądaniem zamawiającego opcjonalnego świadczenia usług wsparcia w rozmiarze do 500 osobodni, w okresie 24 miesięcy od dnia podpisania umowy. Jednak każde z tych „wsparć” dotyczyło innego aspektu zamówienia – pierwsze dotyczyło wsparcia sprzedawanego przez producentów oprogramowania wraz z licencją i uprawniającego do otrzymywania aktualizacji danej wersji oprogramowania czy otrzymywania nowszych wersji oprogramowania, jeśli takie zostaną wyprodukowane w okresie wsparcia i było wyceniane w ramach ceny licencji; drugie zaś dotyczyło usług, jakie ma świadczyć wykonawca na rzecz zamawiającego i na jego żądanie i było wyceniane w osobnej pozycji formularza ofertowego.

W rozdziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że do oferty muszą być załączone m.in. wszystkie załączniki wymagane odpowiednimi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oferta przygotowana na innych formularzach niż wzory zamawiającego, musi zawierać treść odpowiadającą warunkom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Deklaracja w zakresie wsparcia dla oferowanego oprogramowania miała być zamieszczona w treści formularza cenowego.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący złożył formularz cenowy, jednak nie zawiera on oświadczenia o oferowaniu wymienionych tam licencji Borland wraz z 24-miesięcznym wsparciem. Brak ten wynika z zamieszczenia przez odwołującego w tym formularzu przypisu zawierającego oświadczenie o treści: „Licencje dostarczane są wraz z 24-miesięcznym okresem wsparcia” wyłącznie w odniesieniu do referencyjnych licencji HP, które nie są oferowane oraz niezamieszczenia analogicznego przypisu w odniesieniu do licencji Borland, które zostały także wymienione w tym formularzu, ale już po ww. przypisie.

Izba stwierdziła, iż sporny zapis wygląda następująco (dla przykładu podano tylko pozycję 1., lecz wygląd jest analogiczny dla wszystkich czterech pozycji): „HP ALM BPT Area CC Ustr SW E-LTU *)/ Borland Silk Central Test Manager Concurrent User + Caliber Concurrent User”, czyli po Borland Silk Central Test Manager Concurrent User + Caliber Concurrent User brak „*)”, która to gwiazdka odsyła do przypisu „Licencje dostarczane są wraz z 24-miesięcznym okresem wsparcia”.

Izba zgadza się z zamawiającym (i nie było to sporne), iż informacja o zapewnieniu przez producenta wsparcia dla oferowanego oprogramowania stanowi treść oferty i odnosi się bezpośrednio do oferowanego przedmiotu zamówienia (licencje ze wsparciem lub bez).

Natomiast nie zgadza się z konkluzją zamawiającego, że brak znaku „*)” automatycznie oznacza, że odwołujący nie zaoferował takiego wsparcia. Znak „*)”, choć istotny z merytorycznego punktu widzenia, jest tylko znakiem graficznym o znaczeniu technicznym, występującym na gotowych drukach i z tego powodu wykonawca mógł nie widzieć potrzeby jego powtarzania. Nie ma też takiej powszechnej praktyki, trudno więc przy pominięciu tego znaku mówić zarówno o domniemanym złożeniu oświadczenia o niezaoferowaniu wsparcia, jak i o omyłce pisarskiej, którą należałoby poprawić (gdyż jest to kwestia zbyt poważna jak na nazwanie jej omyłką pisarską) – jeśli uznano ten brak za istotny, wymaga on złożenia oświadczenia w ramach wyjaśnienia treści oferty.

Natomiast, choć odwołujący nie przeniósł znaku „*)”, nie wykreślił też przypisu „Licencje dostarczane są wraz z 24-miesięcznym okresem wsparcia”. Także suma wartości licencji przeniesiona z formularza cenowego do formularza ofertowego jest tożsama – 2.624.820 zł, a wsparcie w okresie 500 osobodni było wyceniane osobno w punkcie 1.3. formularza ofertowego.

Należy też stwierdzić, iż fakt, że okres wsparcia wliczony jest do ceny licencji zwyczajowo oznacza, że jest to wsparcie producenta, czyli właściciela owych licencji (zwłaszcza w przypadku osobnej wyceny wsparcia w formularzu ofertowym), a wsparcie przez 500 dni jest wsparciem wykonawcy.

Zatem z samej treści oferty nie wynika, że licencje zostały zaoferowane bez 24-miesięcznego wsparcia producenta. Było to tylko założenie zamawiającego wynikające z braku gwiazdki. Bezsporne było także to, że Borland oferuje swoje oprogramowanie ze wsparciem lub bez wsparcia (nie ma tu znaczenia, że oferuje on kilka opcji wsparcia, a wykonawca nie wskazał, którą zaoferował, skoro w tym zakresie zamawiający nie miał skonkretyzowanych wymagań).

Również to, że wykonawca posługuje się określeniem „utrzymanie” a nie „wsparcie” nie dyskwalifikuje oferty. Według stanowiska odwołującego, w tym przypadku użyte słowo „utrzymanie” oznacza to samo, co „wsparcie”. Wskazanie w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z 17 grudnia 2014 r. „wartość łączna dostawy licencji i utrzymania” oraz łącznie „ceny zakupu oprogramowania i jego utrzymania od firmy MicroFocus – Borland” oznacza najprawdopodobniej, że chodzi tu o „utrzymanie” producenta, co potwierdzałoby, że chodzi o tzw. wsparcie, a nie „utrzymanie” systemu (*maintenance*).

Tym samym, zdaniem Izby, zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty z tego powodu powinien poprosić odwołującego o wyjaśnienia, czy zaoferował on licencje wraz z 24-miesięcznym wsparciem producenta i co wchodzi w skład owego „utrzymania”.

Poza tym – choć ani zamawiający, ani odwołujący się na to nie powołali – należy zwrócić uwagę, że odwołujący w wyjaśnieniach ceny wskazał wartość poszczególnych licencji, co może wskazywać na to, jaki ich rodzaj został zaoferowany (cena wsparcia to ok. 20 % ceny licencji, jest to więc znacząca różnica w cenie), tu także zamawiający mógł zwrócić się o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące tych cen.

W zasadzie jedynie z punktu IV odwołania (str. 20-21) wynika, że odwołujący mógł utożsamiać oba rodzaje wsparcia (producenta i własne) – ale też nie jest to pewne, gdyż odwołujący wymienia tu wszystkie postanowienia co do wsparcia, o których pisał zamawiający. Tym bardziej wskazuje to na konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego wyjaśnień (dotyczy to okresu badania oferty, gdyż obecnie, wobec potwierdzonych innych przesłanek odrzucenia oferty, jest to zbędne).

W całej tej kwestii należy też zwrócić uwagę na zaistniałą sytuację przez pryzmat zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Co prawda sam zarzut dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnień do niej, więc obecnie jest o kilka miesięcy spóźniony i z tego powodu nie może być przedmiotem rozpoznania. Jednak Izba nie może nie poruszyć kwestii, którą sam zamawiający w swoim stanowisku podkreślał, tj. że wszystkie sporządzone przez niego wzory formularzy czy postanowienia umowy odnoszą się wprost do oprogramowania firmy Hewlett-Packard. Oznacza to, że przygotowane przez niego wzory są zbyt mało neutralne i choć nie ma to wpływu na wynik postępowania, gdyż zamawiający nie uniemożliwił przez to złożenia oferty na rozwiązanie równoważne, na przyszłość powinien swoje wzory poprawić.

Trzecią podstawą faktyczną odrzucenia oferty odwołującego jest brak spełniania wymagań określonych w załączniku nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący stwierdził w odwołaniu, iż dokument „Mapowanie narzędzia na wymagania Zamawiającego” nie stanowi kompletnego przedstawienia zamierzonego przez odwołującego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, ale przedstawienie wyłącznie samego narzędzia w celu wykazania jego równoważności do oprogramowania HP. Dlatego też nie opisuje elementów, które nie dotyczą narzędzia, lecz użytkownika i nie ma podstaw twierdzenie zamawiającego, że wskazuje to na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na brak spełnienia wymagań. Odwołujący w odwołaniu szeroko opisał kwestie, na które wskazał zamawiający stwierdzając m.in., iż zadania te będą wykonywane w ramach 500-dniowego okresu wsparcia, a wykonawca wraz z zamawiającym wypracuje szablony, strategię itd. Odwołujący wskazał, że określanie metod opisywania poszczególnych wymagań to praca koncepcyjna, w wyniku

której powinien powstać dokument, zatem do jego opracowania wystarczy program do edycji tekstu czy kartka papieru.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie zgodził się z tym poglądem. Stwierdził, że już sama nazwa załącznika 1a „Specyfikacja techniczna – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – specyfikacja wymagań minimalnych dla oprogramowania” wskazuje, że dotyczy ona oprogramowania, a nie, jak twierdzi odwołujący, usług, jakie wykonawca miałby wykonać wyłącznie „na kartce papieru”. W poszczególnych punktach tego załącznika zamawiający opisywał usługi, jakie ma wykonywać na jego rzecz wykonawca w ramach 500 dni wsparcia wskazując w każdym przypadku, że usługi te mają być realizowane „w dostarczonym narzędziu”. Same twierdzenia o wykonaniu usług na papierze też są niezgodne z treścią oferty, gdyż odwołujący ujął w niej wymogi co do narzędzia (realizowanie usług w narzędziu), ale nie wszystkie. Z opisu narzędzia wynika bowiem, że nie pozwala ono na realizację wszystkich wymagań.

Na przykład w ramach automatyzacji testów funkcjonalnych należało opracować proces zawierający „w dostarczonym narzędziu” opracowanie strategii automatyzacji testów funkcjonalnych obejmującej szereg aktywności. W swoim „Mapowaniu narzędzia na wymagania Zamawiającego” odwołujący ujął szereg z nich, jednak pominął: nazewnictwo skryptów, funkcji i bibliotek; metody działania dla nowej wersji aplikacji; opisy akcji; opisy funkcji i procedur; komentarze kodu testu; strukturę testu; obiekty testowe; punkty synchronizacyjne; punkty weryfikacyjne; kroki opcjonalne; zabezpieczenia skryptów i utrzymywanie skryptów.

Izba stwierdziła, że z treści załącznika nr 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia noszącego tytuł „Specyfikacja techniczna – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – specyfikacja wymagań minimalnych dla oprogramowania” wynika, że przywołany zakres zadań został ujęty w punkcie 2. „Usługi wsparcia”, a zamawiający wskazał, że „wykonawca w ramach określonych w umowie puli dni wsparcia będzie wykonywał na żądanie Zamawiającego następujące usługi...” Jednocześnie zamawiający w poszczególnych czynnościach wskazał: „w zakresie zarządzania wymaganiami w dostarczonym narzędziu”, „w zakresie zarządzania testami w dostarczonym narzędziu”, „w ramach automatyzacji testów funkcjonalnych opracowanie procesu zawierającego w dostarczonym narzędziu” – odnosił się więc do zaoferowanego oprogramowania.

Odwołujący twierdzi, że wszystkie wymogi zamawiającego zamierza spełnić, jednak nie opisywał ich wszystkich w dokumencie „Mapowanie narzędzia na wymagania Zamawiającego”. Z drugiej strony sam zamawiający nie przygotował wzoru dokumentu opisującego rozwiązanie równoważne ani nie podał szczegółowych wymagań co do jego

zawartości. Z tego powodu wykonawca mógł go skonstruować według swojego uznania – w sposób który uznał za najlepiej oddający jego intencje, choć niekoniecznie zawierający to, co zamawiający następczo uznał za pożądane w opisie.

Powstaje tu ta sama kwestia, która została poruszona na początku: czy jest to po prostu pominięcie opisu cech istniejących/planowanych, czy też że nie będą one istniały. Kwestia ta, zdaniem Izby, skoro zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości, wymagałaby wyjaśnienia treści oferty, aby zamawiający przed zakończeniem jej badania mógł otrzymać jasną deklarację ze strony wykonawcy, co dokładnie on zaoferował i technicznie może zrealizować.

Co do opracowywania koncepcji „na kartce papieru”, to oczywiście, na etapie początkowym każde rozwiązanie zaczyna się od idei, która może zostać zapisana „na kartce”, jednak jest to zamówienie informatyczne, a wykonawca rzeczywiście ma wykonać usługi „w dostarczonym narzędziu”. Należy też zwrócić uwagę, że lista usług znajdujących się w części dotyczącej usług wsparcia odnosi się dopiero do czynności przyszłych (przyszłych funkcji oprogramowania), które dopiero mają być przez wykonawcę wykonane – i to jeśli zamawiający mu je zleci – a więc nie muszą znajdować się w obecnej wersji oprogramowania.

Na marginesie zaś można zauważyć, że sama nazwa załącznika zawierającego opis przedmiotu zamówienia: „Specyfikacja techniczna – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – specyfikacja wymagań minimalnych dla oprogramowania” jeszcze nie oznacza, że jest ona poświęcona samemu oprogramowaniu. Wręcz przeciwnie, *gros* jej treści dotyczy wsparcia przez wykonawcę i organizowanego przez niego szkolenia, a nie oprogramowania, którego opisowi zamawiający poświęca niezbyt wiele uwagi.

Czwartym powodem odrzucenia oferty odwołującego jest „brak wspieranych technologii do testów wydajnościowych”.

Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi nr 12 z 28 listopada 2014 r. podał, że „oferowane oprogramowanie do automatyzacji testów wydajnościowych musi wspierać następujące technologie: WEB (HTML/HTTP), Silverlight, MQSeries, WebServices, Mobile TruClient, AJAX TruClient, Real (RealPlayer), Media Player (MMS), Flex Virtual User (Adobe® Flash). Natomiast z dokumentacji oprogramowania Borland Silk Performer 15.5/16.0 – testy wydajnościowe wynika, że nie wspiera ono technologii MQ Series, Mobile TruClient i AJAX TruClient, gdyż nie są one wymienione wśród wspieranych technologii w dokumentacji oprogramowania sporządzonej przez jego producenta.

Sposób spełnienia wymagań zaproponowany przez odwołującego w odwołaniu wymaga zastosowania dodatkowych narzędzi, których stosowania czy udostępniania wykonawcy zamawiający nie przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. z odwołania

wynika, że aby zaoferowane oprogramowanie Borland mogło testować MQ Series, konieczne jest użycie dodatkowego elementu tj. SOAP (XML), przy czym zamawiający nie przewiduje uruchomienia adaptera SOAP do ww. testów.

Sam odwołujący w odwołaniu przyznaje, że oferowane oprogramowanie ww. technologii nie wspiera i proponuje tu wspieranie „odpowiedników” tych technologii tj. Mobile devices dla Mobile TruClient oraz AJAX BDLT dla AJAX TruClient. Jednak zamawiający dopuszcza zaoferowanie oprogramowania do testów równoważnego do produktu referencyjnego (HP), natomiast nie wskazuje na możliwość zaoferowania oprogramowania, które będzie wspierać równoważne technologie, nie używane przez zamawiającego, co oznaczałoby zakup produktu bezużytecznego z punktu widzenia potrzeb zamawiającego. Poza tym technologii AJAX BDLT nie można uznać za równoważną do AJAX TruClient, gdyż pierwsza z nich wspiera testy w oparciu o przeglądarkę Internet Explorer, a druga także Firefox.

Ze stanowisk stron wynika, iż nie jest sporne, że oferowane przez odwołującego oprogramowanie firmy Borland wspiera technologię MQ Series (według odwołującego poprawna nazwa to „IBM MQ”). Po wyjaśnieniach odwołującego zawartych w odwołaniu oraz stanowisku zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie Izba stwierdziła, że obecnie sporne jest nie samo wsparcie, lecz to, czy dostęp do MQ Series może nastąpić przez wskazany przez odwołującego w odwołaniu protokół SOAP (XML), który jest wspierany przez Borland Silk Performer. W swoim stanowisku zamawiający wskazał, że nie zamierza uruchamiać protokołu SOAP, o czym jednak nie poinformował wykonawców na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też przy udzielaniu odpowiedzi. Nie wskazał też sposobów komunikacji, które dopuszcza.

W tym miejscu nie można nie zauważyć, że zamawiający w takim stopniu przywiązał się do idei zaoferowania wskazanych licencji firmy HP, że zupełnie zaniedbał opis cech samego oprogramowania, pomimo tego, że musiał dopuścić oprogramowanie równoważne i w związku z tym wskazanie cech i parametrów było jak najbardziej celowe. W związku z powyższym zamawiający, oprócz stwierdzenia w odpowiedzi nr 23 z 28 listopada 2014 r., że „w sytuacji zaoferowania oprogramowania równoważnego zamawiający wymaga wykazania przez oferenta w praktyce, że oprogramowanie takie posiada wszystkie funkcje i parametry jak oprogramowanie HP”, nie zawarł żadnych zakazów i nakazów pozostawiając wykonawcom swobodę w dojściu do owych funkcji i parametrów.

Z kolei w punkcie 1.4. załącznika 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał sposób badania równoważności (a więc i wymagania w stosunku do niej): „Dostarczone oprogramowanie zainstaluje i skonfiguruje Wykonawca wykazując jednocześnie warunek równoważności. Warunkiem jest poprawne działanie projektów

testowych na dostarczanych licencjach i środowisku posiadanym przez zamawiającego na potrzeby testowania systemu rachunkowo-kadrowego realizowanego w środowisku SAP.”

Ponieważ zaś zgodnie z deklaracją zamawiającego w niej zawartej, odpowiedź nr 23 nie zmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stwierdzenie „oprogramowanie takie posiada wszystkie funkcje i parametry jak oprogramowanie HP” należy rozumieć w sposób funkcjonalny, tj. jako poprawne działanie projektów testowych.

Zatem jeśli koncepcja budowy oprogramowania przygotowana przez danego wykonawcę jest dla zamawiającego niedogodna, ale nie jest niezgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwłaszcza z braku tych wymogów), jest to wyłączną winą i sprawą zamawiającego. Przy braku jakiegokolwiek wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia trudno bowiem powiedzieć, że oferta jest ze specyfikacją niezgodna, a tylko niezgodność ze specyfikacją jest podstawą do odrzucenia oferty.

Należy też podkreślić, że produkt równoważny ze swojej istoty nie będzie identyczny z produktem referencyjnym, są więc dopuszczane pewne odstępstwa od tej „identyczności”, jak np. osiągnięcie tego samego celu za pomocą innych środków technicznych. Konieczne jest zatem, aby zamawiający dopuszczając produkt równoważny opisał istotne dla niego cechy, parametry i rozwiązania techniczne konieczne i niedopuszczalne.

Z odpowiedzi na pytanie nr 12 wynika, że wymóg, aby oferowane oprogramowanie do automatyzacji testów wydajnościowych wspierało wymienione technologie, jest wymogiem bezwzględny, tzn. oprogramowanie „musi” je wspierać. Przy czym nie chodzi tu o zaoferowanie technologii Mobile TruClient i AJAX TruClient, czy też technologii do nich równoważnych wspierających Mobile czy AJAX, ale o zaoferowanie narzędzi, które będą wspierać właśnie te wymienione z nazwy produkty. Wynika to jednoznacznie z treści wymogu zamawiającego. Tym samym chodzi tu o zaoferowanie produktu równoważnego do wskazywanego przez zamawiającego produktu HP – HP LoadRunner, który właśnie wspiera obie ww. technologie.

Odwołujący w swoim odwołaniu oraz podczas rozprawy wskazał, że zamierzał zaoferować produkty równoważne do Mobile TruClient i AJAX TruClient, jednak nie to było przedmiotem wymogu zamawiającego i jest z nim niezgodne. Tym samym w tym zakresie oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Piątym powodem odrzucenia oferty odwołującego jest brak wspieranych technologii do automatyzacji testów funkcjonalnych.

W ramach uzasadnienia tego braku zamawiający powołał się na odpowiedź na pytanie nr 11 z 28 listopada 2014 r., w którym wskazał, że „planuje w przyszłości automatyzację testów funkcjonalnych innych systemów niż SAP. Są to między innymi systemy oparte

o następujące technologie: Java, Silverlight, WebServices (WSDL, SOAP, UDDI, WADL) – dla testów przez API, .NET Controls, JMS, IBM WebSphere MQ – dla testów przez API, JSON – dla testów przez API, MFC i Stingray Flex".

Według ustaleń zamawiającego z dokumentacji oprogramowania Borland Silk Performer 15.5/16.0 – testy funkcjonalne automatyczne wynika, że nie spełnia ono technologii: MQ Series, JSON, JMS, WebServices. W związku z powyższym oprogramowanie nie będzie mogło zrealizować automatyzacji testów funkcjonalnych niezbędnych dla zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podtrzymał wcześniejsze stanowisko wskazując, że z dokumentacji technicznej oprogramowania stworzonej przez producenta wynika wyraźnie, że automatyzacja nie jest możliwa w stosunku do technologii: WebServices – dla testów przez API, JMS – dla testów przez API i JSON – dla testów przez API. Odwołujący w odwołaniu zakłada, że automatyzacja zostanie osiągnięta poprzez zastosowanie tzw. wtyczek (plugin) do środowisk programistycznych. Oznacza to, że aby osiągnąć wymaganą funkcjonalność oferowanego oprogramowania wykonawca musi wykonać prace programistyczne, zaś przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest zakup oprogramowania gotowego.

W ramach tego zagadnienia zamawiający, zarówno w informacji o odrzuceniu oferty, jak i w odpowiedzi na odwołanie, powoływał się jedynie na odpowiedź na pytanie nr 11 z 28 listopada 2014 r., nie wskazywał na żadne inne pytania i odpowiedzi ani nie odnosił się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym Izba uznała, że była to jedyna regulacja w tym zakresie.

Po zapoznaniu się z pełną treścią pytania i odpowiedzi na pytanie nr 11 Izba stwierdziła, że brzmią one następująco:

Pytanie nr 11: „Czy zamawiający planuje teraz lub w przyszłości automatyzację testów funkcjonalnych dla platform innych niż SAP. Jeśli tak, do jakich i czy dostarczone oprogramowanie powinno posiadać takie możliwości.”

Odpowiedź: „Zamawiający odpowiada na pytanie nie zmieniając treści SIWZ. Tak zamawiający planuje w przyszłości automatyzację testów funkcjonalnych innych systemów niż SAP. Są to między innymi systemy oparte o następujące technologie: Java, Silverlight, WebServices (WSDL, SOAP, UDDI, WADL) – dla testów przez API, .NET Controls, JMS, IBM WebSphere MQ – dla testów przez API, JSON – dla testów przez API, MFC i Stingray, Flex. Zamawiający planuje automatyzować testy funkcjonalne dla innych systemów informatycznych niż platforma SAP posiadanych lub planowanych w przyszłości do realizacji przez Zamawiającego”.

Z powyższej odpowiedzi wynika, że zamawiający i owszem, poinformował wykonawców o swoich planach wymieniając powyższe technologie, ale „zapomniał” odpowiedzieć na jego dość istotną część, czyli, czy dostarczone oprogramowanie powinno posiadać takie możliwości, tzn. czy powinno zapewniać automatyzację testów funkcjonalnych dla platform innych niż SAP, wymienionych przez zamawiającego w odpowiedzi.

W związku z powyższym Izba uznała, że – nawet pomimo wyraźnego pytania – zamawiający nie postawił wykonawcom żadnych wymogów w tym zakresie, tak więc brak ich wspierania nie mógł być powodem odrzucenia oferty odwołującego. Tym bardziej zaś zamawiający nie wskazał metody, przy pomocy której wykonawca miałby to wsparcie realizować.

Tym samym Izba uznała, że jedynym powodem odrzucenia oferty, który jest bezsporny, jest brak wspierania przez oferowane oprogramowanie do automatyzacji testów wydajnościowych technologii Mobile TruClient i AJAX TruClient. Jednak niespełnienie nawet jednego wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje, że oferta jest z tą specyfikacją niezgodna.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: