Sygn. akt: KIO 3426/20

WYROK
z dnia 25 stycznia 2021 r.

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

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez **Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO" Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna**
przy udziale wykonawców, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:
A.**Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. z siedzibą w Warszawie**,
B.**Portal PZP Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2.kosztami postępowania obciąża **Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna i:**
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO" Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna**na rzecz **Zakładu Elektronicznej Techniki Obliczeniowej „ZETO" Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie**kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 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. 2020) 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 - Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna - prowadziw trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę platformy zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2020r. pod poz. 2020/S 207-502247. Postępowanie o zamówienie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp".

W dniu 23 grudnia 2020r. Odwołujący - Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej ZETO sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że wpisanie przez wykonawcę w formularzu ofertowym, w miejscu przeznaczonym na określenie modelu dystrybucji systemu, frazy: „na udostępnionym środowisku Zamawiającego" skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ,
2.art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez błędne uznanie, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego (ani pozostałych wykonawców) nie podlega odrzuceniu - a przynajmniej nie ze względów wskazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2020 roku.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w SIWZ Zamawiający nie objaśnił w żaden sposób, co rozumie pod pojęciem „model dystrybucji systemu", nie wskazał konsekwencji takiego a nie innego wpisania „modelu dystrybucji". Na podstawie postanowień wzoru umowy pkt 7.5., 7.6 można stwierdzić, że Zamawiającemu było to obojętne. Zamawiający jasno odróżnił pojęcia „możliwość korzystania z Systemu", którą wykonawca może zapewnić „w drodze udzielenia licencji, sublicencji, pośredniczenia przy udzieleniu licencji, przeniesienia licencji, a także na podstawie innej formy prawnej korzystania z systemu" od „modelu dystrybucji" . W pkt 7.1 Zamawiający sformułował definicję „zapewnienia prawa do korzystania z systemu", podając, że należy przez to rozumieć zapewnienie Zamawiającemu odpowiedniego tytułu prawnego do systemu oraz przekazanie Zamawiającemu odpowiedniego dokumentu potwierdzającego, zgodnie z zasadami dystrybucji systemu stosowanymi przez wykonawcę lub jego producenta bądź dystrybutora. Zamawiającemu było wszystko jedno w jaki sposób będzie miał zapewnione prawo do korzystania z systemu. W pkt 7.6 Zamawiający wpisał, że „zgodnie z przyjętym modelem dystrybucji systemu, zobowiązanie określone w zdaniu poprzedzającym zostanie zrealizowane poprzez…..(do opisania przed zawarciem umowy model dystrybucji Systemu na podstawie oferty – przy wykorzystaniu mechanizmów w ust. 7.5"

Odwołujący podniósł, że Zarówno w języku potocznym, jak i w języku fachowym, „zapewnienie prawa" to co innego niż „model dystrybucji". W przypadku programów komputerowych, sposobem zapewnienia prawa będzie np. udzielenie licencji, a modelem dystrybucji - np. ściągnięcie licencji przez stronę www do lokalizacji użytkownika końcowego/dystrybucja on premises/dystrybucja software as service czyli Saas. Jak więc widać, dwie poruszone kwestie odpowiadają na całkowicie inne pytania. Pierwsza kwestia (zapewnienie prawa) odpowiada na pytanie „co otrzymuję", a druga (model dystrybucji) - „jak otrzymuję".

Wszyscy wykonawcy popełnili ten sam błąd. Czyli zrozumieli niejasne postanowienia SIWZw taki sam sposób jak Odwołujący (bądź wpisując model dystrybucji „on premises"2, bądź nie wskazując w ogóle modelu dystrybucji, a więc

zapewne rozumiejąc przez to model dystrybucji bezpośredniej3, bądź wpisując: „na udostępnionym środowisku Zamawiającego"4).

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego, „dystrybucja" to: „rozprowadzanie towarów między zainteresowanymi osobami, podmiotami; sposób rozłożenia czegoś, plan, schemat rozkładu", a „model" to: „wzór, wg którego coś zostało lub zostanie wykonane; przedmiot będący wzorcem, wykonany zwykle w mniejszej skali; [...] sposób realizacji czegoś". „Model dystrybucji" to zatem nic innego jak sposób rozprowadzania oprogramowania do Zamawiającego. A nie tytuł prawny Zamawiającego do oferowanego oprogramowania.

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP. Jeśli Izba uwzględni pierwszy zarzut odwołania, zasadność drugiego zarzutu będzie naturalną konsekwencją tego stanu rzeczy. W razie zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, będzie bowiem istnieć co najmniej jedna niepodlegająca odrzuceniu oferta, uniemożliwiając zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1) PZP.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i 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 określone 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 ustaliła, że formularz ofertowy przygotowany przez Zamawiającego przewidywał:

„Oferujemy dostawę systemu o nazwie……w wersji ……model dystrybucji systemu……w cenie:…….. zł (….)".

Odwołujący w złożonym formularzu ofertowym podał „model dystrybucji *na udostępnionym środowisku Zamawiającego".* Wykonawca Portal PZP sp. z o.o. w złożonym formularzu ofertowym podał „model dystrybucji *on premises*"., zaś wykonawca Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. Marketplanet nie wypełnił rubryki dotyczącej modelu dystrybucji.

Zamawiający odrzucił każdą z ofert jako niezgodną z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na niezgodność jego oferty z treścią SIWZ. Jak słusznie zauważył sam Zamawiający w złożonym piśmie procesowym, pojęcie „model dystrybucji", użyte w formularzu ofertowym można rozumieć dwojako: jako techniczny sposób korzystania z oprogramowania np. udostępnienie w modelu SaaS lub jako tytuł prawny do korzystania z oprogramowania np. udzielenie licencji, sublicencji. Izba nie podzieliła jednak stanowiska, iż Zamawiający w SIWZ przyjął ten drugi sposób definiowania „modelu dystrybucji". Brak jest jednoznacznych sformułowań w SIWZ, które świadczyłyby o przyjęciu takiego rozumienia pojęcia „model dystrybucji". W §7 ust. 7.5 wzoru umowy, gdzie Zamawiający podał możliwe sposoby korzystania z systemu: w drodze licencji, sublicencji, pośredniczenia przy udzieleniu licencji, przeniesienia licencji, a także na podstawie innej formy prawnej korzystania z Systemu, Zamawiający posłużył się pojęciem „możliwość korzystania z Systemu" a nie pojęciem „model dystrybucji". Co prawda z przypisu nr 2 do §7 ust. 7.6 o treści „do opisania przed zawarciem umowy model dystrybucji Systemu na podstawie oferty - przy wykorzystaniu mechanizmów wskazanych w ust. 7.5" można by wnioskować, że Zamawiający utożsamia pojęcie „model dystrybucji" z „możliwością korzystania z systemu", o którym mowa w ust. 7.5 wzoru umowy. Jednak, zdaniem Izby, takie wnioskowanie i brak jednoznacznych postanowień w tym zakresie nie może wywoływać sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ musi być niewątpliwa i jednoznaczna a podstawy do odrzucenia oferty nie mogą być wyinterpretowane z niejednoznacznych postanowień SIWZ. Innymi słowy, Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Nie budzi także wątpliwości, iż przyczyną odrzucenia oferty mogą być tylko niezgodności treści oferty z treścią SIWZ o charakterze merytorycznym i istotnym. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym, nie można jednoznacznie wskazać oczekiwań Zamawiającego co do sposobu wypełnienia formularza w zakresie „modelu dystrybucji". Niezależnie jednak od tego, przyjmując nawet, że Zamawiający pod pojęciem „model dystrybucji" rozumiał prawny sposób korzystania z systemu, to zauważyć trzeba, że w przywoływanym pkt 7.5 wzoru umowy, nie określił on zamkniętego katalogu zapewnienia prawnych sposobów korzystania z systemu, dopuszczając tym samym każdy inny niż wymieniony jako przykładowy sposób korzystania. Oznacza to, że element „modelu dystrybucji" był dla Zamawiającego z punku widzenia spełniania wymagań obojętny. Wobec różnych definicji pojęcia „model dystrybucji" oraz mając na uwadze otwarty katalog prawnych sposobów korzystania i brak w SIWZ jednoznacznych wymagań co do zapewnienia możliwości korzystania z systemu, Izba stwierdziła, że informacja o modelu dystrybucji nie mogła stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Z uwagi na to, że wykazane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania Izba, uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego.

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: ……