Sygn. akt: KIO 3295/20

WYROK
z dnia 4 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie,**
przy udziale wykonawcy **PCG ACADEMIA Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3295/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz Zamawiającego – **Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie** kwotę 616 zł 24 gr (słownie: sześćset szesnaście złotych dwadzieścia cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę, opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz diety pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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: ……..

Sygn. akt: KIO 3295/20

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

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński w Krakowie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania LMS dla Wydziału Prawa i Administracji UJ* (znak postępowania: 80.272.238.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 133-325912.

W dniu 11 grudnia 2020 r. wykonawca American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej Odwołującego z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PCG Academia Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce [dalej „PCG"] z uwagi na to, że oferta PCG zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PCG;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. odrzucenie oferty PCG;
4. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, w tym wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. w przypadku nieuznania zarzutów Odwołującego, wniósł o unieważnienie postępowania z uwagi na błędy postępowania niemożliwe do usunięcia.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 1 grudnia 2020 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający do zawiadomienia załączył tabelę wskazującą na punkty - to jest wymagania funkcjonalne - zawarte w Załączniku A do SIWZ, będącym integralną częścią oferty Odwołującego, których w ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego nie spełnia wraz z podaniem uzasadnienia. Odwołujący oświadczył, że odrzucenie oferty na podstawie wymienionej w zdaniu poprzednim jest pozbawione podstaw prawnych i faktycznych, a oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ, na dowód czego w tabeli stanowiącej Załącznik nr 4 do odwołania zawarto odniesienia Odwołującego do wymagań funkcjonalnych SIWZ, z którymi rzekomo oferta Odwołującego jest niezgodna.

Odnośnie funkcjonalności wskazanej w punkcie 1.30 załącznika A do SIWZ Odwołujący podał, że: oferowana platforma spełnia wymaganie Zamawiającego. Platforma umożliwia przechowywanie haseł w sposób bezpieczny, zaszyfrowane za pomocą różnych standardów, w tym SHA-512 i PBKDF2. Wybór standardu Wykonawca dokonuje na etapie analizy (jeden z etapów procesu wdrożenia platformy LMS). Zauważył, że Zamawiający nie wskazał jednoznacznie jaki konkretnie standard musi dokładnie obsługiwać oferowana platforma, a podał jedynie przykład standardów SHA-512 i PBKDF2 jako przykłady bezpiecznych standardów. Użycie przez Odwołującego określenia (np. SHA-512, PBKDF2) nie może być interpretowane dowolnie przez Zamawiającego i w oderwaniu od pozostałej treści oświadczenia Odwołującego

odnoszącej się do tego wymagania. Zamawiający
w sposób nieuprawniony uzasadnia niespełnienie tego wymogu wyjaśniając, iż Wykonawca winien wskazać jakie standardy spełnia oferowana platforma. Jeśli takie było oczekiwanie Zamawiającego winien wskazać to wyraźnie w dokumentacji postępowania. Na tym etapie wskazanie sposobu szyfrowania nie jest uzasadnione ze względów bezpieczeństwa oferowanego rozwiązania, gdyż oferty są w tej części jawne i każdy mógłby się zapoznać
z technologią szyfrowania wykorzystywaną do przechowywania haseł użytkowników.
W zakresie funkcjonalności podanej w punkcie 1.31 załącznika A do SIWZ Odwołujący uzasadniał, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oferowana platforma powinna być zgodna z obowiązującymi standardami w zakresie dostępności i oferent jednoznacznie oświadczył, że oferowana platforma jest zgodna z obowiązującymi standardami, w tym wynikającymi z Ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych (w tym uczelni publicznych), która wprowadza WCAG 2.1, poziom AA jako standard dla stron i aplikacji mobilnych. Wymagania WCAG 2.1, poziom AA pokrywają się z pkt 9, 10 i 11 normy EN 301 549 V2.1.2, która została określona w Ustawie. Odwołujący podkreślał, że potwierdził również zgodność w powyższym zakresie w pkt 3 Formularza oferty złożonego przez Odwołującego. Oferowana platforma spełnia wymaganie Zamawiającego, gdyż jest zgodna ze standardami dostępności minimum z wytycznymi WCAG 2.0 i następnymi czyli: WCAG 2.0 poziom AA, WCAG 2.1 Poziom A, WCAG 2.1 Poziom AA.
Odnośnie funkcjonalności podanej w punkcie 2.12.2 Odwołujący wskazał, że oferowane przez wykonawcę rozwiązanie spełnia wymogi Zamawiającego. Uzasadniał, iż wykonawca jednoznacznie zadeklarował, że Platforma spełnia to wymaganie poprzez wykorzystanie dodatkowych kont testowych na których symulowany jest widok rzeczywistego studenta. Podkreślał, że powyższa funkcjonalność zapewnia dla Wykładowcy symulację widoku. Twierdził, że Zamawiający nie może oczekiwać od Zamawiającego innej funkcjonalności niż opisana w wymaganiu. Zamawiający opisał wymaganie w sposób ogólny, który nie precyzuje jak dokładnie powinna wyglądać symulacja widoku studenta. Przykładowo wymaganie nie precyzuje czy symulacja nie może się wiązać z ponownym logowanie w roli studenta. Odwołującego rozwiązanie umożliwia uzyskanie oczekiwanego rezultatu w opisany przez Odwołującego sposób co jest zgodne z opisanym przez Zamawiającego wymaganiem. Zgodnie z wymaganiem, możliwość symulacji widoku studenta ma być dostępna wyłącznie dla wykładowców. Wymaganie nie dotyczy więc innych ról opisanych przez Zamawiającego. Dodatkowa pula użytkowników z uprawnieniami studenta na którą wskazuje Zamawiający, nie ma wpływu na liczbę uczestników w kursie
a tym samym na statystyki, są one bowiem dokładnie parametryzowane na etapie wdrożenia na bazie dokumentu Analizy.
W zakresie funkcjonalności opisanej w punkcie 2.18.1 załącznika A do SIWZ Odwołujący podniósł, iż Zamawiający opisał wymaganie w sposób ogólny, który nie precyzuje jak dokładnie ma wyglądać możliwość tworzenia zestawów grup studentów
w ramach kursu. Sposób uzyskania oczekiwanego przez Zamawiającego efektu może być różny w zależności od oferowanego systemu – w tym taki jak zaproponowany przez Odwołującego. Opisane w Uzasadnieniu zastrzeżenia nie zostały zdefiniowane
w wymaganiu przez co Odwołującego kierował się w ofercie wyłącznie postanowieniami SIWZ. Oferowane rozwiązanie umożliwia uzyskanie oczekiwanego rezultatu w opisany przez Odwołującego sposób co jest zgodne z opisanym przez Zamawiającego wymaganiem. Narzucenie wskazanego rozwiązania może sugerować konkretnego wykonawcę. W ramach platformy istnieje możliwość nadania uprawnień dla roli wykładowca do tworzenia zarówno grup studentów jak i zestawów grup studentów. Wykładowca będąc w kursie ma możliwość przejścia do modułu uprawnień i stworzenia grupy lub zestawu grup i przypisania do nich studentów kursu. Grupie lub zestawowi grup nadawane są uprawnienia do kursu. Powyższa funkcjonalność umożliwia podział uczestników na mniejsze grupy, składające się
z uczestników kursu. Zadeklarowana funkcjonalność może być realizowana niezależnie od grup zdefiniowanych w systemie dziekanatowym. Zdaniem Odwołującego nieprawdziwym jest wywód Zamawiającego, jakoby ze zdania*„mamy możliwość wskazać jaka grupa ma zostać przypisana do kursu”* oznacza jednoznacznie, że studenci nie są grupowani „w ramach kursu”.
Nieprawdziwym jest również wywód Zamawiającego: „Widoczne jest to również na zrzucie ekranu działania funkcji. Widać na nim możliwość przypisanie grupy nazwanej “Grupa 30.04. 2020” oraz potwierdzenia okresu dostępu do danego kursu, czyli zdefiniowanej tej grupy nie następuje “w ramach kursu”. Powyższe wskazuje, że oferta Wykonawcy nie spełnia wymogu opisanego w pkt 2.18.1, gdyż system nie umożliwia zdefiniowania grup w ramach kursu.
W przedmiocie funkcjonalności opisanej w pkt 2.18.2 załącznika A do SIWZ, Odwołujący podał, że Zamawiający opisał wymaganie w sposób ogólny, który nie precyzuje jak dokładnie ma wyglądać możliwość definiowanie wielu zestawów grup w ramach jednego kursu. Sposób uzyskania oczekiwanego przez Zamawiającego efektu może być różny
w zależności od oferowanego systemu – w tym taki jak zaproponowany przez Odwołującego. Opisane w Uzasadnieniu zastrzeżenia nie zostały zdefiniowane w wymaganiu przez co Odwołujący kierował się w ofercie wyłącznie postanowieniami SIWZ. Oferent jednoznacznie deklaruje, że w ramach kursu możliwe jest tworzenie wielu różnych zestawów grup studentów a następnie przypisanie ich do kursu, „w ramach kursu”. Oferowane rozwiązanie umożliwia uzyskanie oczekiwanego rezultatu w opisany przez Odwołującego sposób co jest zgodne z opisanym przez Zamawiającego wymaganiem. Narzucenie wskazanego rozwiązania może sugerować konkretnego wykonawcę.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób całkowicie pozbawiony podstaw prawnych i faktycznych próbuje odrzucić ofertę Odwołującego interpretując SIWZ w toku oceny ofert w sposób dowolny i w oderwaniu od jednoznacznie określonych wymagań funkcjonalnych określonych w Załączniku nr A do SIWZ przez Zamawiającego. Odwołujący nadmienił, że wymagania funkcjonalne, których rzekomo nie spełnia oferta Odwołującego, nie były w praktyce przedmiotem odwołań w postępowaniu nie ulega zatem wątpliwości, że ich treść nie budziła większych zastrzeżeń po stronie Odwołującego jak i konkurencyjnych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że wątpliwości, niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ w toku oceny ofert należy rozpatrywać na korzyść wykonawców co wprost wynika z następujących wyroków KIO z dnia 10 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 549/19, wyroku z dnia 22 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 1146/18, wyroku SO w Szczecinie
z dnia 7 marca 2018 r. sygn. akt: VIII Ga 102/18 oraz wyroku KIO z dnia 26 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 245/18.

Dodatkowo w ocenie Odwołującego Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ winien uprzednio wezwać Odwołującego w trybie art. 26
ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, a dopiero po otrzymaniu wyjaśnień winien podjąć dalsze rozstrzygnięcia w zakresie oceny i wybory oferty najkorzystniejszej. W związku
z powyższym, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na

przepis 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem jak to zostało udowodnione powyżej i w załączniku nr 4 do odwołania, oferta złożona przez Odwołującego jest zgodna z SIWZ.
W zakresie zarzutu dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na ww. podstawie prawnej uzasadniał tę czynność tym, że Odwołujący w sposób sprzeczny z SIWZ popełnił błąd w obliczeniu ceny prawa opcji, którą należało określić w załączniku nr 2 do formularza oferty, którego wzór Zamawiający udostępnił wraz
z SIWZ i w którym zamieszczono do wypełnienia tabelę do zastosowania przez wykonawców przy określaniu ceny w zakresie prawa opcji.
Zamawiający zarzuca, że Odwołujący dokonał obliczeń niezgodnych z zapisami SIWZ, które miałyby rzekomo przejawiać się w tym, że nie przemnożył ilości 30 miesięcy przez wynik iloczynu ceny jednostkowej jednego pakietu netto i liczby pakietów. Zdaniem Odwołującego powyższy zarzut jest nieuzasadniony, ponieważ zgodnie z pkt 14 ppkt 2 SIWZ kryterium oceny ofert było następujące: „*W celu porównania ofert w kryterium cena całkowita oferty Zamawiający przyjmie oferowaną cenę za zamówienie podstawowe oraz cenę za opcję, (zgodnie z załączoną do oferty kalkulacją).*"

Dalej Odwołujący przedstawił sposób wyceny prawa opcji w załączniku nr 2 do formularza oferty. Odwołujący wskazał, iż prawidłowo wypełnił załącznik nr 2 do formularza oferty, zgodnie z nazwami poszczególnych kolumn: „Cena jednostkowa jednego pakietu netto" – 1 382,11 PLN, „Wartość netto" prawa opcji – rozumiana jako zakup 30 pakietów zgodnie z instrukcją – 41 463,41 PLN „Podatek VAT" prawa opcji oraz „Wartość brutto".

Odwołujący podkreślił, że pola w poszczególnych kolumnach zostały uzupełnione prawidłowo, w ramach składanej oferty Odwołujący podał cenę jednostkową pakietu netto jako stałą, bez względu na to czy z danego pakietu Zamawiający będzie korzystał przez 1 miesiąc, czy też przez 30. Taki bowiem sposób przedstawienia ceny jest uzasadniony treścią SIWZ i prawidłowy.

Zamawiający niefortunnie nazwał wiersz „Kwota za miesięczny dostęp do 1 pakietu (100 licencji) dodatkowego do platformy LMS". Gdyby przyjąć, że rzeczywiście chodziło
o podanie „Kwoty za miesięczny dostęp do 1 pakietu (100 licencji) dodatkowego do platformy LMS" jak twierdzi Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, to biorąc pod uwagę logikę opracowanej przez Zamawiającego tabeli wszystkie nazwy kolumn należało by interpretować w kontekście miesięcznego dostępu 1 pakietu, w szczególności „Cena jednostkowa jednego pakietu miesięcznego dostępu 1 pakietu", „Wartość netto miesięcznego dostępu 1 pakietu", „Wartość brutto miesięcznego dostępu 1 pakietu".
W konsekwencji „Wartość brutto miesięcznego dostępu 1 pakietu" w ofercie zarówno Odwołującego jak i w ofercie konkurencyjnej należałoby wymnożyć razy 30 pakietów oraz czas faktycznego dostępu do pakietu chcąc wyliczyć wartość brutto dla 30 pakietów.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający uznając, że koszt prawa opcji to koszt miesięcznego korzystania z licencji, przy hipotetycznym założeniu zamówienia od razu wszystkich pakietów licencji dostępnych w ramach prawa opcji, w takiej sytuacji winien miesięcznie płacić kwotę 580 400,10 zł brutto. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny (przykładowo opisując w pierwszych wierszach co należy zsumować) jak dokonywać obliczenia całkowitej ceny brutto prawa opcji (kalkulacji). Jedyna instrukcja wypełnienia znajduje się pod tabelą w załączniku nr 2 do formularza oferty.

Odwołujący wskazał, że z całości dokumentacji przetargowej i instrukcji do oferty wynika, że cenę jednostkową należało tylko raz pomnożyć przez 30, gdzie to 30 odpowiada liczbie pakietów (3 kolumna w tabeli). Kolejne mnożenie przez 30 (ilość miesięcy) nie wynika ani z instrukcji ani z SIWZ, ani ze wzoru do umowy. Trudno ocenić dlaczego "30 miesięcy"
znalazło się w tabeli przygotowanej przez Zamawiającego. W takiej sytuacji Odwołujący przedstawiając cenę za opcję w opracowanym przez Zamawiającego i dołączonym do SIWZ załączniku nr 2 do formularza oferty przy uwzględnieniu treści SIWZ (w tym dołączonego do SIWZ wzoru umowy) kierował się literalnie nazwanymi kolumnami.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w sposób bezpodstawny w oderwaniu od przepisów PZP i postanowień SIWZ, w tym wzoru umowy, uznał, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny za opcję skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uznając błąd w ofercie jako błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Mianowice w ocenie Zamawiającego Odwołujący
w załączniku nr 2 do formularza oferty powinien przemnożyć cenę jednostkową jednego pakietu netto (1 382,11 zł) przez liczbę pakietów (30) i dodatkowo jeszcze liczbę miesięcy (30), gdzie wynikiem takiego iloczynu byłaby wartość prawa opcji na poziomie 1 529 995,77 zł brutto. Odwołujący prawidłowo wyliczył cenę opcji jako iloczyn ceny jednostkowej
1 pakietu netto (bez względu na okres trwania licencji) oraz 30 przewidzianych pakietów –
51 000,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, iż odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez powołanie się na taki sposób obliczenia kosztu prawa opcji jak zaprezentowany przez Zamawiającego w informacji o wynikach postepowania z dnia
1 grudnia 2020 r., to jest poprzez dodatkowe przemnożenie wyniku iloczynu ceny jednostkowej jednego pakietu netto i liczby pakietów przez ilość miesięcy (30), jest bezpodstawny z uwagi na postanowienia SIWZ zawarte pkt 3 ppkt 4. Odwołujący wskazał, że opierając się na wskazanej powyżej treści SIWZ należy wskazać, że SIWZ nie stanowi
o okresie subskrypcji to jest okresie korzystania z licencji w ramach prawa opcji, bowiem
z SIWZ wynika jednoznaczny wniosek: Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty jednej ceny za jeden pakiet licencji niezależnie od okresu w jakim będzie korzystał z tych licencji.

Następnie Odwołujący wskazał brzmienie § 5 ust. 3, § 5 ust. 8, § 6 ust. 1 oraz § 6
ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) i stwierdził, że Odwołujący pomimo najlepszej wiedzy nie jest w stanie wyjaśnić w jakim celu Zamawiający stwierdza, że iloczyn ceny jednostkowej jednego pakietu netto i liczby pakietów powinien być dodatkowo przemnożony przez liczbę miesięcy (30), ponieważ ze wzoru umowy:
a) nie wynika, aby Zamawiający – w przypadku skorzystania z prawa opcji – zobowiązany był do uiszczania miesięcznych opłat za użytkowanie licencji;
b) okres 30 miesięcy nie pokrywa się z okresem pomiędzy podpisaniem umowy,
a okresem w ciągu którego Zamawiający może skorzystać z prawa opcji, bowiem gdyby hipotetycznie przyjąć, że umowa zostałaby podpisana przykładowo 14 grudnia 2020 r. to okres 30 miesięcy upłynąłby z dniem 14 czerwca 2023 r., co już byłoby sprzeczne z § 6 ust. 3 umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) dającym prawo Zamawiającemu do skorzystania z prawa opcji do dnia 31 sierpnia 2022 r. jak i § 6 ust. 1, który stanowi o tym, że umowa jest zawierana na czas określony do dnia 31 grudnia 2022 r. W takim więc przypadku okres 30 miesięcy przypadł na czas po formalnym wygaśnięciu

umowy, zatem nieuzasadnionym jest dodatkowo mnożenie iloczynu ceny jednostkowej jednego pakietu netto i liczby pakietów przez okres 30 miesięcy;
c) wynagrodzenie za prawo opcji rozliczane będzie na podstawie trzech faktur w przypadku gdy okres subskrypcji będzie trwał ponad 2 lata lub dwóch faktur w przypadku gdy okres subskrypcji będzie trwał ponad 2 lata lub jednej faktury, z czego pierwsza faktura winna zostać wystawiona po uruchomieniu subskrypcji potwierdzonej podpisaniem bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru, w wysokości odpowiadającej odpowiednio 1/3, 1/2 lub całości kwoty należnej za zamówienie, a odpowiednio druga i trzecia faktura winny zostać wystawione dla drugiego i trzeciego roku subskrypcji – a nie za okresu miesięczne to jest za okres korzystania z pakietów licencji zamówionych w ramach prawa opcji;
d) brak we wzorze umowy odrębnego punktu w którym wskazana byłaby maksymalna, to jest uwzględniająca prawo opcji, wartości wynagrodzenia należnego potencjalnemu wykonawcy – Zamawiający podaje natomiast wyłącznie wynagrodzenie podstawowe.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego łączna wartość brutto prawa opcji obliczona winna być jako iloczyn ceny jednostkowej jednego pakietu netto i liczby pakietów (1 pakiet to 100 licencji). Odwołujący podniósł, że nie miał wątpliwości jak zgodnie
z postanowieniami SIWZ, w tym postanowieniami wzoru umowy, należy wypełnić załącznik nr 2 do formularza oferty z prostej przyczyny – w żadnym punkcie SIWZ nie ma mowy
o płatnościach za okresy rozliczeniowe (subskrypcje) korzystania z licencji, np. za każdy miesiąc, a treść wzoru umowy jako jeden z elementów SIWZ nie może być pomijana również przy weryfikacji tego w jaki sposób rozliczane mają być prawa opcji. Tym samym wszelkie wątpliwości, niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ w toku oceny ofert należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, co wprost wynika z następujących wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyroku z dnia 11 października 2019 r. KIO 1905/19, wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2520/19, wyroku z dnia 13 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 968/19.

Dodatkowo w ocenie Odwołującego Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości co do sposobu obliczenia łącznej wartości brutto prawa opcji winien uprzednio wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, a dopiero po otrzymaniu wyjaśnień winien podjąć dalsze rozstrzygnięcia w zakresie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, co dodatkowo wynika z następujących orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyroku z dnia 11 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1190/19, wyroku z dnia
22 sierpnia 2019 r. sygn. akt: KIO 1545/20.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty PCG z uwagi na błąd w obliczeniu ceny Odwołującego podniósł, że Zamawiający winien odrzucić ofertę ww. wykonawcy z uwagi na to, że wykonawca ten w sposób sprzeczny z SIWZ, popełnił błąd
w obliczeniu ceny prawa opcji, którą należało określić w załączniku nr 2 do formularza oferty,
a którego wzór Zamawiający udostępnił wraz z SIWZ i zamieszono w nim do wypełnienia tabelę do zastosowania przez wykonawców przy określaniu ceny w zakresie prawa opcji.

Odwołujący wskazał, że PCG w sposób sprzeczny z SIWZ, obliczył wartość brutto prawa opcji poprzez przemnożenie (iloczyn) ceny jednostkowej jednego pakietu netto, liczby pakietów, oraz ilości miesięcy. Wartość netto (471 870,00 zł) a tym samym wartość brutto (580 400,10zł) opcji nie jest wynikiem iloczynu ceny jednostkowej jednego pakietu (524,30 zł) i liczby pakietów (30) jak nakazuje instrukcja pod tabelą. W kalkulacji cenowej dotyczącej zamówienia w ramach prawa opcji, stanowiącej załącznik do oferty, wykonawca PCG dokonał obliczeń niezgodnych z zapisami SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z algorytmem podanym przez Zamawiającego pod tabelą wyceny opcji, przy założeniu, iż właściwa jest podana przez PCG œna jednostkowa jednego pakietu netto winno być: 524,30 zł x 30 (liczba pakietów), co daje wartość netto 15 729,00 zł, podatek VAT 3 617,67 zł oraz wartość brutto 19 346,67 zł. Odwołujący wskazał, iż przy takim założeniu następuje 30 krotny spadek wartości oferty w ramach prawa opcji. Inną możliwością poprawy byłoby poprawienie przyjmujące założenie, iż właściwa jest podana przez wykonawcę PCGWartość brutto winno być: 14 896,94 zł x 30 (liczba pakietów), co daje wartość netto 446 908,08 zł, podatek VAT 133 492,02 zł oraz wartość brutto 580 400,10 zł. Taka poprawa powodowałby zmianę ceny jednostkowej jednego pakietu z 524,30 zł na 14 896,94 zł.

Odwołujący stwierdził, że podane dwa sposoby poprawy omyłki wskazują, iż nie można uznać błędu popełnionego przez PCG ani jako oczywistej omyłki rachunkowej, ani też jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Omyłka rachunkowa stanowi omyłkę w przeprowadzonych działaniach na liczbach,
u podstaw którego to stwierdzenia leży założenie, że liczby/zmienne zostały podane właściwe, natomiast wadliwość tkwi w przeprowadzonych działaniach, która może polegać na nieprawidłowości samego działania (wzoru) lub wyniku właściwego działania. W kwestii oczywistości omyłki, w szczególności omyłki rachunkowej podnosi się, że w zakresie kategorii pojęciowej oczywistej omyłki rachunkowej mieszczą się tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiejkolwiek dodatkowej analizy, co oznacza, że ich poprawienie nie wywoła zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy w znaczeniu merytorycznym (zob. wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 745/15). Zwraca się również uwagę, że oczywista omyłka to taka, która poza łatwością wykrycia cechuje się tym, że jest przypadkową i niezamierzoną niedokładnością
w zapisie lub w wyliczeniu, której sposób poprawienia nasuwa się sama przez się każdemu (tak KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 września 2010 r., sygn. akt: KIO 2003/10). Odwołujący w ww. zakresie przywołał również wyrok KIO z dnia 16 lutego 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 30/10.

Odwołujący argumentował, że przedstawiona kalkulacja zawiera błędy w obliczeniu ceny, które nie stanowią oczywistej omyłki rachunkowej, gdyż jak wskazano powyżej istnieją dwa sposoby dokonania poprawy, co wprost przeczy jej oczywistości i wymaga dokonania przez Zamawiającego indywidualnej interpretacji oferty Wykonawcy, do czego Zamawiający nie jest uprawniony.

Wskazane powyżej błędy w obliczeniu ceny nie stanowią również innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, zatem Zamawiający nie może dokonać jej poprawy na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3). „Inną omyłką” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3) może być omyłka pisarska lub rachunkowa, ale nie będąca oczywistą w rozumieniu odpowiednio art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy, a także każda o innym charakterze polegająca na niezgodności oferty z SIWZ (zob. także wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1071/12, z dnia 16 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2999/13, z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2197/12).Granicą dopuszczalności i zakresu poprawy przez zamawiającego tych innych omyłek jest niepowodowanie (przez poprawę) istotnych zmian w treści oferty.

Jak wskazano powyżej istnieją dwa sposoby poprawy błędu w ofercie i nawet przy hipotetycznej próbie ich poprawy, obydwa sposoby powodują istotną zmianę treści oferty. Pierwszy sposób powoduje 30-krotne zmniejszenie wartości zamówienia w ramach prawa opcji. Drugi sposób zaś powoduje 30-krotne zwiększenie ceny jednostkowej pakietu netto. Jednoznacznie należy uznać, iż dokonanie poprawki rzędu 30-krotnego zwiększenia lub zmniejszenia odpowiednich wartości jest istotną zmianą treści oferty, do czego Zamawiający nie jest uprawniony, co więcej w przedstawionej ofercie nie ma dodatkowych wyliczeń, kalkulacji oraz tabel, z których Zamawiający mógłby pośrednio obliczyć w sposób pewny właściwą wartość ceny jednostkowej, a zwrócenie się o wyjaśnienia do wykonawcy spowodowałoby pozaofertowe ustalenie ceny już po terminie złożenia ofert.

W związku z powyższym, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty PCG na podstawie przepisu 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 grudnia 2020 r. wniósł
o odrzucenie odwołania, a w przypadku przyjęcia odwołania do rozpoznania na rozprawie
o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż obowiązkiem Odwołującego było przygotowanie dokumentacji, która udowadniałaby lub uprawdopodabniała spełnienie wymaganych funkcjonalności określonych w załączniku A do SIWZ. Zamawiający na podstawie punktu 10 SIWZ zastrzegł sobie prawo *„sprawdzenia pełnej zgodności oferowanych produktów z wymogami SIWZ. Ocena techniczna zostanie przeprowadzona w drodze analizy przedstawionej do oferty dokumentacji funkcjonalności."* Jednocześnie dopuścił niemal nieograniczony zakres dokumentacji, którą Odwołujący mógł przedstawić: *„W zakresie funkcjonalności wymaganych (oznaczonych poprzez W*
w załączniku A do SIWZ) opis techniczny, instrukcja obsługi, opis konfiguracji, karty produktu lub wydruk/i ze stron internetowych, bądź katalog/i producenta/ów, materiały szkoleniowe, certyfikaty (o ile zostały wydane), potwierdzające zgodność z wymaganymi normami, itp.".

Zamawiający wskazał, że przeprowadził analizę dokumentacji Odwołującego
i wskazał te elementy oferty, które jednoznacznie świadczyły o tym, że platforma oferowana przez Odwołującego nie spełnia postawionych funkcjonalności (W). Wszelkie powstałe na tym etapie wątpliwości wobec dokumentacji Odwołującego zostały uznane na jej korzyść
i nie były wskazywane przez Zamawiającego w piśmie o odrzuceniu oferty.

Zamawiający uznał, że wystarczającym powodem uznania określonego wymogu za spełniony jest jedynie uprawdopodobnienie określonej okoliczności, obniżając niejako na korzyść wszystkich oferentów formalny aspekt przedstawionej dokumentacji, opis stosowania funkcji lub opis użyciu był już wystarczający do uznania, że dany wymóg został wskazany w dokumentacji. Mimo to Odwołujący zaoferował funkcje, które są wprost sprzeczne (wymóg nr 1.31.) z wymogiem lub w istocie rzeczy nie nastąpiło nawet uprawdopodobnienie posiadania określonej funkcjonalności (wymóg nr 1.30.). Przy czym Zamawiający na żadnym etapie weryfikacji zgodności oferty z Załącznikiem A do SIWZ nie miał wątpliwości co do treści oferty. Jak wskazał w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania, treść oferty Odwołującego jest sprzeczna z treścią punktów 1.30; 1.31; 2.12.2; 2.18.1; 2.18.2 Załącznika A do SIWZ.W treści Odwołania nie wskazano żadnego uzasadnienia, z którego wynikałoby dlaczego czynności podjęte przez Zamawiającego są sprzeczne z ustawą Pzp.

W ocenie Zamawiającego wymagania funkcjonalne nie powinny budzić zastrzeżeń. Opisane były w sposób jednoznaczny i jak wskazuje Odwołujący ich treść nie była objęta zakresem odwołania złożonego 23 lipca 2020 r. przez Asseco Data Systems sp. z o.o.
z siedzibą w Gdyni.

Zamawiający wskazał, że nie sposób zgodzić się z zarzutem, iż Zamawiający próbuje odrzucić ofertę Odwołującego interpretując SIWZ w toku oceny ofert w sposób dowolny
i w oderwaniu od jednoznacznie określonych wymagań funkcjonalnych określonych
w Załączniku nr A do SIWZ przez Zamawiającego. Jak wynika np. z pkt 1.31. załącznika A do SIWZ platforma powinna być zgodna ze standardami dostępności, w tym jako minimum
z wytycznymi WCAG 2.1, poziom AA. Odwołujący podał w treści oferty, że jej produkt jest zgodny ze standardami dostępności, w tym jako minimum z wytycznymi WCAG 2.0, poziom AA. Oświadczenie woli i wiedzy o powyższej treści złożone w ofercie nie budzi żadnych wątpliwości, jednak w sposób oczywisty wynika z niego, że funkcjonalności oferowanej platformy nie są zgodne z wymogami SIWZ. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący pomija, że pismem z 6 sierpnia 2020 r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ w zakresie punktu 3) 2.1.1 SIWZ.
Zamawiający stwierdził, że nie sposób uznać, aby Wykonawca, który skarżył postanowienia SIWZ nie zwrócił uwagi na odpowiedzi na pytania wykonawców i wyjaśnienia opublikowane dzień przed rozprawą. Wskazał, że modyfikacja wynikała z wejścia w życie ustawy o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych. Na jej podstawie podmioty publiczne są zobowiązane do modyfikacji dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych. Między innymi oznacza to, że muszą być one zgodne ze Standardem WCAG 2.1, czyli Web Content Accessibility Guidelines. Jest to opublikowany przez organizację W3C standard, który zawiera zbiór zasad, jakimi powinni kierować się twórcy stron internetowych, aby przygotowane przez nich strony były maksymalnie dostępne dla osób z różnymi niepełnosprawnościami.

Z informacji zawartej na stronach www.parp.gov.pl wynika, że najważniejsze zmiany wprowadzone standardem WCAG 2.1 w porównaniu do wersji 2.0 to:
1. Wytyczna 3.5, która uwzględnia nowe sposoby na wprowadzanie danych w zakresie interakcji użytkownika z interfejsem, zwłaszcza dotykowym (to odpowiedź na potrzeby osób mających problemy z koordynacją dotyku, wykonywaniem skomplikowanych gestów itp.). Uwzględnia nowe metody wprowadzania danych, nie tylko za pomocą klawiatury fizycznej
i wirtualnej oraz głosu, ale także za pomocą wirtualnej klawiatury Braille'a i pisma ręcznego.
2. Obowiązek tworzenia tekstu dla osób słabowidzących, który będzie się poprawnie zawijał
i powiększał, a grafika powinna posiadać odpowiedni kontrast.
3. Ze względu na potrzeby osób z problemami poznawczymi uwzględniono takie projektowanie formularzy, aby poprawiały wprowadzane dane, o ile to tylko możliwe.
4. Uwzględniono najnowsze urządzenia mobilne, których interfejs można obsługiwać zarówno w układzie poziomym, jak i pionowym. Wprowadzono obowiązek opcjonalnego wyłączania dodatkowych czujników, aby np. osobie ze spastycznościami nie uruchamiała się funkcja wymagająca potrząsania. Zawarto również klika wskazówek dla osób tworzących interfejsy, aby pamiętali o użytkownikach mających mniejszą sprawność manualną.

Zamawiający podkreślił, że WCAG 2.1 jest wstecznie kompatybilne z WCAG 2.0. Oznacza to, że WCAG 2.1 zawiera wszystkie wytyczne i kryteria z WCAG 2.0. Jeśli strona internetowa jest zgodna z WCAG 2.1, to automatycznie jest również zgodna z WCAG 2.0. Nie oznacza to jednak kompatybilności WCAG 2.0 z WCAG 2.1 o czym wspomniano powyżej, a jak zdaje się twierdzić Odwołujący.

Z treści oferty wynika za to, że wykonawca nie jest w stanie wykazać, iż zgodność platformy z wytycznymi WCAG 2.1 AA jest zweryfikowana i potwierdzona stosownym certyfikatem. (ust. 4 tabeli funkcjonalności opcjonalnych). Wbrew twierdzeniom odwołania samo oświadczenie Wykonawcy zawarte w treści oferty „*oświadczamy, iż oferowana przez nas platforma edukacyjna posiada wszystkie wymagane w załączniku A do SIWZ funkcjonalności ogólne -Część I oraz szczegółowe –Cz II (oznaczone w Załączniku jako „W")*co oczywiste - nie jest wystarczające do uznania, iż oferta wykonawcy jest zgodna z SIWZ. Gdyby tak było, zbędnym byłyby zapisy SIWZ jak i samej ustawy Pzp na podstawie których dokonywana jest weryfikacja treści złożonej oferty.

Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wymagał składania oświadczenia o zgodności oferowanej aplikacji z obowiązującymi standardami, w tym wynikającymi z ustawy z dnia
4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych (w tym uczelni publicznych), która wprowadza WCAG 2.1,
a wykonawca takiego oświadczenia nie składał. Nie jest zatem prawdziwym, twierdzenie zawarte w uzasadnieniu odwołania jakoby oferent jednoznacznie oświadczył o zgodności oferowanej platformy ze standardami ww. ustawą określonymi.

Podobnie jednoznacznie sprzeczne z treścią SIWZ są funkcjonalności opisane
w pkt 1.30; 2.12.2; 22.18.1 i 2.18.2. Uzasadnienie w powyższym zakresie zawierał załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że nie miał żadnych podstaw do żądania od Odwołującego dodatkowych wyjaśnień, gdyż wprost z treści oferty wynika, że jest ona sprzeczna z SIWZ. Nie można zatem zgodzić się, że doszło do naruszenia postanowień treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający zwracał uwagę, że obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień – wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie dotyczy samej treści oferty. „*Instytucja zawarta w art. 26 ust. 3 p.z.p. nie znajduje zastosowania wobec oświadczeń składających na treść oferty sensu stricto*" (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
6 października 2020 r. sygn. akt KIO 2164/20, LEX nr 3082692). W odniesieniu do treści oferty Zamawiający może, ale nie musi (w oparciu o przepis art. 87 ustawy Pzp) żądać wyjaśnień, przy czym niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty. Wskazał, że Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 87 ustawy Pzp, zatem Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona do orzekania w tym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie
art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający podał, że nie jest prawdziwa teza Odwołującego, iż *„Zamawiający zarzuca, że Odwołujący dokonał obliczeń niezgodnych*
z zapisami SIWZ, które miałyby rzekomo przejawiać się w tym, że nie przemnożył ilości 30 miesięcy przez wynik iloczynu ceny jednostkowej jednego pakietu netto i liczby pakietów", gdyż Zamawiający nie był w stanie ustalić w jaki sposób cena za opcję została wyliczona. Zamawiający w treści uzasadnienia wyraźnie wskazał, że zgodnie z algorytmem podanym przez Zamawiającego, przy założeniu, iż właściwa jest podana przez wykonawcę Cena jednostkowa jednego pakietu netto, wartość brutto powinna wynieść 1 529 995,77 zł. Oznacza to 30-krotny wzrost wartości oferty. Z kolei przy założeniu, że właściwa jest podana przez wykonawcę Wartość brutto (51 000 zł) cena jednostkowa pakietu netto powinna wynosić 46,07 zł. To z kolei oznacza 30-krotną obniżkę wartości jednego pakietu.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niefortunnie nazwał drugi wiersz pierwszej kolumny *„Kwota za miesięczny dostęp dla 1 pakietu (100 licencji) dodatkowego do platformy LMS".* Tak jednak nie jest. Kwota za miesięczny dostęp odnosi się jedynie do drugiego wiersza drugiej kolumny, tego właśnie w którym Odwołujący podał cenę jednostkową jednego pakietu wynoszącą 1382,11 zł. Powodem dla którego w rzeczonej tabeli znalazły się kolumny odnoszące się do ilości pakietów, jak i ilości miesięcy w których możliwe będzie
z nich korzystanie było to, aby Zamawiający miał możliwość dokładnej wyceny prawa opcji przy czym chciał ustalić maksymalną wartość prawa opcji do wykorzystania w okresie realizacji zamówienia.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący wskazał, iż dokonane przez niego wyliczenia wskazują na to, że wartość prawa opcji jest niezależna od ilości miesięcy, w których Zamawiający będzie z prawa korzystał. Nie wynika to jednak z treści oferty. Nie wiadomo bowiem, czy wartość podana przez odwołującą jest iloczynem ceny jednostkowej i liczby pakietów, czy też ceny jednostkowej i ilości miesięcy.

Podkreślał, że jeżeli w formularzu oferty został wprowadzony konkretny zapis (w tym przypadku „*ilość miesięcy*") to nie może on zostać pominięty przez Wykonawcę podczas przygotowywania oferty. Jeżeli Wykonawca miał jakiekolwiek wątpliwości w tym zakresie winien wystąpić do Zamawiającego ze stosownym pytaniem. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu jest jedynie nieuzasadnioną polemiką ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w uzasadnieniu podjętego rozstrzygnięcia postępowania. W ocenie Zamawiającego cena została zatem wyliczona nieprawidłowo. Nie sposób zatem uznać, że błąd w obliczeniu ceny Odwołującego jest błędem, który Zamawiający mógł samodzielnie poprawić, ani tym bardziej uznać, że cena jest obliczona prawidłowo, jak to sugeruje Odwołujący.

Z powyższych względów nie sposób uznać argumentów Odwołującego jakoby to oferta Przystępującego była dotknięta błędem w obliczeniu ceny.

Zamawiający wskazał także, że w przypadku nieuznania zarzutów Odwołującego
w zakresie niezgodności oferty z treścią SIWZ, dalsze zarzuty skierowane przeciwko ofercie PCG powinny pozostać bez rozpoznania.

W końcu Zamawiający podniósł, że wniosek Odwołującego o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na błędy postępowania niemożliwe do usunięcia jest niezasadny. Podkreślił, że Odwołujący nie sformułował żadnego zarzutu mogącego być podstawą do rozważania przez Krajową Izbę Odwoławczą tego czy postępowanie jest dotknięte wadą obligującą do unieważnienia postępowania. Nie wskazano, jaki przepis został naruszony, na czym naruszenie polegało i czy miało ono wpływ na wynik postępowania. Rozważań na ten temat nie zawarto również w treści uzasadnienia, zatem należy uznać wniosek za bezpodstawny w świetle treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba, po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego, oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższy wniosek Zamawiający uzasadniał tym, że odwołanie nie zostało wniesione
w przewidzianym przepisami terminie w sposób zgodny z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r. poz. 1296). Zamawiający podniósł, że do odwołania, ani do pisma z 16 grudnia 2020 r. Odwołujący nie dołączył dowodów potwierdzających wadliwe działanie sytemu ePUAP, czy też próby składania odwołania za pomocą ww. systemu. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż zarówno na stronie gov.pl jak i uzp.gov.pl zamieszczono informacje o możliwej niedostępności systemu.
Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, żeodwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W myśl § 5 ww. rozporządzenia, odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w postaci elektronicznej
i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby. W ust. 2 tego przepisu wskazano, iż Prezes Izby udostępnia na stronie internetowej Urzędu odnośnik do usług elektronicznych pozwalających na wniesienie w postaci elektronicznej dokumentów, o których mowa w ust. 1.
Z powyższych przepisów wynika zatem, że z zasadą jest, iż odwołanie wnoszone
w postaci elektronicznej powinno zostać wniesione w sposób wynikający z § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia. W ocenie Izby odstąpienie od tego wymogu możliwe jest wyłącznie
w przypadku wystąpienia uzasadnionych przyczyn o charakterze obiektywnym, które uniemożliwiają doręczenie dokumentu w określony w rozporządzeniu sposób. Przyczyny takie mogą wynikać przede wszystkim z problemów technicznych jak nagła awarii systemu informatycznego czy platformy wykorzystywanej do doręczeń, w tym przypadku platformy
e-PUAP, jak również przerw serwisowych w działaniu ww. systemu.
W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący wnosił odwołanie w postaci elektronicznej, a zatem doręczenie miało nastąpić poprzez wysłanie korespondencji na elektroniczną skrzynkę podawczą z wykorzystaniem platformy e-PUAP. Odwołanie wniesione zostało w przewidzianej ustawą formie - w postaci elektronicznej (Odwołujący przesłał odwołanie wraz z załącznikami opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób umocowanych do reprezentacji), jednak z wykorzystaniem innego kanału komunikacji, niż dedykowany dla tej czynności w przepisach rozporządzenia wykonawczego. Jak wyjaśnił Odwołujący powyższe było uzasadnione trwającymi w dniu 11 grudnia 2020 r. pracami serwisowymi na portalu e-PUAP, których rozpoczęcie uniemożliwiło Wykonawcy kontynuację i w efekcie złożenie odwołania przez ww. portal. Do odwołania Wykonawca załączył zrzuty
z ekranu dnia 11 grudnia 2020 r. godz. 21.04, 22.49 zawierające informację o trwających pracach serwisowych, trwających do 12 grudnia 2020 r. po godz. 12.00. Izba nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności twierdzeniom Odwołującego i uznała, że uprawdopodobnił on, iż podjął próby złożenia odwołania z wykorzystaniem platformy e-PUAP oraz że złożenie odwołania w ten sposób okazało się niemożliwe z uwagi na trwające prace serwisowe. Izba miała także na względzie, iż z uwagi na zbliżający się koniec terminu na wniesienie odwołania, jedynym kanałem komunikacji dostępnym dla Odwołującego pozwalającym realnie dotrzymać terminu, było wysłanie odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres mailowy dedykowany do kontaktu z Izbą (podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 583/19). Oceny Izby nie zmieniła podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż na stronie obywatel.gov.pl zamieszczono komunikat o pracach serwisowych w dniu 11 grudnia od godziny 20:00 do soboty do godziny 11:00, które mogły skutkować niedostępnością serwisu oraz części e-usług. W kontekście powyższego dostrzec należy, iż nie zostało wykazane, kiedy rzeczony komunikat pojawił się na ww. stronie internetowej, jak również z jego treści nie wynikało jaki zakres e-usług mógł być faktycznie niedostępny. Mając na uwadze, iż dochowane zostały wymogi wynikające z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp (odwołanie było opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym) Izba stwierdziła, że odwołanie zostało skutecznie wniesione i podlegające rozpoznaniu.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
#x200eo której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba, na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego, oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy PCG Academia Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym, który zgłosił przystąpienie w dniu 16 grudnia 2020 r.

Odwołujący wniesioną opozycję uzasadniał tym, że wykonawca PCG nie ma interesu w zgłoszeniu przystąpienia, ponieważ jego oferta powinna zostać odrzucona
z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie parametru dotyczącego dostępności cyfrowej.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. pierwsze ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba uznała za dopuszczalne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy PCG i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę, który w sposób wystarczający wykazał interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując w szczególności, że oferta wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a oddalenie odwołania spowoduje, że oferta Przystępującego utrzyma status oferty wybranej jako najkorzystniejszej i umożliwi zawarcie umowy. Izba wskazuje, iż wykonawca zgłasza przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem konkurencyjnego wykonawcy, który formułuje określone zarzuty. W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący podniósł zarzuty względem oferty wykonawcy PCG, którą Zamawiający ocenił jako najkorzystniejszą, tym samym Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego uprawniony był do obrony własnej oferty.

Dodatkowo zauważyć należy, że Odwołujący nie sformułował wobec oferty Przystępującego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tym samym kwestia ta nie mogła być przedmiotem oceny Izby. Co więcej, gdyby nawet hipotetycznie okazało się, że oferta Przystępującego winna zostać odrzucona z powodów podnoszonych przez Odwołującego, to ewentualne późniejsze odrzucenie oferty ww. wykonawcy przez Zamawiającego, nie mogło wpłynąć na brak interesu wykonawcy PCG w zgłoszeniu przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego Izba oddaliła opozycję wniesioną przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz ofertę wykonawcy PCG, jak również zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 grudnia 2020 r.
i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 grudnia 2020 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowód złożony przez Odwołującego zawierający opis funkcjonalności oferowanej platformy wraz z zrzutami z ekranów.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 3 ppkt 4 SIWZ: W związku z możliwością zwiększenia liczby użytkowników systemów w trakcie trwania umowy, Zamawiający przewiduje w ramach niniejszego zamówienia możliwość skorzystania z prawa opcji. Szczegóły związane
z prawem opcji zawarte są we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.
W ramach prawa opcji Zamawiający przewiduje możliwość zamówienia wielokrotności 100 dodatkowych kont użytkowników do maksymalnej liczby 3 000 kont użytkowników. Opcja dotyczyć będzie zakupu dodatkowych kont użytkowników dla wydziałów i jednostek UJ
w Krakowie.
4.1. Wykonawca będzie zobowiązany do podania w kalkulacji cenowej, stanowiącej załącznik do składanej oferty, kwoty należnej za dostawę dodatkową, jako kwotę za każde dodatkowe 100 kont dostępu do oferowanej platformy edukacyjnej.
4.2. Zamówienie objęte opcją Wykonawca będzie zobowiązany wykonać po uprzednim otrzymaniu pocztą elektroniczną zawiadomienia od Zamawiającego, że zamierza z prawa opcji skorzystać.
4.3. Termin realizacji opcji od złożenia zamówienia – 30 dni.
4.4. Zamawiający może z prawa opcji nie skorzystać, lub skorzystać w części. Zamówienie realizowane w ramach opcji jest jednostronnym uprawnieniem Zamawiającego. Nie skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji nie rodzi po stronie Wykonawcy żadnych roszczeń w stosunku do Zamawiającego. Zamówienie objęte opcją Wykonawca będzie zobowiązany wykonać po uprzednim otrzymaniu zawiadomienia od Zamawiającego, że zamierza z prawa opcji skorzystać. Dodatkowe szczegóły związane z prawem opcji zawarte są we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.
Stosownie do punktu 3 ppkt 9 SIWZ, wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ, przy czym zobowiązany jest do wskazania w załączniku nr 2 do formularza oferty typu, rodzaju, producenta oferowanego oprogramowania.

W ppkt 10 pkt 3 SIWZ, Zamawiający zastrzegł sobie prawo sprawdzenia pełnej zgodności oferowanych produktów z wymogami SIWZ. Ocena techniczna zostanie przeprowadzona w drodze analizy przedstawionej do oferty dokumentacji funkcjonalności:
10.1 W zakresie funkcjonalności wymaganych (oznaczonych poprzez W w załączniku A do SIWZ) opis techniczny, instrukcja obsługi, opis konfiguracji, karty produktu lub wydruk/i ze stron internetowych, bądź katalog/i producenta/ów, materiały szkoleniowe, certyfikaty (o ile zostały wydane), potwierdzające zgodność z wymaganymi normami, itp.
10.2 W zakresie funkcjonalności opcjonalnych platformy (oznaczonych poprzez O
w załączniku A do SIWZ i deklarowanych w formularzu oferty), dokumentacja jak dla funkcjonalności wymaganych opisanych w punkcie 10.1 oraz filmy poglądowe prezentujące działanie funkcjonalności opcjonalnych – do oferty należy dołączyć dokument z dostępem do filmów poglądowych, zawierający adres URL z danymi dostępowymi.

Zgodnie z punktem 13 ppkt 1 SIWZ, cenę oferty należy podać w złotych polskich
i wyliczyć w oparciu o indywidualną kalkulację z podaniem cen jednostkowych co najmniej określonych elementów wskazanych w załączniku nr 2 do formularza oferty, uwzględniając wszelkie koszty niezbędne do jego wykonania, w tym podatki oraz rabaty, upusty itp., których Wykonawca zamierza udzielić. Sumaryczna cena ryczałtowa brutto wyliczona na podstawie indywidualnej kalkulacji Wykonawcy winna odpowiadać cenie podanej przez Wykonawcę
w formularzu oferty (ppkt 2).

Zgodnie z punktem 14 SIWZ, jednym z kryteriów oceny ofert stanowiła cena o wadze 40%. W myśl ppkt 2 punktu 14 SIWZ, w celu porównania ofert w kryterium cena całkowita oferty Zamawiający przyjmie oferowaną cenę za zamówienie podstawowe oraz cenę za opcję, (zgodnie z załączoną do oferty kalkulacją).

W załączniku nr 2 do formularza oferty stanowiącym kalkulację cenową Zamawiający zawarł dwie tabelę, tj. jedną dotyczącą wyceny zamówienia podstawowego oraz drugą dotyczącą zamówienia w ramach prawa opcji. W przypadku tabeli dotyczącej wyceny prawa opcji Zamawiający wymagał podania przez wykonawcę: ceny jednostkowej jednego pakietu netto, wartości netto, podatku VAT oraz wartości brutto. Jednocześnie ww. tabela była uzupełniona o następujące dane, tj. liczba pakietów (1 pakiet to 100 licencji) – 30* oraz ilość miesięcy – 30. Nadto w kolumnie zatytułowanej „Nazwa, producent, typ oferowanego przedmiotu zamówienia" Zamawiający podał: „Kwota za miesięczny dostęp dla 1 pakietu (100 licencji) dodatkowego do platformy LMS".Pod tabelą Zamawiający wskazał, że: * *Zgodnie z zapisami SIWZ, realizacja dostawy w ramach prawa opcji będzie następowała*
w zależności od potrzeb Zamawiającego i będzie obejmować wielokrotność 100 dodatkowych licencji do maksymalnej liczby 3 000 kont użytkowników.

Stosownie do treści wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ):
a) § 5 ust. 3, wynagrodzenie Wykonawcy w ramach prawa opcji zależeć będzie od ilości faktycznie zakupionych licencji, zgodnie z przyjętym sposobem realizacji przedmiotu umowy;
b) § 5 ust. 8, w ramach prawa opcji, w odniesieniu do każdego zamówienia wynagrodzenie Wykonawcy będzie płatne na podstawie trzech faktur w przypadku gdy okres subskrypcji będzie trwał ponad 2 lata lub dwóch faktur w przypadku gdy okres subskrypcji będzie trwał ponad 2 lata lub jednej faktury, z czego pierwsza faktura winna zostać wystawiona po uruchomieniu subskrypcji potwierdzonej podpisaniem bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru,

w wysokości odpowiadającej odpowiednio 1/3, 1/2 lub całości kwoty należnej za zamówienie, a odpowiednio druga i trzecia faktura winny zostać wystawione dla drugiego i trzeciego roku subskrypcji, potwierdzonego podpisaniem bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru dla kontynuacji subskrypcji w liczbie zamówionej przez Zamawiającego;
c) § 6 ust. 1, umowa jest zawierana na okres do 31.12.2022 r., przy czym w ciągu 10 dni od zawarcia umowy Wykonawca udostępni platformę, która będzie spełniała wymagania określone w załączniku A do SIWZ, a wdrożenia oprogramowania i dostawy licencji
w terminie do … miesięcy od dnia zawarcia umowy. Za dzień, w którym nastąpiła dostawa
i wdrożenie oprogramowania licencji uznaje się dzień, w którym Zamawiający podpisze protokół odbioru bez zastrzeżeń;
d) § 6 ust. 3, Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z Prawa Opcji w terminie do 31.08.2022 r.
W załączniku A do SIWZ (z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 6 sierpnia 2020 r.) Zamawiający określił funkcjonalności ogólne i szczegółowe platformy LMS. W punkcie:
1) 1.30 określił, że: Hasła użytkowników systemu powinny być przechowywane w sposób bezpieczny, zaszyfrowane za pomocą standardów (np. SHA-512, PBKDF2);
2) 1.31. określił, że: platforma powinna być zgodna ze standardami dostępności, w tym jako minimum z wytycznymi WCAG 2.1, poziom AA;
3) 2.12.2 określił, że: platforma zapewnia wykładowcom możliwość symulacji widoku studenta w ramach swoich kursów, dla celów testowania i weryfikacji;
4) 2.18.1 określił, że: platforma zapewnia wykładowcy możliwość tworzenia zestawów grup studentów w ramach kursu;
5) 2.18.2 określił, że: platforma pozwala na definiowanie wielu zestawów grup w ramach jednego kursu.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz Przystępujący. Odwołujący za wykonanie zamówienia zaoferował cenę 580 000 zł, w tym wartość zamówienia podstawowego 529 000 zł oraz zamówienia opcjonalnego 51 000 zł. Z kolei Przystępujący za wykonania zamówienia zaoferował cenę 1 865 750,10 zł, w tym wartość zamówienia podstawowego 1 285 350 zł oraz zamówienia opcjonalnego 580 400,10 zł.

Odwołujący w punkcie 3 formularza oferty oświadczył, że oferowana platforma edukacyjna posiada wszystkie wymagane w załączniku A do SIWZ funkcjonalności ogólne - Część I oraz szczegółowe – Część II.

Odwołujący wypełnił załącznik nr 2 do formularza oferty w zakresie tabeli dotyczącej prawa opcji w ten sposób, że podał cenę jednostkową jednego pakietu netto w kwocie: 1 382,11 zł, następnie ww. kwotę pomnożył przez 30, co dało wartość netto 41 463,41 zł, podatek VAT 9 536,59 zł oraz wartość brutto: 51 000 zł. Z kolei wykonawca PCG wypełnił załącznik nr 2 do formularza oferty w zakresie tabeli dotyczącej prawa opcji w ten sposób, że podał cenę jednostkową jednego pakietu netto w kwocie: 524,30 zł, następnie ww. kwotę pomnożył przez 30 (liczba pakietów) oraz 30 (ilość miesięcy), co dało wartość netto 471 870 zł, podatek VAT 108 530,10 zł oraz wartość brutto 580 400,10 zł.

Odwołujący wraz z ofertą złożył załącznik nr 10 zawierający specyfikację oferowanej platformy. W ramach funkcjonalności, o której mowa w punkcie:
1) 1.30 załącznika A do SIWZ podał następujący opis spełnienia wymogu: Hasła użytkowników systemu którzy uwierzytelniają się w oparciu o mechanizmy platformy, przechowywane są w sposób bezpieczny, zaszyfrowane za pomocą standardów (np. SHA-512, PBKDF2).;
2) 1.31 załącznika A do SIWZ podał następujący opis spełnienia wymogu: Platforma jest zgodna ze standardami dostępności, w tym jako minimum z wytycznymi WCAG 2.0, poziom AA. Dodatkowo zauważyć należy, iż podany opis dotyczył funkcjonalności pn. „Platforma powinna być zgodna ze standardami dostępności, w tym jako minimum z wytycznymi WCAG 2.0, poziom AA.";
3) 2.12.2 załącznika A do SIWZ podał następujący opis spełnienia wymogu: Platforma zapewnia wykładowcom możliwość symulacji widoku studenta poprzez logowanie się na konta testowe użytkownika przypisane do kursu w roli Student, w celu weryfikacji
i testowania;
4) 2.18.1 załącznika A do SIWZ podał następujący opis spełnienia wymogu: W ramach kursów możliwe jest tworzenie zestawów grup studentów co definiowane jest w module Szkoleń, po przejściu do Uprawnień interesującego nas szkolenia, klikamy Przypisywanie grup, gdzie mamy możliwość wskazać jaka grupa ma zostać przypisana do kursu. Jednocześnie wykonawca przedstawił zrzut z ekranu;
5) 2.18.2 załącznika A do SIWZ podał następujący opis spełnienia wymogu: W ramach kursów możliwe jest tworzenie wielu zestawów grup studentów co definiowane jest w module Szkoleń, przejściu do Uprawnień interesującego nas szkolenia, klikamy Przypisywanie grup, gdzie mamy możliwość wskazać jakie grupy mają zostać przypisane do kursu.
W dniu 1 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PCG. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.
W przedmiocie podstawy odrzucenia wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający podał, że oferta Odwołującego nie spełnia funkcjonalności, o którym mowa
w punkcie 1.30, 1.31, 2.12.2, 2.18.1 oraz 2.18.2 załącznika A do SIWZ. W zakresie funkcjonalności z punktu:
1) 1.30 Zamawiający podał, że oferent nie podał jaki dokładnie standard spełnia oferowana platforma. Podanie sformułowania "na przykład" tj "np." nie spełnia wymogu Zamawiającego. W swojej ofercie Wykonawca winien wskazać jakie standardy spełnia oferowana platforma. Zamawiający jest zobowiązany wybrać ofertę, która posiada bezpieczne metody przechowywania haseł, które gwarantują poufność danych oraz zabezpieczają dostęp do platformy. Standardy określone w specyfikacji jako przykładowe to powszechna metoda kryptograficzna najczęściej spotykana w zastosowaniach sieciowych tak jakich jak SSL (certyfikat autentyczności strony internetowej). W swojej ofercie Wykonawca nie wskazał jakie standardy spełnia oferowana platforma;
2) 1.31 Zamawiający wskazał, iż wymóg spełnienia WCAG 2.1, poziom AA wynika z Ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych (w tym uczelni publicznych), która wprowadza WCAG 2.1, poziom AA jako standard dla stron i aplikacji mobilnych. Wymagania WCAG 2.1, poziom AA pokrywają się z pkt 9, 10 i 11 normy EN 301 549 V2.1.2, która została określona w Ustawie. W swojej ofercie Wykonawca zaoferował zgodność ze standardami dostępności, w tym jako minimum z wytycznymi WCAG 2.0, poziom AA, zatem należy uznać, iż oferta nie spełnia wymogów specyfikacji;
3) 2.12.2 Zamawiający podniósł, że oczekiwał możliwości symulacji widoku studenta, a nie udostępnienia faktycznego widoku studenta. Zamawiający określił wymóg symulacji, co oznaczało brak konieczności logowania się na osobne konto. Propozycja przedstawiona przez oferenta oznacza w istocie konieczność stworzenia dodatkowej puli użytkowników
z uprawnieniami studenta, która będzie odpowiadać liczbie wykładowców lub twórców kursów. Będzie to wpływało na

liczbę uczestników w kursie, a tym samym może mieć znaczenie dla liczenia statystyki. Ponadto wymaga udostępnienia dodatkowych danych logowania się do widoku studenta dla pracowników. Należy zwrócić uwagę, że przypisanie możliwości edycji kursu, może nastąpić do wielu ról w systemie (wykładowca, asystent, egzaminator), co oznacza, że każda z tych osób powinna posiadać widok studenta. Zamawiający stwierdza zatem, że konieczność utworzenia dodatkowych kont studenta oraz przelogowanie się na konto nie spełnia wymogu określonego specyfikacji tj. Symulacji widoku studenta;
4) 2.18.1 Zamawiający wskazał, iż wymóg określony w specyfikacji sprowadza się do możliwości podziału uczestników kursu na mniejsze grupy, które mają pomóc lepiej organizować pracę studentów konkretnego kursu, (co zostało opisane w ramach wszystkich wymogów w sekcji 2.18. załącznika A do SIWZ). W tym wymogu nie chodziło przypisanie "grup" do kursów, a o zdefiniowanie grup studentów w ramach kursu, (który już posiada użytkowników). Metoda opisana przez Oferenta polega na stworzeniu określonej grupy użytkowników i dopisania jej do konkretnego kursu. Tak opisane działanie jest w istocie realizowane przez integrację z systemem dziekanatowym. W systemie dziekanatowym (USOSweb) studenci określają jaki przedmiot wybierają w danym roku akademickim, taka informacja zostaje w kolejnym kroku udostępniona (kurs i zapisani studenci) do systemu LMS. Kluczowe określenie w ofercie przedstawione przez oferenta t.j: *„mamy możliwość wskazać jaka grupa ma zostać przypisana do kursu"* oznacza jednoznacznie, że studenci nie są grupowani „w ramach kursu". Widoczne jest to również na zrzucie ekranu działania funkcji. Widać na nim możliwość przypisanie grupy nazwanej "Grupa 30.04. 2020" oraz potwierdzenia okresu dostępu do danego kursu, czyli zdefiniowanej tej grupy nie następuje "w ramach kursu". Powyższe wskazuje, że oferta Wykonawcy nie spełnia wymogu opisanego w pkt 2.18.1, gdyż system nie umożliwia zdefiniowania grup w ramach kursu;
5) 2.18.2 Zamawiający podał, że w pierwszym zdaniu oferent deklaruje, że *„w ramach kursów możliwe jest tworzenie wielu zestawów grup studentów"*, a w dalszej części stwierdza *„mamy możliwość wskazać jakie grupy mają zostać przypisane do kursu"*. Opis ten nie realizuje wymogu wykonania utworzenia grupy w "w ramach kursu" z użytkowników kursu.
W zakresie podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że w kalkulacji cenowej dotyczącej zamówienia w ramach prawa opcji, stanowiącej załącznik do oferty, wykonawca American Systems Sp. z o.o. dokonał obliczeń niezgodnych z zapisami SIWZ. Zamawiający wskazał, że zgodnie z algorytmem podanym w specyfikacji, przy założeniu, iż właściwa jest podana przez wykonawcę cena jednostkowa jednego pakietu netto winno być: 1 382,11 zł x 30 (liczba pakietów) x 30 (liczba miesięcy), co daje wartość netto 1 243 899,00 zł, podatek VAT 286 096,77 zł oraz wartość brutto 1 529 995,77 zł. Przy takim założeniu, następuje 30-krotny wzrost wartości oferty w ramach prawa opcji. Zważywszy na fakt, iż zgodnie z zapisem pkt. 14 ust. 2 SIWZ dla porównania ofert w kryterium cena całkowita oferty Zamawiający przyjmie oferowaną cenę za zamówienie podstawowe oraz cenę za opcję, (zgodnie z załączoną do oferty kalkulacją), przy dokonaniu poprawy omyłki w ww. sposób, oferta wykonawcy American Systems Sp. z o.o. zmieniłaby swoją pozycję w rankingu ofert. Stąd należy uznać, iż ewentualne dokonanie poprawki przez Zamawiającego spowodowałoby istotną zmianę treści oferty. Zamawiający wskazał, że inną możliwością poprawy byłoby poprawienie przyjmujące założenie, iż właściwa jest podana przez wykonawcę wartość brutto winno być: cena jednostkowa jednego pakietu netto: 46,07 zł x 30 (liczba pakietów) x 30 (liczba miesięcy), co daje wartość netto 41 463,41 zł, podatek VAT 9 536,59 zł oraz wartość brutto 51 000 zł. Taka poprawa powodowałby zmianę ceny jednostkowej jednego pakietu z 1 382,11 zł na 46,07 zł.

Wskazane powyżej dwa sposoby poprawy omyłki wskazują, iż nie można uznać błędu popełnionego przez wykonawcę ani jako oczywistej omyłki rachunkowej, ani też jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Przedstawiona kalkulacja zawiera błędy w obliczeniu ceny, które nie stanowią oczywistej omyłki rachunkowej, gdyż istnieją dwa sposoby dokonania poprawy, co wprost przeczy jej oczywistości i wymaga dokonania przez Zamawiającego indywidualnej interpretacji oferty wykonawcy, do czego Zamawiający nie jest uprawniony.

Wskazane powyżej błędy w obliczeniu ceny nie stanowią również innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści ofert, zatem Zamawiający nie może dokonać jej poprawy na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Istnieją dwa sposoby poprawy błędu w ofercie i nawet przy hipotetycznej próbie ich poprawy, obydwa sposoby powodują istotną zmianę treści oferty. Pierwszy sposób powoduje 30-krotne zwiększenie wartości zamówienia w ramach prawa opcji. Dodatkowo należy zauważyć, iż zgodnie z zapisem pkt. 14 ust. 2 SIWZ dla porównania ofert w kryterium cena całkowita Zamawiający przyjmie oferowaną cenę za zamówienie podstawowe oraz cenę za opcję (zgodnie z załączoną do oferty kalkulacją), to oferta wykonawcy American Systems Sp. z o.o. zmieniłaby swoją pozycję w rankingu ofert. Drugi sposób zaś powoduje 30-krotne zmniejszenie ceny jednostkowej pakietu netto.

Jednoznacznie należy uznać, iż dokonanie poprawki rzędu 30-krotnego zwiększenia lub zmniejszenia odpowiednich wartości jest istotną zmianą treści oferty, do czego Zamawiający nie jest uprawniony, co więcej w przedstawionej ofercie nie ma dodatkowych wyliczeń, kalkulacji oraz tabel, z których Zamawiający mógłby pośrednio obliczyć w sposób pewny właściwą wartość ceny jednostkowej, a zwrócenie się o wyjaśnienia do wykonawcy spowodowałoby pozaofertowe ustalenie ceny już po terminie złożenia ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedmiotem sporu zawisłego między Stronami postępowania odwoławczego była kwestia, czy oferta Odwołującego spełnia funkcjonalności, o których mowa w punkcie 1.30, 1.31, 2.12.2, 2.18.1 oraz 2.18.2 załącznika A do SIWZ.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Z kolei termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie

woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala
w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu podkreślić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wykazania zgodności oferowanego produktu
z wymogami specyfikacji, przy czym ocena techniczna miała zostać przeprowadzona
w drodze analizy przedstawionej wraz z ofertą dokumentacji funkcjonalności (pkt 3 ppkt 9
i 10 SIWZ). W gestii wykonawcy pozostawał natomiast wybór określonych środków, które potwierdzałyby zgodność oferowanej platformy z oczekiwaniami Zamawiającego.

Odnosząc się do poszczególnych funkcjonalności platformy oferowanej przez Odwołującego Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż oferta Odwołującego nie spełniała funkcjonalności wskazanej w punkcie 1.30 załącznika A do SIWZ dotyczącej standardów szyfrowania. W szczególności nie można zgodzić się
z twierdzeniem Zamawiającego, iż Odwołujący nie podał dokładnie jaki standard spełnia oferowana przez wykonawcę platforma. Z treści oferty Odwołującego wprost wynika, że platforma umożliwia przechowywanie haseł w sposób bezpieczny, które zaszyfrowane są za pomocą różnych standardów, w tym SHA-512 i PBKDF2, tj. standardów podanych jako przykładowe przez Zamawiającego. Zdaniem Izby z okoliczności, iż Odwołujący podał dwa przykładowe standardy szyfrowania haseł oferowanej platformy, wskazane zresztą jako przykładowe przez Zamawiającego w załączniku A do SIWZ, nie można wywieść niezgodności oferty Odwołującego z treścią specyfikacji. Skoro platforma oferowana przez Odwołującego spełnia m.in. standardy SHA-512 oraz PBKDF2, a Zamawiający nie twierdził, że ww. standardy nie odpowiadają jego wymogom, to brak jest podstaw do uznania, iż oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ w powyższym zakresie.

Za uzasadnione Izba uznała stanowisko Zamawiającego, iż oferowana przez Odwołującego platforma nie spełnia funkcjonalności, o której mowa w punkcie 1.31 załącznika A do SIWZ referującej do standardu dostępności. Zgodnie z punktem 1.31 załącznika A do SIWZ zmodyfikowanym w dniu 6 sierpnia 2020 r. Zamawiający wymagał, by platforma była zgodna ze standardami dostępności, w tym jako minimum z wytycznymi WCAG 2.1, poziom AA (pierwotnie w specyfikacji wymagano, by platforma była zgodna ze standardami dostępności, w tym jako minimum z wytycznymi WCAG 2.0, poziom AA). Tymczasem z treści oferty Odwołującego wynika, że Wykonawca zaoferował platformę
o standardzie dostępności, w tym jako minimum z wytycznymi WCAG 2.0, poziom AA, zatem o standardzie niższym niż wymagany przez Zamawiającego. Co więcej, Izba ustaliła, że
w złożonym załączniku nr 10 do oferty, Odwołujący nie uwzględnił dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 r., przez co opis oferowanej funkcjonalności odnosił do nieaktualnego, niższego standardu dostępności (minimum WCAG 2.0, poziom AA). Izba wskazuje, iż nie zasługiwała na aprobatę argumentacja Odwołującego, iż wykonawca w punkcie 3 formularza oferty oświadczył, że oferowana platforma edukacyjna posiada wszystkie wymagane w załączniku A do SIWZ funkcjonalności ogólne - Część I oraz szczegółowe Część IIIzba stwierdza, iż ogólne deklaracje i oświadczenia wykonawcy zawarte w formularzu oferty nie mogą zastąpić szczegółowego oświadczenia wykonawcy zawartego w załączniku nr 10 do SIWZ referującego do oferowanego przedmiotu zamówienia. Gdyby bowiem przyjąć stanowisko Odwołującego za słuszne to, żądanie przez Zamawiającego dodatkowych oświadczeń dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia byłoby zbędne. Wbrew stanowisku Odwołującego z treści oferty Wykonawcy nie można wyczytać, iż oferowana platforma jest zgodna ze standardami dostępności minimum z wytycznymi WCAG 2.0 i następnymi czyli m.in.WCAG 2.1 Poziom AA. W końcu Izba wskazuje, iż Odwołujący nie kwestionował twierdzeń Zamawiającego, iż WCAG 2.1 jest wstecznie kompatybilne z WCAG 2.0, co oznacza, że WCAG 2.1 zawiera wszystkie wytyczne i kryteria z WCAG 2.0. Powyższe nie oznacza jednak – jak twierdził Zamawiający - kompatybilności WCAG 2.0 z WCAG 2.1.

Za prawidłowe Izba uznała stanowisko Zamawiającego dotyczące niezgodności oferty Odwołującego z treścią specyfikacji w zakresie wymogu dotyczącego funkcjonalności wskazanej w punkcie 2.12.2 załącznika A odnoszącej się do zapewnienia wykładowcom symulacji widoku studenta w ramach swoich kursów, dla celów testowania i weryfikacji. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż przedmiotowa funkcjonalność dotyczyła symulacji widoku studenta przez wykładowcę, a nie udostępnienia faktycznego widoku studenta. Innymi słowy, Zamawiający wymagał prostej funkcjonalności umożliwiającej wykładowcy
w ramach kursu „podejrzenie obrazu, który widzą studenci", bez tworzenia odrębnego konta, jego konfiguracji i przypisania do kursu w roli studenta. Trudno w ocenie Izby opisaną przez Odwołującego funkcjonalność uznać za symulację widoku studenta, skoro wymagała ona od wykładowcy „wyjścia" z roli/konta wykładowcy oraz zalogowania się na konto testowe użytkownika w roli „student", po to aby „podejrzeć obraz", który widoczny był dla studentów. Tym samym niezależnie od ogólnego charakteru postawionej funkcjonalności Izba stwierdziła, iż z jej treści można było wyczytać, iż Zamawiającemu nie chodziło o faktyczny widok studenta, tylko o zasymulowanie na bazie widoku wykładowcy innego widoku, tj. w tym wypadku studenta. Izba zauważa, że Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do stanowiska Zamawiającego, który akcentował, iż czym innym jest „symulacja widoku studenta" oraz czym innym jest „udostępnienie faktycznego widoku", czemu dał wyraz
w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. W powyższym zakresie Odwołujący poprzestał na stwierdzeniu, że oferowana przez Wykonawcę funkcjonalność zapewnia dla wykładowcy symulację widoku.

Odnosząc się łącznie do funkcjonalności wskazanych w punkcie 2.18.1 i 2.18.2 załącznika A do SIWZ dotyczących tworzenia zestawów grup Izba wskazuje, iż ocena oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego w ww. zakresie była prawidłowa. Odwołujący w zakresie obu ww. funkcjonalności podał, że „W ramach kursów możliwe jest tworzenie zestawów grup studentów co definiowane jest w module Szkoleń, po przejściu Uprawnień interesującego nas szkolenia, klikamy Przypisywanie grup, gdzie mamy możliwość wskazać jaka grupa ma zostać przypisana do kursu". Z powyższego opisu funkcjonalności sporządzonego przez Odwołującego w sposób jednoznaczny wynika zatem, że Wykonawca zaoferował rozwiązanie umożliwiające przypisanie grupy do kursu, a nie tworzenia/dzielenia grup „w ramach kursu". Co więcej, przygotowany przez Odwołującego opis ww. funkcjonalności był niespójny. Z jednej strony Odwołujący wskazał, że „w ramach kursów możliwe jest tworzenie zestawów grup studentów", jednakże dalej w opisie Wykonawca skonkretyzował, iż „mamy możliwość wskazać jakie grupy mają zostać przypisane do kursu", co też oznacza, iż studenci nie są grupowani „w ramach kursu". Podkreślić należy, że Odwołujący mając na uwadze brzmienie postanowień specyfikacji powinien dołożyć należytej staranności i w taki sposób przedstawić spełnienie wymaganych funkcjonalności przez oferowany przedmiot zamówienia, by nie było żadnych wątpliwości co do spełnienia wymogów

Zamawiającego. Z opisu wymagań Zamawiającego jednoznacznie wynika, że Zamawiający oczekiwał „tworzenia zestawów grup studentów w ramach kursu", czy też „definiowania wielu zestawów grup w ramach jednego kursu". Powyższe oznacza, że Zamawiającemu zależało na otrzymaniu funkcjonalności umożliwiających tworzenie grup w ramach określonych już kursów, a nie o przypisywanie niezależnych/nowych grup do istniejącego kursu. Jak wyjaśnił Zamawiający odwrócenie tego procesu zupełnie zmienia metodykę zastosowania pracy w grupach. Dalej stwierdzić należy, iż za spóźnione na obecnym etapie postępowania należało uznać stanowisko Odwołującego, że wskazane przez Zamawiającego rozwiązanie „może sugerować konkretnego wykonawcę". Wykonawca w stosownym terminie wynikającym z przepisów ustawy Pzp winien kwestionować czynność Zamawiającego polegającą na opisaniu przedmiotu zamówienia, jeżeli uważał, że został on przygotowany w sposób sprzeczny z przepisami prawa. Odnosząc się do złożonego przez Odwołującego dowodu zawierającego opis funkcjonalności oferowanej platformy wraz z zrzutami z ekranów wskazać należy, iż Wykonawca nie omówił i nie wyjaśnił okoliczności, na potwierdzenie których został złożony.

Brak było również w okolicznościach przedmiotowej sprawy podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, bowiem oferta Odwołującego w sposób jednoznaczny była sprzeczna z wymogami Zamawiającego określonymi w specyfikacji. Izba wskazuje, iż wezwanie wystosowane do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do obejścia zakazu zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert, czy też negocjacji jej treści. Zauważyć także należy, iż w powyższym zakresie Odwołujący nie doprecyzował nawet w jakim zakresie winien zostać wezwany do złożenia stosownych wyjaśnień.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegający na niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła funkcjonalności wskazanych w punkcie 1.31, 2.12.2, 2.18.1 oraz 2.18.2 załącznika A do SIWZ. Zasadność ww. zarzutu w zakresie funkcjonalności opisanej w punkcie 1.30 załącznika A do SIWZ nie miała z kolei wpływu na wynik niniejszego postępowania, bowiem oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

Osią sporu pomiędzy Stronami postępowania odwoławczego było to, czy Odwołujący prawidłowo obliczył cenę oferty w zakresie prawa opcji. Zamawiający stał na stanowisku, że Odwołującyw załączniku nr 2 do formularza oferty powinien przemnożyć cenę jednostkową jednego pakietu netto (1 382,11 zł) przez liczbę pakietów (30) i dodatkowo jeszcze przez liczbę miesięcy (30). Tymczasem Odwołujący twierdził, że prawidłowo wyliczył cenę opcji jako iloczyn ceny jednostkowej 1 pakietu netto (bez względu na okres trwania licencji) oraz 30 przewidzianych pakietów.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikający przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Izba wskazuje, że Odwołujący na etapie postępowania odwoławczego marginalizował treść tabeli dotyczącej wyceny prawa opcji zawartej w załączniku nr 2 do formularza oferty, przyznając jednocześnie zarówno w treści odwołania, jak i w toku rozprawy, że podał cenę jednostkową pakietu netto jako stałą, niezależną od czasu korzystania przez Zamawiającego z pakietu. Tymczasem wskazać należy, iż z treści przedmiotowej tabeli wynikało, że wykonawca obowiązany był podać kwotę za miesięczny dostęp dla 1 pakietu (100 licencji) dodatkowego do platformy LMS.

Z powyższego wynika zatem, że odwołujący się Wykonawca przyjął inne założenia kalkulacyjne w zakresie prawa opcji, niż wynikające z literalnej treści specyfikacji, w szczególności załącznika nr 2 do formularza oferty, podając stałą (jednorazową) cenę za pakiet, nie zaś jak oczekiwał Zamawiający, miesięcznej ceny za dostęp do 1 pakietu.

W konsekwencji przyjętego założenia Odwołujący obliczył maksymalną wartość prawa opcji w ten sposób, że podaną w kolumnie „Cena jednostkowa jednego pakietu netto" kwotę 1 382,11 zł pomnożył przez liczbę 30 odpowiadającą maksymalnej liczbie pakietów, nie mnożąc następnie ww. wyniku przez liczbę 30 odpowiadającą ilości miesięcy. Poza rozważaniami Izby, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, była zasadność sformułowanego przez Zamawiającego wymogu dotyczącego podania ceny za dostęp do 1 pakietu w skali miesiąca oraz podanej przez Zamawiającego liczby miesięcy (30). Niewątpliwie w załączniku nr 2 wprowadzone zostały konkretne zapisy, które przez to, że nie zostały wzruszone w toku postępowania, nie mogły zostać pominięte przez wykonawcę podczas przygotowania oferty. Rację miał zatem Zamawiający, iż jeżeli wykonawca miał jakiekolwiek wątpliwości w zakresie dotyczącym sposobu wypełniania kalkulacji cenowej w zakresie prawa opcji, to winien wystąpić do Zamawiającego ze stosownym pytaniem w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Z odpowiednim pytaniem do gospodarza postępowania mógł wystąpić wykonawca również wtedy, gdy w jego ocenie niezasadne było wymaganie Zamawiającego polegające na podaniu ceny za miesięczny dostęp dla 1 pakietu, czy też gdy wątpliwe wobec pozostałych postanowień specyfikacji było podanie w tabeli ilości miesięcy (30). W tym miejscu podkreślić należy, iż w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r. sygn. akt: IV CSK 626/13 wskazano, iż „W danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego oraz wątpliwości występujących po stronie wykonawcy, art. 38 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) stanowi w związku z art. 354 § 2 KC nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 KC."

Zdaniem składu orzekającego lektura tabeli dotyczącej wyceny prawa opcji zawartej w załączniku nr 2 do formularza oferty prowadzi do wniosku, że skoro Zamawiający wymagał (abstrahując od zasadności wymogu) podania miesięcznej kwoty za dostęp dla 1 pakietu, to logicznym jest, że aby obliczyć maksymalną wartość prawa opcji należało znać maksymalną liczbę pakietów oraz maksymalny czasookres korzystania z pakietów przez Zamawiającego. Tym samym wartość prawa opcji winna być obliczona jako iloczyn ceny jednostkowej jednego pakietu netto w skali miesiąca

oraz maksymalnej liczby pakietów (30) oraz maksymalnej ilości miesięcy (30).

Co więcej, słusznie dostrzegł Zamawiający, iż mimo, że Odwołujący twierdził, że dokonane przez niego wyliczenia wskazywały na to, że wartość prawa opcji jest niezależna od ilości miesięcy, w których Zamawiający będzie z tego prawa korzystał, to jednak powyższe nie wynikało z treści oferty. Odwołujący nie dokonał w treści oferty żadnego zastrzeżenia, z którego jednoznacznie wynikałby sposób obliczenia wartości opcji,
w szczególności na podstawie treści oferty nie sposób ustalić, czy Odwołujący pomnożył kwotę zawartą w kolumnie „Cena jednostkowa jednego pakietu netto" przez liczbę 30 odpowiadającą liczbie pakietów, czy też przez liczbę 30 odpowiadającą ilości miesięcy. Konsekwencją takiego stanu rzeczy był z kolei brak możliwości zakwalifikowania błędu popełnionego przez Odwołującego w zakresie wyceny prawa opcji jako omyłki rachunkowej, czy też innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazane przez Zamawiającego w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania dwa hipotetyczne sposoby poprawy oferty Odwołującego, tj. jeden skutkujący 30-krotnym zwiększeniem wartości zamówienia w ramach prawa opcji, a drugi prowadzący do 30-krotnego zmniejszania ceny jednostkowej pakietu netto, nie były kwestionowane przez Wykonawcę w treści odwołania. Odwołujący nie twierdził przy tym, iż Zamawiający zobowiązany był do poprawy jego oferty z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 2 albo 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż gdyby nawet przyjąć, że z treści specyfikacji, w szczególności załącznika nr 2 do formularza oferty nie wynikało jednoznacznie, które dane zawarte w tabeli należało przemnożyć, to nie zmienia to istoty uchybienia Odwołującego polegającego na przyjęciu odmiennego założenia kalkulacyjnego dla obliczenia wartości prawa opcji polegającej na podaniu ceny jednostkowej za pakiet, co zostało wprost przyznane przez Wykonawcę, a nie jak oczekiwał Zamawiający ceny za dostęp do 1 pakietu w skali miesiąca.

Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyceny prawa opcji. Wskazać należy, iż wezwanie Odwołującego w powyższym zakresie spowodowałoby naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Co więcej, w złożonej ofercie nie było dodatkowych kalkulacji czy wyliczeń, z których Zamawiający mógłby pośrednio obliczyć w sposób pewny właściwą wartość ceny jednostkowej. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie znajduje zastosowania do treści oferty. W powyższym zakresie właściwy jest przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą błąd
w obliczeniu ceny polegający na nieprawidłowym przyjęciu przy kalkulacji wartości prawa opcji ceny jednostkowej pakietu netto jako wartości stałej, niezależnej od czasu korzystania przez Zamawiającego z pakietu, co też skutkowało zaniechaniem przemnożenia iloczynu ceny jednostkowej jednego pakietu netto oraz liczby pakietów przez liczbę 30 odpowiadającą ilości miesięcy. Tym samym czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego się Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp była prawidłowa.

W świetle powyższego za nieuzasadniony należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oferty Przystępującego, który wyliczył wartość prawa opcji w sposób zgodny z SIWZ, tj. iloczyn kwoty podanej w kolumnie „Cena jednostkowa jednego pakietu netto" i liczby pakietów dodatkowo pomnożył przez liczbę miesięcy (30).

W końcu wskazać należy, iż wniosek Odwołującego o unieważnienie postępowania
z uwagi na błędy postępowania niemożliwe do usunięcia, w przypadku nieuznania zarzutów Odwołującego, nie mógł zostać przez Izbę rozpoznany. Zauważyć należy, iż Odwołujący nie sformułował w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte
w odwołaniu. Wobec powyższego poza rozważaniami Izby była kwestia ewentualnego nakazania Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wskazanej podstawie prawnej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 616,24 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę, opłat skarbowych od czterech pełnomocnictw oraz
diety pełnomocnika.

Przewodniczący: ……