Sygn. akt KIO 2513/20

WYROK
z dnia 23 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawcę: **Crayon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**; w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**;
przy udziale wykonawcy: **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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: ……

Sygn. akt KIO 2513/20

UZASADNIENIE

Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę oprogramowania standardowego wraz z licencjami oraz prawami do uaktualniania oprogramowania subskrypcji oprogramowania standardowego oraz standardowych pakietów usług wsparcia technicznego"; numer postępowania DWZ/60/2020 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2020/S 147-361961 w dniu 31 lipca 2020 r.

W dniu 5 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Crayon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący").

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec: czynności dokonanej 14 września 2020 r., dotyczącej poprawienia oferty wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Integrated Solutions" lub „przystępujący"); czynności i zaniechań zamawiającego z 25 września 2020 r., tj. wobec zaniechania odrzucenia oferty Integrated Solutions oraz czynności wyboru oferty Integrated Solutions jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne poprawienie w ofercie wykonawcy Integrated Solutions jednej z pozycji Formularza ofertowego (tj. poz. 3.10 Tabeli 2. Opcja (Produkty opcjonalne) z powołaniem się na inną omyłkę w postaci niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") pomimo, iż spowodowało to istotną zmianę w treści oferty oraz pomimo, iż nie była to oczywista omyłka pisarska;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Integrated Solutions z uwagi na niezgodność oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, pomimo braku podstaw do jej poprawienia;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Integrated Solutions, jako najkorzystniejszej, pomimo zaistnienia podstawy do jej odrzucenia wskazanej w pkt 2 powyżej.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Integrated Solutions, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że pismem z 25 września 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. za która została uznana oferta złożona przez wykonawcę Integrated Solutions. Do wyboru oferty tego wykonawcy doszło w wyniku poprawienia przez zamawiającego treści oferty w pozycji 3.10 Tabeli 2. Opcja (Produkty opcjonalne) Formularza ofertowego, z powołaniem się na inną omyłkę w postaci niezgodności oferty z SIWZ.

Pismem z 8 września 2020 r. zamawiający wezwał Integrated Solutions do wyjaśnienia treści oferty tj. do wyjaśnienia, że produkt zaproponowany pod poz. 3.10 Tabeli 2. Opcja (Produkty opcjonalne) Formularza ofertowego, tj 6QK-00001 Azure prepayment to subskrypcja pakietu wsparcia technicznego i spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt 3.10 rozdziału II SIWZ. W odpowiedzi przystępujący wyjaśnił, że produkt wpisany pod poz. 3.10 Tabeli 2. Opcja (Produkty opcjonalne) oferty, omyłkowo opisany jako „6QK-00001 Azure prepayment" jest faktycznie produktem

oznaczonym nazwą katalogową: Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn - który spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt 3.10 rozdziału II SIWZ, a także że w toku wypełniania Formularza ofertowego doszło do omyłki polegającej na wpisaniu w ww. pozycji Formularza innej nazwy produktu niż faktycznie oferowana. W piśmie z 14 września 2020 r. zamawiający poinformował Integrated Solutions o poprawieniu jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. o poprawieniu w treści Formularza ofertowego pod poz. 3.10 Tabeli 2. Opcja (Produkty opcjonalne) nazwy katalogowej zaoferowanego produktu na: H51-00110 Premier ALNG PL ProEntSrvc PSSAnnualSprtCntrct Fndtn., na co wykonawca się zgodził.

W ocenie odwołującego dokonana zmiana była jednak bezzasadna, bowiem nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i brak było podstaw do poprawienia oferty wykonawcy. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający poprawia
w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wynika z ww. przepisu, jego zastosowanie może nastąpić wówczas, gdy zostały spełnione łącznie trzy elementy:
(1) istnieje niezgodność pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji, (2) rozbieżność ta ma charakter omyłki, (3) wynikiem omyłki nie może być istotna zmiana w ofercie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wskazany przez zamawiającego pkt 3.10 rozdziału II SIWZ zawiera szczegółowy opis subskrypcji pakietu wsparcia technicznego, w tym minimalne warunki, jakie powinny być spełnione przez wykonawców. Zamawiający nie wskazał, którego konkretnie zapisu SIWZ dotyczy stwierdzona niezgodność oferty z SIWZ, a tylko powołał się ogólnie na pkt 3.10 rozdziału II SIWZWarunkiem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest również stwierdzenie, iż rozbieżność wynika z omyłki, czyli że treść oferty nie odpowiada woli wykonawcy. Przy czym wykonawca Integrated Solutions w piśmie
z 11 września 2020 r. potwierdził swoją omyłkę w oznaczeniu nazwy oferowanego produktu.

Odwołujący przywoływał wyrok KIO 1211/17, w którym Izba zwróciła uwagę,
że stwierdzenie omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić na podstawie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 ww. ustawy. Jakkolwiek wyjaśnienia takie nie mogą tworzyć treści oferty, tym niemniej dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność treści oferty
z treścią SIWZ ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia.

W ocenie odwołującego dokonane wyjaśnienia stanowiły jednak złożenie nowego oświadczenia woli dotyczącego innego produktu, tj. Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AanualSprtCntrct Fndtn, zamiast zaoferowanego wcześnie produktu „6QK-00001 Azure prepayment" podobnie jak produkt „H51-00110 Premier ALNG PI, ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn" będący przedmiotem poprawki dokonanej przez zamawiającego. Wynikiem omyłki i jej poprawienia nie może być istotna zmiana w ofercie. Tymczasem zamawiający dokonał faktycznie zmiany jednego z oferowanych produktów w treści oferty ww. wykonawcy, tj. zmiany przedmiotu świadczenia. Określenie przedmiotu oferowanego świadczenia stanowi essentialia negotii czynności prawnej, zatem zmiany w tym zakresie są zawsze zmianami istotnymi. Zamawiający nie może dokonywać zmian w ofercie z powołaniem się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sposób dowolny, a jednocześnie nie może to prowadzić do wytworzenia nowego oświadczenia woli. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyrokach: KIO 2218/19, KIO 1964/19, KIO 1077/17, KIO 1998/17.

Odwołujący wskazał dalej, że produkt „H51-00110 Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn jest jednym z czterech produktów Usług Wsparcia Microsoft Premier, w których zakres usług Microsoft jest identyczny, różnią się one liczbą godzin porad technicznych i wsparcia technicznego. Każdy z produktów Premier posiada odróżniającą nazwę, korespondującą z zawartością liczby godzin, Premier: Core, Foundation, Standard i Plus. Opis wyżej wymienionych produktów publikowany przez Microsoft w dokumencie: Postanowienia dotyczące produktów w dodatku D na stronach 121-122 (https://www.microsoftvolumelicensing.com/DocumentSearch.aspx?Mode3&DocumentTypeId-53) zawiera zakres usług zapewnianych przez Microsoft w ramach owych czterech produktów, który zasadniczo odpowiada wymaganiom pkt 3.9 pkt 3.10 rozdziału II SIWZ. Dla czytelnika wyraźne jest podobieństwo w/w warunków z pkt 3.10 rozdziału I SIWZ wskazujące, iż autor wymagania wzorował się na w/w warunkach. Odwołujący, jako dowód na okoliczność istnienia 4 dostępnych produktów dla Usługi Wsparcia Microsoft Premier załączył do odwołania wyciąg z Postanowień dotyczących Produktów w Dodatku D na dzień 1 września 2020 r. (strony 121 -122).

Zamawiający, dokonując poprawienia oferty Integrated Solution, zastosował produkt „H51-001 10 Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn" czyli poziom Foundation, na co wskazuje akronim w nazwie produktu „Fndtn". Natomiast produkty Premier Standard i Premier Plus są produktami o wyższej liczbie godzin porad i konsultacji (odpowiednio 120 i 80 oraz 160 i 140). Zamawiający w pkt 3.10.10 pkt 3.10 rozdziału II SIWZ wymagał:W ramach usług wsparcia technicznego zamawiający wymaga przedstawienia oferty na standardowe pakiety wsparcia technicznego zawierające minimum 110 godzin roboczych możliwych do wykorzystania w okresie 12 miesięcy (330 godzin roboczych w trakcie całej umowy). W takim stanie rzeczy wymagania pkt 3.10 rozdziału II SIWZ w palecie oferty Microsoft spełniały 3 produkty:

1.Premier Foundation - czyli numer: H51-00110 nazwa: Premier ALANG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn;
2.Premier Standard — czyli numer H51-00112 nazwa: Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Std;
3.Premier Plus numer H51-00111 nazwa: Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Plus.

Wobec 3 produktów Microsoft spełniających wymagania SIWZ nie istniała jedna oczywista, narzucająca się metoda dokonania poprawienia omyłki.

Ponadto odwołujący wskazał, że oferta Integrated Solution zawiera inne, wymienione poniżej niezgodności treści oferty z SIWZ:

1.w poz. 3.4. (dla zamówienia podstawowego) oferty opis: „Subskrypcja usług komunikacyjnych, bezpieczeństwa" Integrated Solution zaoferował produkt TRA-00065 ExchgOnlnPlan 1 ShrdSvr ALNG SU MVL ExchgOnlnKsk PerUs tj. produkt niespełniający wymagań SIWZ, gdyż wymagania te spełnia produkt zaoferowany przez Integrated Solutions w poz. 3.5. czyli TPA-0001 0365F3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr;
2.W poz. 3.5. (dla zamówienia podstawowego) opis: „ Pakiet Uzupełniający - Integrated Solution zaoferował produkt TPA-00001 0365F3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr tj. produkt niespełniający wymagań SIWZ, gdyż wymagania t spełnia produkt zaoferowany przez Integrated Solutions w poz. 3.4. czyli TRA-00065 ExchgOnlnPlan ShrdSvr ALNG SU MV L ExchgOnlnKsk PerUsr;
3.W poz. 3.4. (dla zamówienia opcjonalnego) oferty opis: „Subskrypcja usług komunikacyjnych, bezpieczeństwa" -

Integrated Solution zaoferował produkt TRA-00065 ExchgOnlnPlan I ShrdSvr ALNG SU MVL ExchgOnlnKsk PerUsr produkt niespełniający wymagań SIWZ, gdyż wymagania te spełnia produkt zaoferowany przez Integrated Solutions w poz. 3.5. czyli TPA-00001 0365F3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr;

4.W poz. 3.5. (dla zamówienia podstawowego) opis: „Pakiet Uzupełniający Integrated Solution zaoferował produkt TPA-00001 0365F3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr

tj. produkt niespełniający wymagań SIWZ, gdyż wymagania te spełnia produkt zaoferowany przez Integrated Solutions w poz. 3.4. czyli TRA-00065 ExchgOnlnPlan ShrdSvr ALNG SU MV L ExchgOnlnKsk PerUsr.

Powyższe wady oferty Integrated Solution wynikają z wstawienia w poz.3.4 obu tabel produktu właściwego dla poz. 3.5 i na odwrót. W efekcie 4 produkty zawarte w pkt 3.4 i 3.5 (zamówienie podstawowe i opcjonalne) nie spełniają wymagań merytorycznych SIWZ o czym przesądza: a) oferta Microsoft załączona do wyjaśnień Integrated Solutions z 11 września 2020 r. zawierająca poprawne przyporządkowanie produktów z w/w pozycji,

b) oferta odwołującego, nie zakwestionowana przez zamawiającego i zgodna z treścią oferty Microsoft. Zamawiający nie dokonał poprawienia powyższego „błędu", zatem wada oferty Integrated Solutions nie została usunięta.

Odwołujący wskazuje, iż. poprawienie oferty w powyższym zakresie było niedopuszczalne albowiem w przypadku zamiany produktów w poz. 3.4 i 3.5. nie jest oczywiste czy wada dotyczy tylko nazw zaoferowanych produktów, czy też również zaoferowanych dla nich cen, co ma znaczenie w przypadku zamówienia opcjonalnego.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości. że w Formularzu ofertowym pod poz. 3.10 Tabeli 2. Opcja (Produkty opcjonalne) wykonawca Integrated Solutions zaoferował inny produkt, niż wskazany w późniejszych wyjaśnieniach HS -00110 Premier ALNG PL ProEntSrvc PSSAnnualSprtCntrct Fndtn. tj. wykonawca zaoferował 6QK-00001 Azure prepayment. Jest to niewątpliwie inny produkt, niż wskazany w ofercie, co przyznał zarówno sam wykonawca, jak również zamawiający. To samo odnosi się do zamieszczenia w poz. 3.4 i 3.5. dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego produktów niespełniających postawionych dla tych pozycji wymagań SI WZ.

Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem KIO, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych przedmiotu zamówienia określonych jednoznacznie

w SIWZ. Przy czym, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna podlegać ocenie

z uwzględnieniem pojęcia oferty określonego w art. 66 k.c., czyli jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w SIWZ,

w odniesieniu do merytorycznego aspektu przedmiotu zamówienie. Treść oferty stanowi zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W sytuacji, gdy brak było podstaw do poprawienia oferty wykonawcy (ze wskazanych wyżej przyczyn) oferta wykonawcy Integrated Solutions podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji nieuzasadnione było również dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty wykonawcy Integrated Solutions, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu na realizację zadania nr 1.

Zamawiający, 5 października 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił 8 października 2020 r. wykonawca: **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej także jako „przystępujący"), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 22 października 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

W treści złożonego pisma procesowego argumentował, że oczywistym jest,

że zaistniała niezgodność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ, przystępujący zaproponował bowiem w ofercie całkowicie odmienny produkt niż wymagał tego zamawiający w pozycji 3.10 Tabeli 2 formularza oferty. Zaoferowany produkt jest subskrypcją usługi platformowej, a nie jak wymagał zamawiający subskrypcją pakietu wsparcia technicznego. Powyższe wynikało zarówno z informacji pochodzących ze strony internetowej htts://azure.microsoft.com/pl-pl/ jak również samej oferty przystępującego, gdzie w pozycji 3.9 Tabeli 1 ww. produkt został prawidłowo wskazany jako subskrypcja usługi platformowej. Jednocześnie w pkt 5 formularza oferty przystępujący złożył oświadczenie, że „oferuje realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zawartym w rozdziale II SIWZ".

Jak zaznaczył zamawiający wymagał on wskazania produktu spełniającego wymagania określone w pkt 3.9 rozdziału II SIWZ wyłącznie w Tabeli 1 formularza oferty,

a produktu spełniającego wymagania określone w pkt 3.10 rozdziału II SIWZ wyłącznie

w Tabeli 2. W udzielonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach przystępujący oświadczył, że powyższa niezgodność jest wynikiem omyłki, a nie celowego działania

i nastąpiła w efekcie błędnego przekopiowania niewłaściwej nazwy produktu z oferty cenowej „Microsoft Volume Licensing - Channel Price Sheet - Preliminary" z dn. 16 lipca 2020 r. (dalej jako „oferta cenowa Microsoft"), otrzymanej od producenta oprogramowania - firmy Microsoft, na potwierdzenie czego załączył wyciąg z oferty Microsoft wskazując na właściwy produkt tj.: „1-151-00110 Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnuałsprtCntrct Fndtn".

Zamawiający powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. KIO 1681/19) z którego wynika, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp o możliwości jego zastosowania decyduje me tyle oczywistość omyłki, ale ocena czy poprawienie owych niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty oraz to czy stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ jest wynikiem omyłki wykonawcy. Niezgodność nie może bowiem wnikać ze świadomego działania wykonawcy, w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym przywołanym przepisem ustawy Pzp. Z wyjaśnień przystępującego wynika, że był on nieświadomy popełnienia omyłki w ofercie, a na jej poprawienie zareagował akceptacją, uznając w pełni stanowisko zamawiającego i nie twierdził, że produkt wskazany w ofercie jako 6QK 00001 Azure prepayment spełnia wymagania SIWZ.

W ocenie zamawiającego, przy uwzględnieniu argumentacji przystępującego, wyżej opisana rozbieżność w poz. 3.10 formularza oferty ma charakter omyłki ponieważ:

(1) przystępujący wskazał w wyjaśnieniach produkt „1-151-00110 Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrc

Fndtn", tj. subskrypcję usługi pakietu wsparcia technicznego, która spełnia wymagania zamawiającego opisane w pkt 3.10 rozdziału II SIWZ, jednocześnie produkt „6QK 00001 Azure prepayment" jest subskrypcją usługi platformowej, tj. produktem o kompletnie odmiennej specyfikacji technicznej i parametrach oraz innym przeznaczeniu; (2) w ofercie przystępującego cena jednostkowa produktu w pozycji 3.10 Tabeli 2 jest zgodna z ofertą cenową Microsoft oraz porównywalna z cenami jednostkowymi w pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu, gdzie pozostali wykonawcy wskazali również produkt „H51-00110 Premier ALNG PL ProEnSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn" czyli zgodny z wyjaśnieniami przystępującego; (3) przystępujący wskazał produkt „6QK 00001 Azure prepayment" w pozycji 3.9 Tabeli 1 z inną ceną jednostkową niż cena jednostkowa oferowana w pozycji 3.10 Tabeli 2, a zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego „Wykonawca nie oferuje identycznego produktu w dwóch różnych cenach".

W dalszej części pisma zamawiający wskazał, że 4 września 2020 r. poprawił w ofercie przystępującego również omyłki w pozycjach 3.4 i 3.5 Tabeli 1 i Tabeli 2 formularza jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawa tych omyłek nie miała żadnego wpływu na cenę oferty. W ocenie zamawiającego przystępujący popełnił omyłkę polegającą na zamianie nazw produktu i cen w pozycjach 3.4 i 3.5 tj. omyłkowo wpisał w pozycji 3.4 (subskrypcja usług komunikacyjnych, bezpieczeństwa i oprogramowania biurowego - typ II) w Tabeli 1 i Tabeli 2 formularza oferty nazwę, wersję i numer katalogowy producenta produktu właściwego dla pozycji 3.5 (pakiet uzupełniający). Analogicznie w pozycji 3.5 w Tabeli 1 i Tabeli 2 formularza oferty wykonawca wpisał nazwę, wersję i numer katalogowy producenta produktu właściwego dla pozycji 3.4. W wyniku poprawienia omyłki oferta przystępującego nie wykazuje żadnych niezgodności z SIWZ, tudzież ustawą Pzp, więc w konsekwencji brak jest podstaw do jej odrzucenia i uwzględnienia zarzutu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej przez Integrated Solutions, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a przystępującym w postępowaniu, po zapoznaniu się z odwołaniem
i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron
i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła
i zważyła, co następuje

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

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i przysługuje mu status wykonawcy. Oferta wykonawcy Integrated Solutions uzyskała najwyższą liczbę punktów oraz pierwsze miejsce w rankingu ofert, natomiast oferta odwołującego uzyskała drugie miejsce. Zaskarżone w odwołaniu zaniechania i czynności zamawiającego, w przypadku uwzględnienia odwołania doprowadzą do eliminacji z postępowania oferty wykonawcy Integrated Solutions, natomiast oferta odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w świetle kryteriów oceny ofert przewidzianych w SIWZ. W konsekwencji oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie, wybór oferty złożonej przez Integrated Solutions oznacza, że odwołujący poniesie szkodę w postaci utraconego zysku z realizacji zamówienia, którego dotyczy postepowanie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej przez Integrated Solutions w postępowaniu, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez przystępującego w postaci: (1) korespondencji mailowej pomiędzy przedstawicielem firmy Microsoft, a przystępującym z 19 sierpnia 2020 r., dotyczącej przedstawienia oferty, sporządzonej dla Integrated Solutions dedykowanej dla Tramwajów Warszawskich w tym postępowaniu;
(2) zaświadczenia przedstawiciela Microsoft, z którego wynika, że każdy z partnerów Microsoft (w tym przystępujący) jako odsprzedawca produktów i licencji ma swobodę negocjowania z klientem ceny i warunków płatności na okoliczność, że katalog oferowanych produktów jest zamknięty.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania, na okoliczności w nim wskazywane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale I pkt 3 SIWZ jestdostawa oprogramowania standardowego wraz z licencjami oraz prawami do uaktualniania oprogramowania, subskrypcji oprogramowania standardowego oraz standardowych pakietów usług wsparcia technicznego. Zgodnie z pkt 3.3. SIWZ przedmiot zamówienia określono szczegółowo w rozdziale II SIWZ. Przedmiot zamówienia obejmuje zakres podstawowy oraz zakres w ramach prawa opcji - zgodnie z tabelą w pkt 1.2 rozdziału II SIWZ. W niniejszej tabeli zamawiający opisał poszczególne kolumny w następujący sposób: kol. I - pkt szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, kol. II - typ produktu, kol. III - liczba produktów gwarantowanych w okresie realizacji umowy, kol. IV -liczba produktów opcjonalnych w 1 roku od podpisania umowy, kol. V - liczba produktów opcjonalnych w 2 roku od podpisania umowy, kol. VI - liczba produktów opcjonalnych w 3 roku od podpisania umowy. W pozycji 3.4. w kolumnie typ produktu zamawiający wpisał: Subskrypcja usług komunikacyjnych, bezpieczeństwa i oprogramowania biurowego - typ II, w poz. 3.5. Pakiet uzupełniający. Z kolei zgodnie z opisem w pkt 3.10 wykonawca miał zaoferować subskrypcję pakietu wsparcia technicznego.

Dalej Izba ustaliła, że zamawiający w Rozdziale I pkt 11.4 wskazał, że Formularz „Oferta" oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie załączników do SIWZ powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. Ponadto zgodnie z pkt 11.6 oferta powinna być zgodna w kwestii załączanych dokumentów oraz oferowanego przedmiotu i warunków zamówienia ze wszystkimi wymogami niniejszego SIWZ. Zgodnie z instrukcją zawartą w pkt 11.7 ofertę należało złożyć w

następujący sposób: wykonawca składa ofertę uzupełniając przygotowany przez zamawiającego formularz dostępny na Platformie i dodaje pozostałe dokumenty (wymagane załączniki, określone w niniejszej SIWZ) - podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby umocowane, na zasadach określonych w niniejszej SIWZ. Czynności określone powyżej realizowane są poprzez wybranie polecenia „dodaj dokument"
i wybranie docelowego pliku, który ma zostać wczytany.

Ponadto zamawiający w rozdziale II SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia określił wymagania jakie mają spełniać oferowane produkty: (1) w pkt 3.4 rozdziału II SIWZ zawarł opis wymagań dla produktu subskrypcja usług komunikacyjnych, bezpieczeństwa i oprogramowania biurowego - typ II, tj. subskrypcji pakietu powszechnie dostępnej, standardowej usługi hostowanej (on-line) typu COTS (Commercial Of-The-Shelf) uprawniającej użytkowników posiadających subskrypcję do wykorzystania usług online - usługi katalogowej typu LDAP, portalu wewnętrznego, poczty elektronicznej, narzędzi wiadomości błyskawicznych, konferencji głosowych i video, repozytorium dokumentów, wewnętrznego serwisu społecznościowego oraz edycji dokumentów biurowych on-line; (2) w pkt 3.5 rozdziału II SIWZ - zawarł opis wymagań dla produktu: pakiet uzupełniający tj. pakietu uzupełniającego funkcjonalność poczty elektronicznej opisanej w ramach subskrypcji w pkt. 3.4 rozdziału II SIWZ do funkcjonalności poczty elektronicznej opisanej w punkcie 3.3 rozdziału II SIWZ; (3) w pkt 3.10 rozdziału II SIWZ - zawarł opis wymagań dla produktu: subskrypcja pakietu wsparcia technicznego, tj. subskrypcji pakietu usług wsparcia technicznego obejmującego swoim zakresem świadczenie opieki serwisowej oprogramowania i usług producenta oferowanych produktów w okresie trwania subskrypcji.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wskazali w formularzu oferty nazwę, wersję
i numer katalogowy producenta oferowanego produktu, w odniesieniu do każdego typu oprogramowania wskazanego w poszczególnych wierszach Tabeli 1. Zamówienie podstawowe (Produkty gwarantowane) oraz Tabeli 2. Opcja (Produkty opcjonalne).

Dalej, jak ustalono wykonawca Integrated Solutions w złożonej ofercie w pozycji 3.4 (subskrypcja usług komunikacyjnych, bezpieczeństwa i oprogramowania biurowego - typ II)
w Tabeli 1 i Tabeli 2 wpisał: TRA-00065 ExchgOnlnPlan 1 ShrdSvr ALNG SU MVL ExchgOnlnKsk PerUsr, tj. produ niespełniający wymagań SIWZ. Ponadto, w pozycji 3.5 w Tabeli 1 i Tabeli 2 Formularza wpisał: TPA-00001 0365F3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr, który nie był zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający 4 września 2020 r. poprawił w ofercie przystępującego omyłki w pozycjach 3.4 i 3.5 Tabeli 1 i Tabeli 2 formularza, jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamieniając nazwy pozycji, nie dokonując jednocześnie zmiany cen jednostkowych.

Ponadto zamawiający pismem z 9 września 2020 r. wezwał przystępującego
do złożenia wyjaśnień, że zaproponowany w formularzu oferty w poz. 3.10 Tabela 2 produkt: „6QK 00001 Azure prepayment" to subskrypcja pakietu wsparcia technicznego i spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt 3.10 rozdziału II SIWZ. Zamawiający wskazał
w piśmie, że z informacji pochodzących ze strony internetowej https://azure.microsoft.com/pl-pl/ jak również z poz. 3.9 Tabeli 1 Formularza oferty wykonawcy wynika, że ww. produkt to subskrypcja usługi platformowej. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący 11 września 2020 r. wyjaśnił, że w trakcie kopiowania nazwy z dokumentu źródłowego tj. oferty Microsoft omyłkowo w poz. 3.10 Tabeli 2 formularza Oferta wpisano inną nazwę produktu niż faktycznie oferowana tj.: „Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn". Do wyjaśnień przystępujący załączył wyciąg z oferty firm Microsoft.

Zamawiający 14 września 2020 r. poprawił w ofercie przystępującego niezgodność
w poz. 3.10 Tabeli 2 formularza oferty, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty
z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przystepujący pismem z 14 września 2020 r. wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

Zamawiający 25 września 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Integrated Solutions, jako najkorzystniejszej.

Z niniejszą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp pozwala zamawiającemu poprawienie w ofercie: (1) oczywistych omyłek pisarskich; (2) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; (3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Jednocześnie, stosownie do 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. Przypomnieć również należy, że treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby sformułowane w treści odwołania zarzuty należało uznać za zasadne, gdyż zamawiający w sposób niezgodny z cytowanymi przepisami dokonał poprawienia
w ofercie Integrated Solution niezgodności oferty z treścią SIWZ, polegającej na dokonaniu zmiany treści oferty w poz. 3.10. Tabeli 2 w formularzu oferty.

Nie było sporne między stronami, że przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia w następujący sposób, wypełniając następujące pozycje w tabelach:

1. w poz. 3.4. (dla zamówienia podstawowego): TRA-00065 ExchgOnlnPlan 1 ShrdSvr ALNG SU MVL ExchgOnlnKs PerUsr;
2. w poz. 3.5. (dla zamówienia podstawowego): TPA-00001 0365F3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr;
3. w poz. 3.4. (dla zamówienia opcjonalnego): TRA-00065 ExchgOnlnPlan I ShrdSvr ALNG SU MVL ExchgOnlnKs PerUsr;

4.w poz. 3.5. (dla zamówienia podstawowego): TPA-00001 0365F3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr;
5.w poz. 3.10. (dla zamówienia opcjonalnego): 6QK 00001 Azure prepayment.

Nie było również kwestią sporną, że zaoferowany w tych pozycjach przedmiot dostawy jest niezgodny z opisem zamawiającego, który zamieszczono w kolumnie 2 - Typ oprogramowania, jak też opisem zamówienia zawartym w opisie przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do pozycji 3.4. i 3.5. zamienione zostały nazwy produktów w taki sposób, że wykonawca wpisał w pozycji 3.4 (subskrypcja usług komunikacyjnych, bezpieczeństwa i oprogramowania biurowego - typ II) w Tabeli 1 i Tabeli 2 formularza oferty nazwę, wersję i numer katalogowy producenta produktu właściwego dla pozycji 3.5 (pakiet uzupełniający). Jednocześnie w pozycji 3.5 w Tabeli 1 i Tabeli 2 formularza oferty wykonawca wpisał nazwę, wersję i numer katalogowy producenta produktu właściwego dla pozycji 3.4. Ponadto w poz. 3.10 Tabela 2 wpisano produkt: „6QK 00001 Azure prepayment", który nie jest subskrypcją pakietu wsparcia technicznego, ale subskrypcją usługi platformowej.

Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy odwołujący zasadnie podniósł, że niezgodności treści oferty w zakresie pozycji 3.10 Tabeli 2 w ofercie przystępującego zostały bezpodstawnie poprawione przez zamawiającego pismem z 14 września 2020 r.

Skład orzekający ustalił, że zamawiający dokonał korekty w poz. 3.10. Tabeli 2 przy czym, aby poprawić treść oświadczenia złożonego przez przystępującego wezwał Integrated Solutions do złożenia wyjaśnień, że zaproponowany w formularzu oferty w tej pozycji produkt: „6QK 00001 Azure prepayment" to subskrypcja pakietu wsparcia technicznego i spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt 3.10 rozdziału II SIWZ. Zamawiający zwrócił uwagę w piśmie, że z informacji pochodzących ze strony internetowej Microsoft, jak również z poz. 3.9 Tabeli 1 Formularza oferty wykonawcy wynika, że ww. produkt to subskrypcja usługi platformowej, a nie jak oczekiwał zamawiający usługa wsparcia technicznego. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący 11 września 2020 r. wyjaśnił, że w trakcie kopiowania nazwy z dokumentu źródłowego tj. oferty Microsoft omyłkowo w poz. 3.10 Tabeli 2 formularza Oferta wpisano inną nazwę produktu niż faktycznie oferowana tj.: „Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn". Do wyjaśnie przystępujący załączył wyciąg z oferty firmy Microsoft. Zamawiający przyjął wyjaśnienia Integrated Solutions i dokonał zmiany oferowanego produktu z 6QK 00001 Azure prepayment na inny tj. Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn.

W tym miejscu Izba ponownie zwraca uwagę na treść przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który wprowadza fundamentalną zasadę, że oferty nie mogą podlegać zmianie po upływie terminu składania ofert. Zasada ta jest konsekwencją innej, naczelnej zasady systemu zamówień publicznych, a więc zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest zatem wyjątkiem od ustalonej przepisami ustawy Pzp zasady, że oferta z chwilą jej złożenia wiąże zarówno wykonawcę, który deklaruje zrealizowanie określonego świadczenia jak zamawiającego, który przyjmuje, że za dany produkt, usługę czy robotę budowalną, wykonaną na warunkach określonych w zawartej umowie - zapłaci wykonawcy należne mu wynagrodzenie.

W kwestii istnienia zakazu dokonywania zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert wypowiadał się wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej „TS UE" lub „Trybunał"), wywodząc ten zakaz w kolejnych wyrokach z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Tak na przykład w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) TS UE konsekwentnie i rygorystycznie wskazywał, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom pomiędzy zamawiającym a wykonawcami dokonywanymi po otwarciu ofert. W związku z tym, co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z kolei w orzeczeniu z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova Trybunał zauważył, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych. W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty.

Z powyższych orzeczeń wynika, że wszelkie próby poprawienia lub uzupełniania ofert także prawodawca unijny reglamentuje i uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Dopuszcza się jedynie niewielkie wyjaśnienia i sprostowania omyłek, które mają być dokonywane na równych zasadach, jednakże w taki sposób, który nie prowadzi do wytworzenia nowej oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego, a dotyczące kwestii co zamierzał zaoferować w poz. 3.10, w miejsce produktu deklarowanego w ofercie, jak też w konsekwencji poprawa oferty dokonana przez zamawiającego w piśmie z 14 września 2020 r. doprowadziły do wytworzenia przez tego wykonawcę nowej oferty, po terminie składania ofert.

Dostrzec należy, że z żadnego miejsca pierwotnej oferty przystępującego nie wynikało, jakoby jego zamiarem było od początku zaoferowanie zmawiającemu w tej pozycji właśnie produktu Premier ALNG PL ProEntSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn, a nie innego. Nie można w tym zakresie przyjąć wyjaśnienia Integrated Solutions, które zostały złożone już po terminie składania ofert, że doszło do omyłki tj. w trakcie kopiowania nazwy z dokumentu źródłowego tj. oferty Microsoft, nazwa produktu została wpisana błędnie. Analiza formularza ofertowego, w tym tabeli 2 nie wskazuje, że mogło dojść do przesunięcia czy też zamiany pozycji, co więcej ten sam produkt został zaoferowany przez przystępującego w tabeli 1, w poz. 3.9. Nie można zatem mówić o omyłce, ale o działaniu wykonawcy, który zaoferował we wskazanym miejscu inny produkt, niż wymagało to z nazwy i opisu określonego w treści SIWZ.

Aby zamawiający mógł dokonać poprawienia treści złożonej oferty przede wszystkim musimy mieć do czynienia z omyłką, a nie powstałą, zamierzoną niezgodnością treści oferty z SIWZ. Co więcej warunkiem koniecznym jest, aby zamawiający, na podstawie złożonej oferty, nie zaś w wyniku wyjaśnień, czy też dokumentów do tych wyjaśnień załączanych, miał możliwość samodzielnego ustalenia sposobu poprawienia oferty. Tymczasem zamawiający, w oparciu o sam formularz oferty, złożony przez wykonawcę w postępowaniu, nie miał jakichkolwiek podstaw aby poprawić go w sposób wskazany w piśmie z 14 września 2020 r.

Przystępujący powoływał się na okoliczność, że niniejsze zamówienie polega wyłącznie na odnowieniu licencji oprogramowania, posiadanego już przez zamawiającego.

W konsekwencji, jak wskazywał katalog oferowanych produktów jest w tym przypadku zamknięty. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu jedynie odsprzedają produkty znajdujące się w palecie oferty firmy Microsoft. Taką ofertą dysponował również przystępujący i załączył ją do złożonych zamawiającemu wyjaśnień. Izba w tym zakresie ponownie zauważa, że podstawą do dokonania poprawy w złożonej ofercie nie może być oferta cenowa uzyskana w trakcie postępowania, która nie została wraz z tą ofertą przedstawiona.

Co więcej, jak wynikało z treści odwołania, czemu nie przeczył ani zamawiający ani przystępujący, firma Microsoft posiada w swojej palecie produktów, które można było zaoferować zamawiającemu w poz. 3.10, trzy różne produkty. Wszystkie one odpowiadały wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia w zakresie spornej pozycji. Nie sposób zatem jednoznacznie przesądzić, który z nich miał zamiar zaoferować przystępujący
w postępowaniu. Sama oferta, pozyskana w trakcie przygotowania oferty, której treść nie była wcześniej znana zamawiającemu, nie może stanowić podstawy do ustaleń jaki przedmiot zamówienia zamierzał zaoferować Integrated Solutions w pozycji 3.10.

Zamawiający powoływał się również na okoliczność, że z porównania cen tych trzech produktów, które spełniały wymagania zamawiającego wynika, że z dużym prawdopodobieństwem zamiarem przystępującego było zadeklarowanie zamawiającemu takiego produktu, który spełni jego wymagania w stopniu podstawowym, nie zaś takiego który jest droższy i oferuje więcej godzin wsparcia technicznego w ciągu roku. Podkreślić należy jednak, że o tym jaki produkt miał zamiar dany wykonawca zaoferować, nie może przesądzać poziom ceny jednostkowej. To, że cena produktu w pozycji 3.10 Tabeli 2 w ofercie przystępującego jest zgodna z ofertą cenową Microsoft oraz porównywalna z cenami jednostkowymi w pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu, gdzie pozostali wykonawcy wskazali również produkt „H51-00110 Premier ALNG PL ProEnSrvc PSS AnnualSprtCntrct Fndtn" czyli zgodny z wyjaśnieniami przystępującego nie świadczy o tym, że ten sam produkt zamierzał również zadeklarować Intergrated Solutions. Co warte dostrzeżenia również sam zamawiający, w toku rozprawy przyznał, że chociaż najbardziej prawdopodobną wersją, którą zamierzał zaoferować Integrated Solutions, jest wersja najtańsza, nie wyklucza to jednak innych opcji, wynikających z oferty firmy Microsoft, albowiem one również spełniają wymagania opisu przedmiotu zamówienia.

Wprawdzie przystępujący twierdził, że nie miał technicznej możliwości zaproponowania w ofercie innego produktu, niż wynika to z oferty kierowanej do niego przez Microsoft, na potwierdzenie czego przedłożył jako dowód korespondencję mailową pomiędzy przedstawicielem firmy Microsoft, a przystępującym z 19 sierpnia 2020 r., dotyczącą oferty dedykowanej dla Tramwajów Warszawskich w tym postępowaniu. Jak już wcześniej skład orzekający zauważył, zamawiający dokonując oceny ofert nie miał wiedzy odnośnie tego,
że przystępujący taką ofertę od Microsoft otrzymał oraz jakie produkty i jakie ceny ona zawierała. W konsekwencji, zamawiający nie mógł przesądzić który z trzech dostępnych w tej pozycji produktów Integrated Solutions zamierzał zamawiającemu zaoferować w tym przetargu.

Dodatkowo odwołujący przeczył twierdzeniom, że każdy z partnerów musi zaoferować zamawiającemu w postępowaniu ten sam produkt. Z kolei z treści korespondencji pomiędzy Integrated Solutions a Microsoft nie wynika, że oferta dedykowana dla Tramwajów Warszawskich jest ofertą produktową składaną wszystkim partnerom, którzy zamierzają ubiegać się o to zamówienie. Odnosząc się z kolei do dowodu przedłożonego przez przystępującego w postaci oświadczenia firmy Microsoft, w którym znajduje się informacja, że przedmiotem negocjacji nie jest katalog oferowanych produktów, ale ustalane są wyłącznie ostateczne ceny i warunki płatności, mającego potwierdzać, że wykonawcy nie mieli możliwości dowolnego wyboru produktu zauważyć należy, że jest to oświadczenie ogólne, nie odnoszące się do żadnego konkretnego postępowania. W szczególności stwierdzić należy, że z przedłożonych dowodów nie wynika, że przystępujący nie miał możliwości, na etapie przygotowania oferty, zadeklarować inny pakiet wsparcia technicznego, z gamy dostępnych produktów Microsoft, o wycenę którego mógł się zwrócić. Sam zamawiający z kolei potwierdził, że możliwe i dostępne na rynku były w tym zakresie trzy rozwiązania, dostępne dla wykonawców, które spełniały wymagania opisu przedmiotu zamówienia w poz. 3.10.

Dla oceny stawianego zarzutu nie ma również znaczenia, że oferta firmy Microsoft, którą pozyskał przystępujący została załączona do wyjaśnień, gdyż nie zmienia
to okoliczności, że sposób dokonania poprawy wynikać musi z treści samej oferty, nie zaś
z wyjaśnień składanych w toku prowadzonego postępowania. Omawiane wyjaśnienia w tym przypadku stanowiły niedopuszczalną i nieskuteczną próbę zmiany przez przystępującego swej oferty po upływie terminu składania ofert. Z pierwotnego formularza oferty Integrated Solutions nie wynikało bowiem, aby takie rozwiązanie rzeczywiście zaoferowano zamawiającemu. Podkreślenia wymaga, że przez pryzmat przesłanek odrzucenia ofert,
o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mogła podlegać ocenie wyłącznie oferta przystępującego złożona do upływu terminu składania ofert, z tej zaś wynikało,
że przedmiotem oferty jest inny produkt niż oczekiwał tego zamawiający. Nie istniał w tym przypadku również jeden możliwy sposób, oczywisty dla zamawiającego, dokonania poprawy w ofercie przystępującego.

Z powyższych powodów uznać należy, że podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która nie odpowiadała wymaganiom SIWZ - był zasadny.

W zakresie dotyczącym poprawienia omyłki w poz. 3.4. i 3.5. skład orzekający ustalił, że przystępujący w złożonej ofercie w pozycji 3.4 (subskrypcja usług komunikacyjnych, bezpieczeństwa i oprogramowania biurowego - typ II) w Tabeli 1 i Tabeli 2 wpisał nazwę, wersję i numer katalogowy producenta produktu właściwego dla pozycji 3.5 (pakiet uzupełniający). Ponadto, w pozycji 3.5 w Tabeli 1 i Tabeli 2 Formularza wpisał nazwę, wersję i numer katalogowy producenta produktu właściwego dla pozycji 3.4. W związku z tym zamawiający 4 września 2020 r. poprawił w ofercie przystępującego omyłki w tych pozycjach, jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, jak wynikało z ustaleń Izby, dokonanie poprawy w tym przypadku nie wymagało uzyskania wyjaśnień ze strony wykonawcy, gdyż jak stwierdził zamawiający opisy pozycji nie odpowiadały oferowanym produktom. Ponadto, jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie usługa opisana łącznie w pkt 3.4. i 3.5. stanowi jedną całość, a jedynie złożona jest z dwóch elementów. Z tego powodu z łatwością można było stwierdzić, że doszło do omyłki w postaci zamiany w tych pozycjach. Twierdzeniom tym nie przeczył odwołujący, nie przedstawiając jednocześnie argumentów przeciwnych. Z tego powodu należy uznać, że w niniejszym przypadku możliwe było zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ
na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W sprawie stwierdzono naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt

2, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów poprawił omyłkę w ofercie przystępującego
i zaniechał czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, wybierając tę ofertę jako najkorzystniejszą.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba w pkt 1 sentencji wyroku nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Integrated Solutions na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: ……