**Sygn. akt: KIO 288/21**

**WYROK**
**z dnia 19 lutego 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie Geosolution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Esri Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą
w Warszawie
przy udziale wykonawcy Gispartner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie Geosolution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Esri Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
   w Warszawie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od odwołującego - na rzecz zamawiającego - kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wydatków jednego pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020),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 288/21**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy
w Warszawie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Modernizacja systemu przetwarzania danych PSG w zakresie elementów: SOPO, MIDAS INFOGEOSKARB wraz ze wsparciem technicznym i usługą gwarancyjn", nr postępowania EZP- 240-71/2020 (zwane dalej także „Postępowaniem"). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019, poz. 1843z późn. zn.) zwanej dalej „Ustawą" lub „Pzp", o wartości zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie
o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2020 r. pod nr: Dz.U./S S212 nr 518365-2020-PL.

W dniu 27 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Geosolution Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Lider Konsorcjum oraz Esri Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Partner konsorcjum (zwanych dalej Odwołującym) wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na zaproszeniu do aukcji Elektronicznej Wykonawcy GISPartner Sp. z o.o., ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław (dalej: „Wykonawca GISPartner"), pomimo, iż oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, przeprowadzeniu aukcji elektronicznej pomimo braku przesłanek do jej przeprowadzenia bowiem w Postępowaniu nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu oraz zaniechaniu odtajnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby na rzecz Wykonawcy GISPartner.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1) oraz pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy GISPartner, pomimo tego, że oferta złożona przez Wykonawcę GISPartner jest niezgodna z ustawą, bowiem jej treść została zmieniona po terminie składania ofert, zaś oferta złożona w pierwotnej treści nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy GISPartner, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz podlega odrzuceniu;
3. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy GISPartner, pomimo, iż jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1) i 2) ustawy Pzp oraz poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem Wykonawcy GISPartner, którego oferta podlega odrzuceniu;
4. art. 8 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), dalej „uznk.", poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby Wykonawcy GISPartner, w sytuacji, gdy Wykonawca GISPartner nieskutecznie zastrzegł ww. dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2.nakazanie unieważnienia zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej,

3.nakazanie unieważnienia wyników przeprowadzonej aukcji;

4.odrzucenia oferty Wykonawcy GISPartner;

5.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, gdyż złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i ma szansę
na uzyskanie zamówienia. Oferta Odwołującego odpowiada wszelkim wymaganiom Zamawiającego, określonym w treści SIWZ. W wyniku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Wykonawcy GISPartner podlegałaby odrzuceniu, co z kolei skutkowałoby brakiem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy GISPartner.
W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbicie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:
Zamawiający w dniu 18 stycznia 2021 r. przekazał Odwołującemu zaproszenie o aukcji elektronicznej, z treści którego wynikało, iż zaproszonym do aukcji jest Odwołujący
oraz Wykonawca GISPartner.
Zamawiający poinformował, iż zgodnie z kryterium określonym w pkt 19.2. SIWZ, oferty Wykonawców otrzymały następującą liczbę punktów i zajmują następującą pozycję:
1.Odwołujący – cena brutto – zadanie 1 : 5.546.999,88, zł.
cena brutto- zadanie 2 : 423.120,00 zł.
razem : 5.970.119,88 zł.
liczba otrzymanych punktów (zadanie 1) - 82,04,
liczba otrzymanych punktów (suma zadań 1 i 2) – 82,25,
pozycja oferty (zgodnie z liczbą punktów) – 2.
2.GISPartner Sp. z o.o. – cena brutto – zadanie 1 : 4.551.000,00 zł.
cena brutto - zadanie 2 : 359.625,00 zł.
..... razem : 4.910.652,00 zł.
liczba otrzymanych punktów (zadanie 1) - 100,
..... liczba otrzymanych punktów (suma zadań 1 i 2) – 100,
pozycja oferty (zgodnie z liczbą punktów) – 1.
W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż ww. cena właściwa dla Wykonawcy GISPartner różni się od ceny wskazanej przez tego Wykonawcę w formularzu ofertowym oraz informacji dotyczącej złożonych ofert, w zakresie zadania nr 2 oraz ceny całkowitej oferty. Wykonawca GISPartner za realizację zamówienia w zakresie zadania nr 2 zaoferował cenę 156. 825,00 PLN brutto, cena łączna (za zadanie nr 1 i 2) - 4.707.825, 00 zł, przy czym Wykonawca GISPartner w ramach zadania nr 2 zaoferował maksymalną liczbę godzin wsparcia technicznego (asysty) na poziomie 1500 h.
Zestawienie cen wynikających z oferty oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający ingerował w cenę Wykonawcy GISPartner za zadanie nr 2 oraz cenę łączną.
Odwołujący w dniu 20 stycznia 2021 r. poinformował Zamawiającego, iż w jego ocenie oferta Wykonawcy GISPartner powinna podlegać odrzuceniu, w związku z czym poddał pod rozwagę Zamawiającego unieważnienie zaproszenia do aukcji elektronicznej. Jednakże Zamawiający w dniu 22 stycznia 2021 r. przeprowadził aukcję elektroniczną.
Niezalenie od powyższego, Odwołujący w dniu 21 stycznia 2021 r. zwrócił
się do Zamawiającego z prośbą o przesłanie dokumentów podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby na rzecz Wykonawcy GISPartner, wskazując jednocześnie,
iż zastrzeżenie dokumentów takich jak: zobowiązanie do udostępnienia zasobów, JEDZ podmiotu trzeciego oraz KRS podmiotu trzeciego, było nieskuteczne. W odpowiedzi
na powyższe Zamawiający odmówił odtajnienia ww. wskazanych dokumentów - pismem z dnia 22 stycznia 2021 r., nr EZP-240- 71/2020/54/21/NM poinformował, iż*„(...) w dniu 21.12.2020 r., pismem nr EZP-240-71/2020/1338/20/NM przekazał kopię oferty Wykonawcy GISPartner Sp. z o. o. wraz ze wszystkimi załącznikami podlegającymi udostępnieniu, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2019, poz. 1853 ze zm., dalej Ustawa). W przypadku stwierdzenia przez Państwa zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, winno byli Państwo wnieść odwołanie w terminie wskazanym w art. 182 ust. 1 pkt. 1 Ustawy.*
*W związku z powyższym Zamawiający informuje, iż podtrzymuje treść pisma nr EZP-240- 71/2020/1338/20/NM z dnia 21.12.2020 r. oraz przekazanych wraz z nim załączników."*
Wobec powyższego Odwołujący pragnie wskazać, iż w jego ocenie Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mają wpływ na wynik postępowania.
**Uzasadnienie zarzutów odwołania:**
Odrzucenie oferty - zarzut nr l i 2 tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1) oraz pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy GISPartner, pomimo tego, że oferta złożona przez Wykonawcę GISPartner jest niezgodna z ustawą, bowiem jej treść została zmieniona po terminie składania ofert, zaś oferta złożona w pierwotnej treści nie odpowiada treści SIWZ oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy GISPartner, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz podlega odrzuceniu.
Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, wyrażonym w piśmie nr EZP-240-71/2020/41/21/NM, z dnia 18 stycznia 2021 r. (zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej), w szczególności w odniesieniu do Wykonawcy GISPartner. Oferta tego Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu bowiem jest sprzeczna z ustawą Pzp, jak również nie odpowiada treści SIWZ.
W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis powyższy koresponduje z normą art. 82 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą „treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia".
Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i

Krajowej Izby Odwoławczej. Przyjmuje się, iż w zakresie uznania oferty za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy zbadać czy niezgodność ta dotyczy merytorycznej części oferty. W wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1549/19 wskazano,
iż „o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można by bowiem mówić tylko w przypadku, gdy stricte przedmiot oferty jest sprzeczny, odmienny, niejednoznaczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonanym przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia." Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z 10 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1091/19 - „zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest, gdy rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczane). Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ."
W świetle powyższych reguł związanych przede wszystkim ze sposobem oceny oferty, a następnie ewentualnego jej odrzucenia, należy wskazać, iż w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający badając ofertę Wykonawcy GISPartner nie zachował przede wszystkim reguł ustanowionych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do badania kwestii merytorycznych wynikających z oferty tj. oceny czy oferta spełnia parametry co do liczby godzin asysty określonych w dokumentacji przetargowej.
Zamawiający w pkt 3 w związku z pkt 4. 2 SIWZ wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest objęcie wsparciem systemu przetwarzania danych PSG w zakresie elementów: SOPO, MIDAS, INFOGEOSKARB oraz ich otoczenia w wymiarze 1500 roboczogodzin wraz
z usługą gwarancyjną na wykonane prace - wykonanie poszczególnych zleceń
od Zamawiającego zgłoszonych do Wykonawcy. Jednocześnie w § 4 ust. 3 projektu umowy wskazano, iż „Zamawiający, ze względu na specyfikę przedmiotu Umowy, zastrzega sobie prawo do zlecenia Wykonawcy - w okresie i na warunkach określonych w Umowie - realizacji prac w wymiarze mniejszym niż określona w § 1 ust. 2 pkt 2 maksymalna ilość roboczogodzin, nie mniejszym jednak niż 750 roboczogodzin. W takim przypadku Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie z tytułu niezrealizowania przez Zamawiającego Umowy w pełnym zakresie ilościowym lub wartościowym".
W wyniku modyfikacji treści SIWZ z dnia 01.12.2020 r. Zamawiający zwiększył zakres zamówienia, w te sposób, iż zwiększono liczbę godzin asysty z 1500 do 3440, przy czym minimalny, gwarantowany zakres asysty określono na poziomie 2000 h (zamiast 750 h): *Jednocześnie Zamawiający informuje, iż dokonuje zmiany treści SIWZ w zakresie wymaganej liczby godzin wsparcia w następujący sposób:*
*Pkt. 4.2. SIWZ:*
*4.2. Zadanie 2: objęcie wsparciem systemu przetwarzania danych PSG w zakresie elementów: SOPO, MIDAS INFOGEOSKARB oraz ich otoczenia w wymiarze do 3440 roboczogodzin wraz z usługą gwarancyjną na wykonane prace - wykonanie poszczególnych zleceń od Zamawiającego zgłoszonych do Wykonawcy - w terminie do dnia 30.06.2024 r.*
*Pkt. 18.2 SIWZ:*
*18.2 Zamawiający zastrzega sobie prawo do wykorzystania maksymalnie 3440 roboczogodzin usług asysty (nie mniej jednak niż 2000 roboczogodzin), w przypadku niewykorzystania pełnej liczby 3400 roboczogodzin asysty Wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu żadne roszczenie. Istotne postanowienia umowy (załącznik nr 2 do SIWZ), § 1 ust. 2 pkt. 2:*
*Zadanie 2 - objęcie wsparciem systemu przetwarzania danych PSG w zakresie elementów: SOPO, MIDAS INFOGEOSKARB oraz ich otoczenia w wymiarze do 3440 godzin*
*wraz z usługą gwarancyjną - wykonanie poszczególnych zleceń wsparcia technicznego*
*od Zamawiającego zgłoszonych do Wykonawcy w terminie od daty zawarcia Umowy do dnia 30.06.2024 r. lub do czasu wykorzystania 3440 roboczogodzin (w wymiarze maksymalnym 3440 roboczogodzin), w zależności, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej.*
*Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), I. Przedmiot zamówienia:*
*• zadanie 2: objęcie wsparciem systemu przetwarzania danych PSG w zakresie elementów: SOPO, MIDAS INFOGEOSKARB oraz ich otoczenia w wymiarze do 3440 godzin*
*wraz z usługą gwarancyjną*
*Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), pkt. 2, ppkt. 1:*
*W ramach kwoty zamówienia Wykonawca udzieli Zamawiającemu do 3440 godzin wsparcia technicznego dla prac związanych z modernizacją systemu przetwarzania danych PSG*
*w zakresie elementów: SOPO, MIDAS, INFOGEOSKARB oraz dla obecnej wersji Systemu*
*i aplikacji wchodzących w jego skład.*
*Istotne postanowienia umowy (załącznik nr 2 do SIWZ), § 4 ust. 3:*
*3. Zamawiający, ze względu na specyfikę przedmiotu Umowy, zastrzega sobie prawo*
*do zlecenia Wykonawcy - w okresie i na warunkach określonych w Umowie - realizacji prac*
*w wymiarze mniejszym niż określona w § 1 ust 2 pkt 2 maksymalna ilość roboczogodzin,*
*nie mniejszym jednak niż 2000 roboczogodzin. W takim przypadku Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie z tytułu niezrealizowania przez Zamawiającego Umowy w pełnym zakresie ilościowym lub wartościowym.*
*W związku z powyższymi zmianami Zamawiający dokonuje zmiany treści Załącznika nr 3*
*do SIWZ-Formularz oferty. Załącznik nr 3 do SIWZ do po zmianie na dzień 01.12.2020 r. stanowi załącznik do niniejszego pisma.*
Wykonawca GISPartner złożył ofertę, z treści której wynika, iż dla Zadania nr 2 przewidział maksymalną liczbę godzin wsparcia technicznego (asysty) na poziomie 1500 roboczogodzin.
Powyższe jednoznacznie wskazuje zatem, iż zaoferowany przez Wykonawcę GISPartner przedmiot zamówienia nie jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, ale przede wszystkim nie gwarantuje realizacji zamówienia nawet na minimalnym, gwarantowanym przez Zamawiającego poziomie. Jak wskazano powyżej, z treści istotnych postanowień umowy wynika, iż minimalnym zakresem zamówienia objęto usługi asysty na poziomie 2000 roboczogodzin. Tymczasem Wykonawca GISPartner zaoferował 1500 roboczogodzin,
co oznacza, iż oferowany przez niego przedmiot zamówienia w żaden sposób nie wpisuje
się w standardy wynikające z dokumentacji przetargowej.
Wykonawca GISPartner składając ofertę całkowicie pominął dokonaną przez Zamawiającego zmianę treści SIWZ.

Tymczasem, jak wskazał Zamawiający „w przypadku, gdy udzielone poniżej odpowiedzi pozostają w sprzeczności z postanowieniami SIWZ
lub też precyzują lub uzupełniają postanowienia SIWZ, należy przyjąć, że stanowią one zmianę SIWZ, dokonaną przez Zamawiającego w myśl art. 38 ust. 4 Ustawy pzp i będą stanowić podstawę dla oceny zgodności oferty z SIWZ".
W związku z powyższym należy wskazać, iż ocena zgodności treści oferty Wykonawcy GISPartner winna nastąpić przez pryzmat modyfikacji treści SIWZ, a w szczególności
jej merytorycznego aspektu w zakresie oferowanej liczby godzin asysty. Skoro Wykonawca GISPartner zaoferował 1500 roboczogodzin asysty, to jest związany tym oświadczeniem.
Z treści oferty Wykonawcy GISPartner nie wynika bowiem, iż oferuje on asystę na poziomie 3440 roboczogodzin oraz gwarantuje minimalny zakres zamówienia dla zadania nr 2 w postaci asysty w wymiarze 2000 roboczogodzin.
Analiza treści Oferty Wykonawcy GISPartner i zaproszenia do aukcji elektronicznej, prowadzi do wniosku, iż doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty, prawdopodobnie poprzez zmianę ilości roboczogodzin asysty. W ocenie Odwołującego próba sanowania błędów oferty w związku z nieuwzględnieniem modyfikacji treści SIWZ co do ilości godzin asysty, stanowi nadużycie ze strony Zamawiającego. Pamiętać należy, iż na gruncie Pzp istnieje bowiem obowiązek uwzględniania modyfikacji treści SIWZ w przygotowanej ofercie.
Konsekwencją zaniechania wyceny przez Wykonawcę GISPartner całości przedmiotu zamówienia w sposób wynikający z SIWZ, powinno być uznanie oferty tego Wykonawcy
za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej odrzucenie
na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1053/19 wskazano, iż „na uwagę zasługuje art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z którego wynika,
że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy tylko wtedy,
gdy treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji zatem odrzucenie oferty wykonawcy
za jej niezgodność możliwe jest tylko gdy wskazana niezgodność ma charakter merytoryczny, nieformalny - co potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO oraz orzecznictwo sądów okręgowych".
Niewątpliwie brak wyceny wymaganej liczby godzin asysty, przy uwzględnieniu minimalnego jej zakresu, ma charakter merytoryczny, w związku z czym zostały spełnione przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Wykonawcy GISPartner.
Aukcja elektroniczna - naruszenie art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 b ust 1
ustawy Pzp
W świetle powyższego doszło do naruszenie art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy GISPartner. Zamawiający w treści SIWZ wskazał bowiem, iż zaprosi do aukcji elektronicznej dwóch Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Z uwagi na zaproszenie
do aukcji Wykonawcy, którego oferta winna być odrzucona czynności przeprowadzenia aukcji dotknięta jest wadą i winna być unieważniona.
Tajemnica przedsiębiorstwa - naruszenie art. 8 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy w związku z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), dalej „uznk", poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby Wykonawcy GISPartner. w sytuacji gdy Wykonawca GISPartner nieskutecznie zastrzegł ww. dokumenty jako tajemnice przedsiębiorstwa.
Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), dalej „uznk.", „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony
do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności." Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- -ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,
- -informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- -podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zastrzeżone przez Wykonawcę GISPartner informacje tj. JEDZ, KRS oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego nie spełniają powyższych przesłanek. Wskazane dane objęte zastrzeżeniem nie posiadają wartości gospodarczej dla Wykonawcy GISPartner. Należy wskazać w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1626/19; 1628/19), iż „Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski Wykonawca GISPartner nie wskazał jednak w jaki sposób ujawnienie dokumentów podmiotu trzeciego wpłynie może spowodować szkodę w jego interesach bądź też wpłynie w jakikolwiek sposób na wydatki, koszty czy zyski związane z ujawnieniem tego rodzaju danych.
Co więcej wykonawca nie wykazał, iż w odniesieniu do ww. dokumentów Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Należy przy tym wskazać, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy ocenić przez pryzmat wyroku KIO z 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 365/20, iż "ogólnikowe
i enigmatyczne wywody poprzedzające właściwe wyjaśnienia nie wykazują żadnej konkretnej wartości gospodarczej, są typową nowomowę stosowaną przez wykonawców
dla uzasadnienia utajnienia całych dokumentów w sytuacji, gdy nie są w stanie zidentyfikować informacji, które rzeczywiście mają dla nich wartość gospodarczą".
Wykonawca GISPartner nie przedstawił żadnych dokumentów pochodzących
od podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, iż podmiot ten w ramach współpracy działa w pełnym zaufaniu do Wykonawcy. Wykonawca GISPartner podjął nawet próby uprawdopodobnienia, iż został zobowiązany do poszanowania tajemnicy informacji przekazywanych przez ww. podmiot pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej.

Jak wskazano w wyroku o sygn. KIO 1550/18: „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy".
W orzecznictwie KIO za ugruntowany należy uznać podgląd, iż nie można traktować jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych kontrahenta Wykonawcy, nie wykazując w sposób jednoznaczny, że warunkują zaangażowanie się w przedsięwzięcie pod warunkiem zachowania w tajemnicy udostępnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO z 06.02.2019 r., sygn. akt: KIO 131/19, wyrok KIO z 26.02.2019 r., sygn. akt: KIO 260/19, wyrok KIO z 11.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1190/19, sygn. akt: KIO 1460/17).
Wyjaśnienia Wykonawcy GISPartner w zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnoszą się nawet do dokumentów właściwych dla podmiotu udostępniającego zasoby. Nie można zatem bezrefleksyjnie akceptować oświadczenia zawartego jedynie w formularzu ofertowym, iż JEDZ, KRS oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.
Ponadto z wyjaśnień nie wynika także, iż podmiot udostępniający zasoby zastrzega dokumenty właściwe wyłącznie dla niego (JEDZ, KRS, zobowiązanie) jak dokumenty poufne, stanowiące jego (podmiotu trzeciego) tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak podkreślono w wyroku KIO z dnia 25 września 2020 r., sygn. akt KIO 2123/20 „nie można traktować danych jego kontrahenta jako tajemnicę przedsiębiorstwa, który nie traktuje ich jako swojej tajemnicy przedsiębiorstwa. Inaczej mówiąc, jeżeli podwykonawcy nie zależy na zachowaniu takich informacji, jakie są zawarte w ofertach podwykonawców, to nie mogą stanowić one tajemnicy przedsiębiorstwa. Dysponentem tych informacji jest podmiot będący ich źródłem. Jeżeli byłoby tak jak w wyroku KIO z 11.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1190/19, że część ofert podwykonawców miała klauzule poufności, ale nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, podwykonawcy służy roszczenie odszkodowawcze".
Zamawiający winien zatem podjąć kroki mające na celu odtajnienie oraz przekazanie Odwołującemu ww. dokumentów. Nie można przy tym zgodzić się, iż odwołanie
na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należało wnieść w terminie liczonym od dnia udostępnienia oferty. W orzecznictwie przyjmuje się bowiem, iż uprawnienie
do kwestionowania tego typu czynności przysługuje nawet do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty.
W ocenie Odwołującego termin wniesienia odwołania winien być liczony od dnia odmowy przekazania dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający odmówił przekazania ww. dokumentów pismem z dnia 22 stycznia 2021 r., nr EZP-240- 71/2020/54/21/NM, a zatem termin wniesienia odwołania został zachowany. Potwierdzeniem powyższego jest wyrok KIO z dnia 31 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1429/20, w którym wskazano, iż „termin na wniesienie odwołania w zakresie odmowy ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez dwóch wykonawców, biegł od daty odmowy przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych informacji, a nie od daty otwarcia ofert".
Wobec powyższego zaniechanie przekazania dokumentów, o które wnioskował Odwołujący stanowi nadużycie ze strony Zamawiającego i godzi w naczelne zasady ustawy Pzp.
<u>Zasada równego traktowania - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.</u>
Mając na uwadze stwierdzone naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia niezgodnej z ustawą i z SIWZ oferty, należy uznać, iż doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 tej ustawy.
W związku z powyższym, przy wskazanych uchybieniach Zamawiającego wniesienie odwołania stało się konieczne i uzasadnione. Odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie.
Dnia 29 stycznia 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.
Zamawiający w dniu 15 lutego 2021 r. złożył pisemna odpowiedź na odwołanie,
w której wniósł o oddalenia odwołania w zakresie zarzutu 1, 2, 3 jako bezzasadnego
oraz o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 4 i 5 jako wniesionego po upływie terminu.
Przystępujący na posiedzeniu w dniu 15 lutego 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenia odwołania.
**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**
Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie
z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp")
Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.
Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.
Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.
Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu
i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania
Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną
do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.
**Izba ustaliła:**
W treści SIWZ w pkt 4.2 Zamawiający ustanowił wymóg:
> Zadanie 2: objęcie wsparciem systemu przetwarzania danych PSG w zakresie elementów: SOPO, MIDAS, INFOGEOSKARB oraz ich otoczenia w wymiarze do 1500 roboczogodzin wraz z usługą gwarancyjną na wykonane

prace - wykonanie poszczególnych zleceń od Zamawiającego zgłoszonych do Wykonawcy - w terminie do dnia 30.06.2024 r.

W formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ w poz. 1.2. – Cena za realizację zadania 2, w kolumnie 2: Maksymalna liczba godzin wsparcia technicznego (asysty), Zamawiający umieścił wielkość: 1500.

W ogłoszeniu o zamówieniu pkt IV.1.6) oraz w pkt 5.4. SIWZ Zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Zasady przeprowadzenia aukcji elektronicznej zostały opisane w Rozdziale 6 SIWZ.

W dniu 1 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wymaganej, maksymalnej ilości godzin wsparcia technicznego (asysty) w następujący sposób:

Pkt. 4.2. SIWZ:

4.2. Zadanie 2: objęcie wsparciem systemu przetwarzania danych PSG w zakresie elementów: SOPO, MIDAS, INFOGEOSKARB oraz ich otoczenia w wymiarze do 3440 roboczogodzin wraz z usługą gwarancyjną na wykonane prace - wykonanie poszczególnych zleceń od Zamawiającego zgłoszonych do Wykonawcy - w terminie do dnia 30.06.2024 r.

Zamawiający dokonał odpowiedniej zmiany również w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, gdzie w poz. 1.2. – Cena za realizację zadania 2, w kolumnie 2: Maksymalna liczba godzin wsparcia technicznego (asysty), Zamawiający umieścił wielkość: 3440.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1.Konsorcjum: Geosolution Sp. z o.o. (lider) cena oferty: 5 970 119,88 zł
ul. Domaniewska 37 lok. 2.43 02-672 Warszawa
Esri Polska Sp. z o.o. Pl. Konesera 9 03-736 Warszawa

2.GISPartner Sp. z o.o. cena oferty: 4 707 825,00 zł
ul. Długosza 60 51-162 Wrocław

Wykonawca GISPartner Sp. z o.o.z siedzibą we Wrocławiu złożył ofertę, w której w pozycji 1.2. – Cena za realizację zadania 2, w kolumnie 2: Maksymalna liczba godzin wsparcia technicznego (asysty), podał wielkość: 1500.

W dniu 18 grudnia 2020 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o umożliwienie mu wglądu do drugiej złożonej w niniejszym postępowaniu oferty.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2020 r. przesłał Odwołującemu, za pośrednictwem poczty elektronicznej kopię oferty złożonej przez wykonawcę GISPartner Sp. z o.o.,
wraz z załącznikami, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 21 grudnia 2020 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o niezgodności treści oferty wykonawcy GISPartner Sp. z o.o. z treścią SIWZ.

Zamawiający w dniu 5 stycznia 2021 r. zawiadomił wykonawcę GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, o poprawieniu w treści jego oferty innej omyłki na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Pismem z dnia 7 stycznia 2021 r. wykonawca GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, wyraził zgodę na poprawienie ww. omyłki w sposób określony przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. Zamawiający skierował do wykonawców Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 21 stycznia 2021 r. o godz. 13:00.

W wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. O wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 22 stycznia 2020 r.

**Izba zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,
iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1) oraz pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy GISPartner, pomimo tego, że oferta złożona przez Wykonawcę GISPartner jest niezgodna z ustawą, bowiem jej treść została zmieniona po terminie składania ofert, zaś oferta złożona w pierwotnej treści nie odpowiada treści SIWZ, ponadto jej treść nie odpowiada treści SIWZ, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że obowiązek odrzucenia przez Zamawiającego oferty ma miejsce tylko wtedy, gdy treść oferty nie będzie podlegała poprawieniu w trybie
art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dlatego Zamawiający zobowiązany jest przed podjęciem decyzji
o odrzuceniu oferty do sprawdzenia, czy w okolicznościach danej sprawy nie zaistniały obligatoryjne przesłanki do poprawienia oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Dopuszczalność poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp będzie miała miejsce wówczas, jeżeli oferta jest niezgodna ze specyfikacją, niezgodność ta ma charakter omyłki,
a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Podkreślenia wymaga,
iż omyłka taka, nie musi mieć charakteru oczywistego aby możliwe było jej poprawienie, ustawodawca bowiem uzależnił możliwość dokonania poprawienia omyłki o której mowa
w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. W wyniku poprawienia przez Zamawiającego na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oferty, nie może dojść
do zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy, w istotnym zakresie. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygnąć każdorazowo, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli

z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty,
tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.

Zauważyć należy, że celem ustawodawcy wprowadzenia tego przepisu było uniknięcie, licznych niegdyś przypadków, odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Dopuszczono zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic
itp. pod warunkiem, że wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki".

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych
za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby
być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy
na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi również, co do zasady fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie - czy tkwi w jej istotnych postanowieniach.

Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób,
w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę.

Kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego (por. wyrok z dnia 11 października 2019 r. sygn. akt KIO 1844/19, KIO 1847/19).

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy Izba uznała, że bezspornym między stronami był fakt, iż w ofercie Przystępującego została wskazana inna niż wymagana w SIWZ ilość godzin wsparcia technicznego (asysty), co potwierdza niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający w treści SIWZ w pkt 4.2. wymagał 3440 roboczogodzin usług asysty i taką ilość roboczogodzin należało wycenić w formularzu ofertowym.

Nie można jednak pominąć faktu, iż ilość 3440 roboczogodzin została zwiększona przez Zamawiającego w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 1 grudnia 2020 r. Ilość roboczogodzin, którą winien wycenić w formularzu ofertowym wykonawca przed modyfikacją SIWZ wynosiła 1500 godzin. Wymagana ilość roboczogodzin została przez Zamawiającego wpisana w formularzu ofertowym w pkt. 1.2. – Cena za realizację zadania 2 (kolumna 2), stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. W zakresie poz. 1.2. formularza ofertowego Wykonawca miał podać jedynie cenę jednostkową (netto i brutto) 1 godziny wsparcia technicznego (asysty) oraz przemnożyć ją przez ilość 1500 godzin, podając cenę za całość świadczenia usługi wsparcia technicznego (asysty).

W wyniku modyfikacji SIWZ z 1 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany w treści formularza ofertowego, i w pkt 1.2. Cena za realizację zadania 2 (kolumna 2), zmienił maksymalną liczbę godzin wsparcia technicznego (asysty) z 1500 na 3440. Zmieniony formularz oferty stanowił załącznik do dokumentu, na podstawie którego dokonano zmiany treści SIWZ.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że podana w ofercie ilość godzin wsparcia technicznego (asysty) nie podlegała samodzielnemu określeniu przez wykonawcę, lecz została wpisana przez Zamawiającego na „sztywno". Do wykonawcy należało jedynie wskazanie ceny jednostkowej za roboczogodzinę oraz podania ceny łącznej za usługę wsparcia technicznego, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, posłużenie się przez Przystępującego formularzem ofertowym, który w poz. 1.2. – Cena za realizację zadania 2 (kolumna 2) podaje wielkość: 1500 godzin (formularz oferty przed modyfikacją SIWZ)świadczy o omyłce Przystępującego. Przystępujący nie zaoferował bowiem własnej, maksymalnej ilości godzin wsparcia technicznego, którego wymagany pułap określił Zamawiający w treści SIWZ, lecz posłużył się „nieaktualną wersją" formularza oferty, który
w swej treści zawierał ilość godzin wsparcia technicznego (asysty) wymaganego przed dokonaniem modyfikacji SIWZ.

Powyższe wskazuje, iż posłużenie się przez Przystępującego „nieaktualnym" formularzem oferty stanowi omyłkę wykonawcy przy składaniu oferty. Przyjęcie stanowiska odmiennego, prowadziłoby do wniosku, że Przystępujący celowo złożył ofertę, niezgodną
z treścią SIWZ, co z kolei stoi w sprzeczności z treścią oświadczenia złożonego
w ofercie w pkt. 1 i 3, zgodnie z którym Przystępujący zobowiązuje się wykonać zamówienie określone w SIWZ, na warunkach i zasadach określonych przez Zamawiającego.

Zdaniem Izby, elementem istotnym w treści oferty jest wartość ceny jednostkowej podanej przez wykonawcę. Cena ta, w wyniku poprawienia przez Zamawiającego oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie uległa zmianie. Zmieniła się wartość – łączna cena za świadczenie usługi wsparcia technicznego (asysty) wynikająca
z przemnożenia ceny jednostkowej przez wymaganą ilość godzin wsparcia. Jednakże zmiana ta jest wynikiem matematycznego działania i nie ingeruje w oświadczenie woli Przystępującego w zakresie oferowanego wsparcia, zgodnego z wymaganiami Zamawiającego określonymi w treści SIWZ. Świadczy o tym treść oświadczeń Przystępującego złożonych w ofercie (pkt. 1 i 3).

Należy również zauważyć, że Zamawiający miał wiedzę w jaki sposób należy dokonać poprawienia omyłki w treści oferty, wyłącznie na podstawie danych z oferty Przystępującego oraz zapisów SIWZ. Poprawienie omyłki Przystępującego, nie wymagało od Zamawiającego skomplikowanych zabiegów, wystarczyło bowiem pomnożyć cenę jednostkową z oferty Przystępującego przez wymaganą w SIWZ ilość godzin wsparcia technicznego.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby Zamawiający był zobowiązany
do poprawienia oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, jest niezasadny, bowiem Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tyko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą, Izba wskazuje, że Odwołujący przywołał w petitum odwołania naruszenie powyższego przepisu, nie przedstawiając żadnego rozwinięcia ani żadnej argumentacji w zakresie stawianego zarzutu. Nie wskazał, na czym w

jego ocenie polega niezgodność oferty Przystępującego z ustawą, uzasadniającą odrzucenie oferty.
W tym stanie rzeczy nie sposób zatem uznać przedmiotowego zarzutu za wykazany.

W świetle powyższych ustaleń, za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy GISPartner, pomimo, iż jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1) i 2) ustawy Pzp oraz poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem Wykonawcy GISPartner, którego oferta podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 91a ust. 1 Pzp jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający
po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, oraz jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4-6 nie stosuje się.

Z kolei art. 91b ust. 1 ustawy Pzp mówi, że zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.
Jak wykazano powyżej, oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, zatem Zamawiający zobowiązany był do skierowania
do Przystępującego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWIZ. Zamawiający zobowiązany był również do przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem Przystępującego, jako wykonawcy, którego oferta nie podlegała odrzuceniu.
Powyższy zarzut Odwołującego należy uznać za niezasadny, podlegający oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), dalej „uznk.", poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby Wykonawcy GISPartner, w sytuacji, gdy Wykonawca GISPartner nieskutecznie zastrzegł ww. dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, uznając zarzut za spóźniony. Zarzut został zatem pozostawiony bez rozpoznania.
Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) nPzp: Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne w terminie:

a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

Z dokumentacji sprawy wynika, że Odwołujący wystąpił do Zamawiającego
za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 18 grudnia 2020 r. z wnioskiem o umożliwienie mu wglądu do drugiej oferty złożonej w postępowaniu. Zamawiający w dniu 21 grudnia 2021 r. przekazał Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, kopię oferty Przystępującego ze wszystkimi załącznikami podlegającymi udostępnieniu, zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, tj. gwarancję bankową, pełnomocnictwo dla Przystępującego, KRS Przystępującego, oświadczenie JEDZ Przystępującego oraz Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa. Zamawiający nie przekazał Odwołującemu załączników do oferty objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. oświadczenia JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz KRS podmiotu udostępniającego zasoby (co nie było sporne między stronami).
Na str. 2 przekazanej Odwołującemu oferty, znajduje się spis załączników do oferty.
Z jego treści wynika ilość załączników oraz ich opis, a także informacje o objęciu konkretnych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący w dniu otrzymania od Zamawiającego kopii oferty Przystępującego, miał pełną wiedzę co do oferty Przystępującego, ilości wszystkich załączników złożonych do oferty, a także informację o objęciu trzech załączników tajemnicą przedsiębiorstwa, których to załączników nie otrzymał od Zamawiającego. Zatem, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) nPzp, zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa winien zostać podniesiony w terminie 10 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego kopii oferty, zawierającej informacje o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa trzech załączników nieudostępnionych Odwołującemu, bowiem podnoszone zaniechanie było znane Odwołującemu już w tej dacie.
Wobec powyższego należy uznać, iż zarzut został podniesiony z uchybieniem terminu na jego wniesienie.
Powyższe okoliczności faktyczne w ocenie Izby nie dają podstaw, aby czynnościom Zamawiającego przypisać naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący
w zakresie powyższego zarzutu nie przedstawił żadnych dowodów, potwierdzających jego zasadność.
Zarzut należy zatem uznać za niezasadny.
W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości
i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku
na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 17,00 zł stanowiącą wydatki jednego pełnomocnika poniesione przez Zamawiającego tytułem opłaty skarbowej
od pełnomocnictwa.

**Przewodniczący:……**