

WYROK
z dnia 26 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę ESKOM IT Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Apelacyjny w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża ESKOM IT Sp. z o. o. 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 ESKOM IT Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od ESKOM IT Sp. z o. o. w Warszawie na rzecz Sądu Apelacyjnego w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu i oprogramowania do wirtualizacji stacji roboczych na potrzeby Sądu Okręgowego w Warszawie Część 3 Zamówienia - Dostawa oprogramowania wirtualizacyjnego stacji roboczych - 1200 szt. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 7 października 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 195-471177. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

8 lutego 2021 r. wykonawca ESKOM IT Sp. z o. o. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie rodzaju zaoferowanej licencji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty odwołującego;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że wymagania zamawiającego mogą być spełnione jedynie w przypadku zaoferowania produktu licencjonowanego w modelu Concurrent User. Wskazuje na to jednoznacznie wymaganie o treści: „Zaoferowane oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych musi być licencjonowane na zasadach: ilość licencji zapewni jednoczesną pracę dowolnych użytkowników”. Ta terminologia wprost nawiązuje do terminologii użytej w oficjalnej dokumentacji producenta, zakres wymagań zamawiającego nie może więc budzić wątpliwości.

Podniósł, że na zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

Odwołujący zarzucił, że zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się bowiem w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Skoro zamawiający ma wątpliwości, dotyczące treści złożonej oferty, musi te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić.

Odwołujący podniósł, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego była zdecydowanie przedwczesna. Już z treści informacji o odrzuceniu oferty wynika bowiem, że zamawiający nie ma pewności co do właściwego rozumienia treści złożonej przez odwołującego oferty. Zamawiający prawidłowo wskazuje, że treść oferty nie używa nazwy modelu licencyjnego producenta oprogramowania (Named User, Concurrent User), jednak nazwy tej nie używa również specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, poprzestając na opisowym określeniu wymagań, jakie spełniać ma udzielona licencja. Wskazanie przez zamawiającego, że użyte w licencji określenie może potwierdzać zaoferowanie modelu licencyjnego niezgodnego z SIWZ, odwołujący uznał za interpretację zmierzającą do wykazania jej niezgodności z SIWZ. Podniósł, że zamawiający nie ma podstaw do stwierdzenia, że zaoferowany został

produkt niezgodny z SIWZ. Oferta odwołującego wskazuje na zaoferowany model licencjonowania „na użytkownika”, co samo w sobie nie jest sprzeczne z wymaganiami zamawiającego. Wyjaśnienia jedynie wymaga, czy zaoferowany model umożliwi jednoczesną pracę dowolnych użytkowników, czy też nie. Wyjaśnienie to nie będzie prowadzić do zmiany lub rozszerzenia oferty - produkty licencyjne bowiem zostały zaoferowane i z ich opisu (w ofercie użyto bowiem opisu, a nie nazwy zaoferowanej licencji) nie wynika, aby były niezgodne z SIWZ, a co najwyżej może pojawić się taka wątpliwość. Potwierdzenie zgodności z SIWZ może zatem nastąpić w wyniku udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień. Wyjaśnienie treści oferty jest więc w tej sytuacji nie tylko możliwe, ale konieczne, dla zapewnienia starannej i należytej oceny ofert.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Załączniku 1 do SIWZ w Szczegółowym Opisie Przedmiotu zamówienia (FORMULARZ PRODUKTOWY Część Nr 3) określił następujące wymagania:

„Należy dostarczyć 1200 licencji oprogramowania VMware Horizon View w wersji Enterprise lub równoważnej” (L.p. 1)

„Zaoferowane oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych musi być licencjonowane na zasadach: ilość licencji zapewnia jednoczesną pracę dowolnych użytkowników” (L.p. 2 zdanie pierwsze).

Odwołujący zaoferował oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych producenta VMware, które w Formularzu produktowym opisał jako: „VMware Horizon 8 Enterprise + Production Support/Subsryption for VMware Horizon 8 Enterprise, licencjonowanie na użytkownika” (dosłowny cytat z Formularza produktowego).

Zamawiający nie wyjaśniał treści oferty odwołującego. Pismem z 29 stycznia 2021 r. poinformował natomiast o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu tej czynności zamawiający podniósł, że odwołujący nie wskazał żadnego sposobu licencjonowania spośród stosowanych przez producenta oferowanego rozwiązania, w szczególności nie wskazał, czy oprogramowanie jest licencjonowane w modelu Concurrent User, czy Named User. Zamawiający oświadczył, że nie jest zatem w stanie stwierdzić, czy sposób licencjonowania spełnia wymagania SIWZ, a brak ten ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Zamawiający wywiódł, że nawet gdyby przyjąć, że stwierdzenie „licencjonowanie na użytkownika” jest określeniem sposobu licencjonowania, nie można mu przypisać modelu Concurrent User, wymaganego przez zamawiającego. Przeciwnie, określenie „użytkownik” ma wskazywać na model Named User, którego zaoferowanie jest niezgodne z treścią SIWZ, na co wskazała Izba w wyroku w sprawie KIO 3277/20.

W konsekwencji odrzucenia wszystkich złożonych ofert zamawiający unieważnił postępowanie w części 3 w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020) do postępowania o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie jest sporne między stronami, że wskazane w ofercie odwołującego, której częścią jest Formularz produktowy, oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych producenta VMware licencjonowane jest w oparciu o dwa różne modele licencjonowania - model Concurrent User (użytkownik jednoczesny) oraz model Named User (użytkownik nazwany). Nie jest też sporne, że jedynie pierwszy z nich - model Concurrent User - spełnia wymagania zamawiającego opisane w SIWZ.

Przedmiotem sporu jest kwestia, czy zamawiający zobowiązany był do wyjaśnienia oferty odwołującego co do oferowanego modelu licencjonowania na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przywołany przepis wskazuje na zasadniczą regułę – treść oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest niezmienna. Oferta nie podlega negocjacji, a ewentualna korekta oświadczenia wykonawcy, czyli zmiana treści oferty, może nastąpić jedynie w granicach wskazanych w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp.

Istotnie, w orzecznictwie ukształtował się pogląd, zgodnie z którym wynikające z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp uprawnienie zamawiającego do wyjaśniania treści oferty, może stać się jego obowiązkiem (vide przykładowo wyroki w sprawach: KIO 1926/17, KIO 2383/17, KIO 53/19). Dostrzec jednak trzeba, że pogląd taki był wyrażany *ad casum* w odniesieniu do indywidualnych okoliczności danego przypadku. Nie można mu zatem przypisywać charakteru obowiązującej reguły wbrew jasnemu sformułowaniu przepisu.

Izba zważyła, że w okolicznościach badanego postępowania zamawiający nie był zobowiązany do wyjaśniania treści oferty odwołującego. Należy mieć na uwadze, że zasadniczą rolą art. 87 ust. 1 Pzp jest ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, które zostało sformułowane niedokładnie, niejasno lub zostało przypadkowo zniekształcone przez autora. Instytucja wyjaśnienia oferty nie może zatem prowadzić do zmiany treści oferty, co jasno wynika z brzmienia art. 87 ust. 1 zdanie drugie *in fine* Pzp. Zmianą treści oferty jest również dopisanie do niej treści, które mają istotne znaczenie dla pozytywnej oceny oferty.

Izba zważyła, że ewentualne wyjaśnienie treści oferty odwołującego musiałyby prowadzić do zmiany jej treści. Za taką zmianę uznać należy doprecyzowanie, że odwołujący oferował zamawiającemu oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych producenta VMware licencjonowane w modelu Concurrent User (użytkownik jednoczesny). Izba uwzględniła, że w treści oferty brak jest jakiegokolwiek odniesienia do tego modelu, informacji, z której można by wywieść, że odwołujący taki model chciał zaoferować zamawiającemu. Wobec braku takich sformułowań przy posłużeniu się jedynie ogólną nazwą modelu licencyjnego równie uprawnione jest twierdzenie, że odwołujący zaoferował zamawiającemu model licencjonowania Named User (użytkownik nazwany), który nie spełnia wymagań zamawiającego. W związku z tym Izba uznała, że wyjaśnienia, których domaga się odwołujący, w istocie ukształtowałyby treść oferty odwołującego po upływie terminu składania ofert. Takie działanie rażąco naruszałoby zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji.

Zmiana treści oferty, która musiałaby nastąpić skutkiem złożenia wyjaśnień, jest również niedopuszczalna z tego powodu, że w okolicznościach sprawy brak jest podstaw do zastosowania wyjątków od zasady niezmienności treści oferty. Art. 87 ust. 1a Pzp odnosi się do dialogu konkurencyjnego, podczas gdy badane postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp nie jest możliwe, gdyż odpowiednio: oferta odwołującego nie zawiera omyłki o charakterze rachunkowym, ani też oczywistej omyłki pisarskiej. Brak jest również podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pozwalającego na poprawienie omyłek o charakterze nieistotnym polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jak Izba wskazała już wcześniej, wybór modelu licencyjnego umożliwiającego spełnienie opisanych w SIWZ wymagań zamawiającego, wskazywałyby oferowane przedmiotowo istotne świadczenie po upływie terminu składania ofert. Istotna jest zmiana treści oferty polegająca na wskazaniu modelu licencjonowania oferowanego oprogramowania zgodnego z SIWZ, w sytuacji gdy treść oferty wskazuje dwa modele licencjonowania, z których jeden spełnia wymagania zamawiającego, a drugi nie.

Nie można też stracić z pola widzenia, że odwołujący nie domaga się poprawienia jego oferty, a jedynie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia w trybie tego przepisu powinny jednak w każdym przypadku być działaniem racjonalnym i celowym, gdyż ich przeprowadzenie nie jest celem samym w sobie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 oraz art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp, uwzględniając koszty związane z zastępstwem odwołującego przez pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 poz. 2137).

Pouczenie o długości terminu na wniesienie skargi od orzeczenia Izby oraz ustalenie sądu okręgowego miejscowo właściwego do rozpatrzenia skargi Izba ustaliła na podstawie art. 580 ust. 1 i 2 nPzp.

Przewodniczący:.....