

WYROK

z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w 6 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez wykonawcę **S. A. P. S.K., (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Sejmu, (...)**,

przy udziale wykonawcy **P. D. Sp. z o.o., (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego ,
 - 1.2. wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,
 - 1.3. ponowne badanie oferty odwołującego;
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i:
 - 3.1. Zasądza od **zamawiającego** na rzecz **odwołującego** kwotę **18 600 zł** (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Kancelaria Sejmu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” na „Dostawę urządzeń systemu konferencyjnego dla sal posiedzeń komisji sejmowych” nr referencyjny BIT/3021-27/17(MNM).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 14 września 2017 r. poinformował wykonawcę – S. A. P. spółka komandytowa (dalej: „Odwołujący”), że: „odrzuciona została na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Państwa oferta. W dniu 31.08.2017 r. zostały otwarte oferty w postępowaniu na dostawę urządzeń systemu konferencyjnego dla sal posiedzeń komisji sejmowych. W trakcie czynności oceny ofert, Zamawiający uznał, że treść złożonej oferty, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazuje, że wymagane w pkt II.2 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), funkcjonalności systemu wymagają dostarczenia większej liczby licencji niż zaoferował Wykonawca. Dla zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania firmy Bosch niezbędne jest posiadanie przez Zamawiającego licencji na każdy serwer zarządzający jednostką centralną. W przypadku tego konkretnego postępowania (zgodnie ze Szczegółowym opisem parametrów technicznych poszczególnych urządzeń Lp. 6 - Jednostka centralna Systemu), potrzeba 15 kompletów licencji o symbolach: (...). Pozycje te zostały wskazane w ofercie Wykonawcy w Specyfikacji Technicznej Zamówienia (str. 35 pozycja 9 - Komputer PC do uruchomienia

oprogramowania Serwerowego w systemie wielu Komputerów), lecz wykonawca zaoferował dostarczenie tylko 4 szt. tych licencji (na każdy z czterech oferowanych komputerów). Wobec powyższego nie jest to wystarczające, gdyż podobne licencje Zamawiający powinien posiadać dla każdego z 15 szt. serwerów zarządzających jednostkami centralnymi. W związku z powyższym należy uznać, że oferta Wykonawcy w tym zakresie nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Odwołujący w dniu 25 września 2017 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty w zakresie liczby licencji zaoferowanych przez Odwołującego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z wymaganiami SIWZ w zakresie dotyczącym liczby licencji zaoferowanych przez Odwołującego;

art. 92 ust. 1 3. Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie

dokonania:

- a) odrzucenia ofert wykonawców: P. D. sp. z o. o. oraz R. S. A. Sp. z o. o.,
- b) wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji przejawiające się nieuzasadnionym odrzuceniem oferty Odwołującego oraz zaniechaniem odrzucenia ofert wykonawców: P. D. Sp. z o. o. oraz R. S. A. Sp. z o. o.,

5. innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, o ile złożone w toku rozprawy wyjaśnienia nie zostaną uznane za wystarczające, dokonanie ponownej oceny ofert wykonawców: P. D. sp. z o. o. oraz R. S. A. Sp. z o.o., odrzucenie ofert wykonawców: P. D. Sp. z o. o. oraz R. S. A. Sp. z o.o., dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając odwołanie, Odwołujący stwierdził, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia, w związku z czym nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż jego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się zaniechań, które miały wpływ na wynik postępowania oraz stoją w sprzeczności z dyspozycją przepisów Pzp. Przede wszystkim, Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Zamawiający nie mógł kategorycznie przesądzić o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż zaoferował komputer PC do uruchamiania oprogramowania serwerowego w systemie wielu komputerów, zgodny ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią specyfikacji technicznej urządzeń, dla wspomnianego powyżej komputera, należało podać następujące dane: producent/firma, typ, rok produkcji. Odwołujący w ofercie jednoznacznie określił te dane, wskazując jednocześnie - w pkt 9 Specyfikacji technicznej urządzeń, str. 35 oferty, iż oferuje :

- komputer PC do uruchamiania oprogramowania serwerowego w systemie wielu komputerów (...) (spełniający wymagania zawarte w specyfikacji) szt. 4,
- oprogramowanie główne (...) szt. 4,

-
- sterownie kamerami - licencja serwerowa (...) szt. 4,
 - przygotowanie i zarządzanie głosowaniem - licencja serwerowa (...) szt. 4,
 - przygotowanie i zarządzanie spotkaniem - licencja serwerowa (...) szt. 4,
 - MEDIA SHARING - licencja serwerowa (...) szt. 4,
 - Baza uczestników - licencja serwerowa (...) szt.4,
 - Rok produkcji urządzeń - 2017,

Wraz z urządzeniami będą dostarczone wymagane do ich prawidłowego działania, wymagane w SIWZ okablowanie i akcesoria.

Jednocześnie pod tabelą oferowanych urządzeń w pkt 2 Odwołujący wskazał, że: „oświadczamy, że oferowane przez naszą firmę urządzenia spełniają wszystkie warunki dodatkowe opisane w Załączniku nr 2 do SIWZ”.

W Formularzu ofertowym Odwołujący oświadczył, że: *„oferujemy realizację zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ)”.*

Zarzucił, iż Zamawiający, dokonując oceny oferty Odwołującego, pominął powyższe oświadczenia zawarte w jego ofercie. Tym samym, ocena Zamawiającego była dokonana wyłącznie na podstawie oświadczenia zawartego w pkt 9 w Specyfikacji technicznej urządzeń, na stronie 35 oferty. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający zobowiązany jest do całościowej oceny oferty, co oznacza, iż powinien brać pod uwagę wszystkie oświadczenia złożone w ofercie, dotyczące m. in. oferowanego przedmiotu zamówienia.

Obowiązek dokonywania oceny oferty w powyższy sposób wynika z brzmienia art. 65 § 2 kodeksu cywilnego (*w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu*), który poprzez art. 14 Pzp, ma bezpośrednie zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto podkreślił, że Zamawiający dokonując oceny oferty, związany jest także treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, nie wskazał, które postanowienia specyfikacji Odwołujący pominął przy sporządzeniu oferty. Innymi słowy Zamawiający nie przywołał brzmienia SIWZ, które wskazywałoby na wymaganie dostarczenia 15 sztuk licencji.

Ponadto, zdaniem Odwołującego z żadnej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym także z treści udzielonych odpowiedzi nie wynikało, iż wykonawca winien zaferować 15 sztuk licencji. W pkt. II.2 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), ani w żadnym innym miejscu SIWZ Zamawiający nie opisał wymagań dotyczących minimalnej ilości licencji serwerowych, a jedynie wskazał na funkcjonalność, która powinna być spełniona poprzez oferowany system konferencyjny.

W związku z tym Odwołujący zaferował liczbę licencji serwerowych, zgodną z wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ funkcjonalnością niezbędną do działania z oferowanymi elementami systemu konferencyjnego (...).

Podkreślił, iż brak jednoznacznych postanowień SIWZ w zakresie dotyczącym liczby oferowanych licencji, nie może nieść negatywnych skutków dla wykonawców, którzy przygotowują ofertę w oparciu o treść specyfikacji.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby Zamawiający miał wątpliwości w zakresie urządzeń oferowanych przez Odwołującego, to wskazana sytuacja powinna zostać przez niego wyjaśniona na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Tymczasem Zamawiający automatycznie zdecydował o odrzuceniu przedmiotowej oferty opierając się jedynie na treści pkt 9 Specyfikacji technicznej urządzeń, str. 35 oferty. Całkowicie pominął przy tym oświadczenia składane przez Odwołującego w zakresie oferowanych urządzeń, kierując się wymaganiami, które nie wynikają z treści SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy i niezgodny z obowiązującymi przepisami dokonał odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Czynność Zamawiającego została dokonana z pominięciem procedury wyjaśniającej treść oferty. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wskazał na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przy czym całkowicie pominął uzasadnienie kwestii związanej z procedurą z art. 87 ust. 1 ustawy. W ocenie Odwołującego powyższe procedura znajdowała w niniejszym stanie faktycznym zastosowanie.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący wskazał, że ani w pkt. II.2 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), ani w żadnym innym miejscu SIWZ, Zamawiający nie opisywał wymagań dotyczących minimalnej ilości licencji serwerowych. Zamawiający wskazał jedynie na funkcjonalność, która powinna być spełniona poprzez oferowany system konferencyjny. W ocenie Odwołującego, gdyby dostarczenie 15 sztuk licencji było warunkiem koniecznym realizacji zamówienia, to informacja ta znalazłby się wprost w treści SIWZ, jak np. wymaganie, aby Jednostka Centralna Systemu winna posiadać System operacyjny Windows 8.1 Pro.

W związku z tym Odwołujący zaferował liczbę licencji serwerowych, zgodną z wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ, funkcjonalnością niezbędną do działania z

oferowanymi elementami systemu konferencyjnego (...).

Wyjaśnił, że zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą oraz informacjami znajdującymi się na stronie internetowej producenta firmy B., w kartach katalogowych i w instrukcjach instalacji oferowanego systemu (...), funkcjonalność systemu zostanie spełniona przy zaoferowaniu 4 kompletów oprogramowania serwerowego firmy B. (...), zainstalowanego na 4 komputerach PC do uruchomienia oprogramowania Serwerowego w systemie wielu komputerów (zaoferowanych w pkt 9 Specyfikacji technicznej urządzeń, str. 35 oferty).

Dodatkowo opis pkt nr 9, strona nr 27 SIWZ - Szczegółowy opis parametrów technicznych poszczególnych urządzeń- tj. *opis Komputera PC do uruchomienia*

oprogramowania Serwerowego w systemie wielu komputerów, wyraźnie wskazuje na komputer pełniący funkcję serwera, na którym będzie uruchomione oprogramowanie serwerowe do zarządzania systemem konferencyjnym. Takich komputerów Zamawiający wymaga w SIWZ 4 szt., w związku z tym do pełnej funkcjonalności działania z zaoferowaną konfiguracją systemu konferencyjnego (...), niezbędne jest zaoferowanie

wraz z nim 4

kompletów licencji serwerowych firmy B. (...),

Analizując natomiast opis pkt nr 6, strona nr 25 SIWZ - Szczegółowy opis parametrów technicznych poszczególnych urządzeń - tj. *opis Jednostki Centralnej Systemu (wraz z niezbędnym sprzętem komputerowym do zarządzania systemem konferencyjnym, uruchomionym na danej jednostce)* Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga komputera umożliwiającego konfigurację i zarządzanie systemem konferencyjnym. W oferowanym systemie (...) taką funkcję spełnia komputer kliencki (...), wskazany w pkt 9 Specyfikacji technicznej urządzeń, str. 35 oferty) z zainstalowaną aplikacją Meeting Application, dostępną w ramach posiadania licencji serwerowych w systemie. Na komputerze klienckim, nie jest wymagane posiadanie dodatkowych licencji serwerowych, a jedynie do poprawnego działania, wymagane jest posiadanie licencji serwerowych na komputerze pełniącym funkcję serwera. Wymagania te zostały uwzględnione w ofercie Odwołującego w pkt 9 Specyfikacji technicznej urządzeń, str. 35 oferty.

Istotnym również jest fakt, że Odwołujący (biorąc pod uwagę ilość oferowanych i wymaganych pulpitów) dodatkowo zaoferował 4 urządzenia (...) (do każdego z 4 serwerów), które rozszerzają możliwość instalacji i podłączenia w systemie (...) powyżej 100 jednostek, w ramach jednej instalacji dla jednego serwera. Zaoferowanie tych urządzeń było niezbędne do poprawnego działania zaoferowanej przez Odwołującego (zgodnie z zapisami w SIWZ) - konfiguracji.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że zgodnie z opisem Zamawiającego pkt nr 6, strona nr 25 SIWZ - Szczegółowy opis parametrów technicznych poszczególnych urządzeń - tj. *opis Jednostki Centralnej Systemu (wraz z niezbędnym sprzętem komputerowym do zarządzania systemem konferencyjnym, uruchomionym na danej jednostce)* nie było potrzeby zaoferowania licencji serwerowych.

Podsumowując i biorąc pod uwagę powyższe argumenty Odwołującego w zakresie prawidłowości oferowanych urządzeń, odrzucenie oferty dokonane zostało bez kompleksowego badania i oceny oferty. Odwołujący podkreślił, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania, w tym w zakresie funkcjonalności oraz liczby oferowanych licencji i z tego względu nie powinna być odrzucona. Ponownego podkreślenia wymaga fakt, iż ewentualne wątpliwości Zamawiający mógł rozwiązać poprzez skierowanie do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, wniosku o wyjaśnienie treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu nie zaszyły okoliczności uzasadniające zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt

2 Pzp, bowiem oferta została przygotowana na podstawie i w oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający dokonał niewłaściwego odrzucenia jego oferty. Nie można mówić bowiem o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeżeli oferta przygotowana jest na podstawie tego dokumentu. Ewentualne nieścisłości treści specyfikacji nie mogą przesądzać, iż wykonawca zaoferował świadczenie niezgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. Skoro Odwołujący złożył ofertę i zadeklarował, że zrealizuje przedmiot zamówienia w oparciu o wymagania Zamawiającego, to należy uznać, iż jego oferta jest prawidłowa.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 92 ust 1 Pzp w związku z art. 89

ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert wykonawców P. D. Sp. z o. o. oraz R. S. A. Sp. z o. o. oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego oferty złożone przez wykonawców P. D. Sp. z o. o. oraz R. S. A. Sp. z o. o., winny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferty tych wykonawców nie spełniają wymagań w zakresie oferowanego urządzenia, o którym mowa w pkt nr 1, strona nr 21 SIWZ - Szczegółowy opis parametrów technicznych poszczególnych urządzeń - tj. *Pulpit przewodniczącego z ekranem dotykowym - Funkcje podstawowe - dwa stereofoniczne gniazda słuchawkowe typu jack 3,5 mm.*

Ponadto wykonawca P. D. Sp. z o.o. w dołączonej do oferty SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ URZĄDZEŃ, pkt nr 6, zaoferował serwer o nazwie F. (...). Wykonawca R. S. A. Sp. z o.o. zaoferował natomiast serwer o nazwie D. (...). Z informacji, które Odwołujący posiada od dostawców wyżej wymienionych serwerów (tj. firm F. oraz D.), jasno wynika, że oferowane przez te firmy serwery są sprzedawane standardowo bez wymaganego w SIWZ oprogramowania systemowego Microsoft Windows, oprogramowanie jest opcją osobno płatną.

W związku z tym wymienieni wyżej wykonawcy byli zobowiązani do zaoferowania, i co jest z tym związane, wpisania w dołączonym do oferty załączniku SPECYFIKACJA TECHNICZNA URZĄDZEŃ w punkcie 6 wymaganego w SIWZ oprogramowania Microsoft Windows.

W związku z powyższym oferty firm P. D. Sp. z o.o. oraz R. S. A. Sp. z o.o. nie spełniają wymagań minimalnych opisanych w Szczegółowym opisie parametrów technicznych poszczególnych urządzeń, opis pozycji 6 Jednostka Centralna Systemu (wraz z niezbędnym sprzętem komputerowym do zarządzania systemem konferencyjnym, uruchomionym na danej jednostce).

Z tego względu treści ofert powyższych wykonawców nie odpowiadają treści specyfikacji i oferty te winny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zaniechanie odrzucenia ofert wymienionych powyżej wykonawców oraz odrzucenie oferty Odwołującego wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Gdyby działania Zamawiającego były prawidłowe Odwołujący mógłby uzyskać, a następnie realizować przedmiotowe zamówienia. Końcowo Odwołujący wskazał, że z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyżej wskazanych przepisów za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający - poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów - dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający pismem z dnia 5 października 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania Odwołującego. Uzasadniając powyższe żądanie wskazał, iż środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę, i po trzecie, że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym Odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany jest wykazać, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, (...), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zatem z konstrukcji tego przepisu (użycia spójnika "oraz") wynika, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej konieczne jest wykazanie nie tylko interesu w uzyskaniu danego zamówienia, ale interesu kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Komentowany przepis nie pozwala na alternatywne wykazanie tylko jednej przesłanki, tj. posiadania (obecnie lub na etapie wcześniejszym) interesu w uzyskaniu danego zamówienia albo poniesienia lub możliwości poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obie te przesłanki muszą wystąpić łącznie. W wielu

przypadkach pomimo, że wykonawca będzie w stanie wykazać interes w uzyskaniu danego zamówienia, jego sytuacja w postępowaniu może wskazywać na brak możliwości poniesienia jakiegokolwiek szkody w wyniku niezgodnych z przepisami działań zamawiającego. W niniejszej sprawie ocenie podlegały trzy oferty i zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert zawartym w punkcie XII SIWZ - zamówienie uzyskać powinien

wykonawca, który złoży ofertę z najkorzystniejszym bilansem ceny i okresu gwarancji. Oferta Odwołującego zawierała najwyższą cenę spośród pozostałych ofert, co przy takim samym okresie gwarancji zaferowanym przez wszystkich wykonawców przesądza, że trudno jest uznać by Odwołujący wykazał, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy Pzp, dotyczącym odrzucenia jego oferty, co potencjalnie uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wskazał, że z uwagi na okoliczność, iż do przedmiotowego postępowania zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22.06.2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28.07.2016r. - Zamawiający poddaje weryfikacji ofertę wykonawcy, która zgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ jest najkorzystniejsza. Procedurę taką przewidywał SIWZ w części oznaczonej jako pkt VI.3. Dlatego też Zamawiający po dokonaniu oceny ofert wezwał wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (Przystępującego po stronie Zamawiającego) do złożenia m.in. kart katalogowych oferowanych urzędzeń. Z dostarczonych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego (P. D. Sp. z o.o.) dokumentów jednoznacznie wynika, że zastrzeżenia zgłoszone przez Odwołującego są chybione, gdyż:

1) oferowane urządzenie spełnia parametry opisane w punkcie 1 str. 21 SIWZ - Szczegółowy opis parametrów technicznych - Pulpit przewodniczącego z ekranem dotykowym - Funkcje podstawowe - dwa gniazda słuchawkowe. Wymogi SIWZ zostaną spełnione ponieważ w ofercie P. D. sp. z o.o. zastosowano modyfikację z użyciem rozdzielacza gniazda słuchawkowego na dwa gniazda słuchawkowe, co jest w pełni akceptowalne przez Zamawiającego;

2) zaferowany serwer F. (...) zostanie dostarczony z systemem operacyjnym Microsoft Windows Server 2012 RO 64-bit.

W związku z powyższym oferta Przystępującego - P. D. Sp. z o.o. spełnia minimalne wymagania SIWZ w obu powyższych, zakwestionowanych przez Odwołującego, punktach.

Przy pełnej zgodności i poprawności oferty P. D. Sp. z o.o., oferta R. S. A. Sp. z o.o. - z uwagi na zastosowanie tzw. „procedury odwróconej” - nie była weryfikowana pod kątem obu powyżej wskazanych zarzutów, co nie przesądza jednak, że zarzuty Odwołującego są w tym wypadku trafne i zasługują na uwzględnienie.

Z ostrożności procesowej Zamawiający wniósł o oddalenie Odwołania. Wskazał, że kwestionowanie przez Odwołującego na obecnym etapie zasadności, czy prawidłowości parametrów opisu przedmiotu zamówienia jest działaniem spóźnionym, które nie może mieć wpływu na wynik niniejszej sprawy. Jednocześnie podkreślił, że zgodnie z uprawnieniem wynikającym z art. 38 ust. 1 Pzp oraz brzmieniem SIWZ w punkcie VII.6 — wykonawcy mogli

zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Przykładowo, wśród pytań zadanych przez Wykonawców, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 8.08.2017r., pod poz. 16 znalazło się pytanie: „Czy w pozycji 6 KALKULACJI CENOWEJ PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (strona 31 SIWO opisanej jako „Jednostka Centralna Systemu”, stanowiącej załącznik do zał. nr 2 do SIWZ pod nazwą Formularz Oferty, powinny zostać zawarte koszty:

Serwera,
Przełącznika sieciowego,
Oprogramowania.”

Zamawiający potwierdził, powyższą interpretację zapisów SIWZ, co zwłaszcza w zw. z okolicznością, iż wykonawcy jako profesjonaliści w swojej dziedzinie dysponują często wiedzą bardziej aktualną i szczegółową niż podmioty zamawiające - pozwoliło pozostałym Wykonawcom złożyć oferty spełniające realizację funkcjonalności opisanych w SIWZ.

Zamawiający zastrzegł w pkt X 6 SIWZ, że „Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.” Ponadto, w punkcie X.16 zapisano: „Oferta, której treść nie będzie odpowiadać treści SIWZ, z zastrzeżeniem art.87 ust. 2 pkt 3 Pzp zostanie odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Wszelkie niejasności i wątpliwości dotyczące treści zapisów SIWZ należy zatem wyjaśnić z Zamawiającym przed terminem składania ofert w trybie przewidzianym w pkt VII niniejszej SIWZ. Przepisy Pzp nie przewidują negocjacji warunków udzielenia zamówienia w tym zapisów projektu umowy, po terminie otwarcia ofert.” Zdaniem Zamawiającego, w świetle wskazanych wyżej przepisów nie można przyznać racji argumentom Odwołującego jakoby Zamawiający naruszył przepisy art. 87 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie liczby licencji zaoferowanych przez Odwołującego. Odwołujący próbuje dowieść, że formalna możliwość żądania wyjaśnień przez Zamawiającego jest faktycznie „obowiązkiem” Zamawiającego.

Zamawiający wskazał następnie, że art. 87 ust. 1 Pzp nie mógł być podstawą do uzupełnienia tego rodzaju uchybień jak liczba zaoferowanych licencji, ponieważ w takiej sytuacji Odwołujący mógł zmienić treść złożonej oferty, np. poprzez zastosowanie innych „lepszych” urządzeń, które spełnią wymogi dokumentów przetargowych, a które na etapie składania ofert zostały celowo ukryte, aby pozostawić możliwość wyboru urządzeń podczas składania wyjaśnień. Wyjaśniać można bowiem to, co w ofercie się znajduje, nie zaś to, czego w niej nie ma.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż wymagane w pkt II.2 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), funkcjonalności systemu wymagają dostarczenia większej liczby licencji niż zaoferował Wykonawca. W ofercie Odwołującego w sposób jednoznaczny Wykonawca wskazał jedynie 4 licencje, tym samym uniemożliwiając uzyskanie pełnej funkcjonalności systemu opisanej w punkcie II.2 Opisu przedmiotu zamówienia dla 15 niezależnie pracujących jednostek centralnych wraz z serwerami sterującymi. Stwierdził, że

w sytuacji jednoznacznego niespełnienia wymagań stawianych przed systemem dla 11 z 15 serwerów sterujących związanych z brakiem niezbędnych licencji, nie jest zobligowany do występowania o wyjaśnienie. Zamawiający podtrzymał stanowisko, że dla zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania firmy B. niezbędne jest dostarczenie kompletu licencji na każdy serwer zarządzający jednostką centralną: (...).

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, iż 4 komplety oprogramowania serwerowego firmy B. wystarczą na spełnienie stawianych przed systemem wymagań. Z wyводу zamieszczonego w „Odwołaniu” wynika, iż założono sterowanie wszystkimi jednostkami centralnymi poprzez 4 stacje robocze. W ramach niniejszego postępowania Zamawiający nie opisywał sposobu konfiguracji środowiska, gdyż montaż i konfiguracja nie wchodzi w zakres zamówienia. W związku z powyższym założenia projektowe opisywane przez Odwołującego nie mogą być w żadnym stopniu wyznacznikiem do określenia spełnienia wymagań stawianych przez SIWZ, gdyż Zamawiający nie informuje w specyfikacji o projekcie instalacji systemu konferencyjnego. Tym samym Zamawiający podtrzymał, iż dostarczenie jedynie 4 kompletów oprogramowania serwerowego dla 4 komputerów sterujących nie umożliwi uzyskania pełnej funkcjonalności w przypadku wydzielenia 15 niezależnych środowisk konferencyjnych składających się z jednostki centralnej i serwera.

Podkreślił ponadto, że to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia swoich twierdzeń.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, wykonawca P. D. sp. z o.o. z siedzibą w W., złożył pismo procesowe, w którym podzielił stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza - spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma

interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej”. Zauważyć należy, że oferta Odwołującego jest trzecią w rankingu ofert, jednakże przy zasadach procedury odwróconej najpierw dokonywana jest merytoryczna ocena ofert, następnie zamawiający wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tylko wykonawcę którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Nie można zatem wykluczyć, iż zarówno pierwszy jak i drugi w kolejności wykonawca, których oferty nie zostały ostatecznie zweryfikowane na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdzą ostatecznie spełnianie warunków, a wtedy Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. W tej procedurze wykonawca będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez dokonanie czynności ponownej oceny ofert. Z uwagi na powyższe rozważania Izba uznała, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, z uwagi na brak spełniania przesłanek interesu nie zasługiwał na uwzględnienie.

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została na tym etapie postępowania uznana przez Zamawiającego jako niepodlegająca odrzuceniu.

Izba zaważyła, co następuje.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia, czy Zamawiający miał podstawy, aby uznać, iż złożona przez Odwołującego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a tym samym czy miał podstawy zastosować w sprawie przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W rozpoznawanej sprawie, zakwestionowana przez Odwołującego czynność Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty zasadzała się na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazał, że: *„wymagane w punkcie II.2 „Opisu przedmiotu zamówienia” (Załącznik nr 1 do SIWZ), funkcjonalność systemu wymagała dostarczenia większej liczby licencji niż zaoferował Wykonawca. Dla zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania firmy B. niezbędne jest posiadanie przez Zamawiającego licencji na każdy serwer zarządzający jednostką centralną. W przypadku tego konkretnego postępowania (zgodnie ze Szczegółowym opisem parametrów technicznych poszczególnych urządzeń Lp. 6 – Jednostka centralna Systemu), potrzeba 15 kompletów licencji o symbolach: (...). Pozycje te zostały wskazane w ofercie Wykonawcy w Specyfikacji Technicznej Zamówienia (str. 35 pozycja 9 Komputer PC do uruchomienia oprogramowania serwerowego w systemie wielu komputerów) lecz Wykonawca zaoferował*

dostarczenie tylko 4 szt. tych licencji (na każdy z czterech oferowanych komputerów). Wobec powyższego nie jest to wystarczające, gdyż podobne licencje Zamawiający powinien posiadać dla każdego z 15 szt. serwerów zarządzających jednostkami centralnymi. W związku z powyższym należy uznać, że oferta Wykonawcy w tym zakresie nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Odwołujący wykazywał natomiast, że w żadnej części SIWZ, w tym także z treści udzielonych odpowiedzi nie wynikało, że wykonawca winien zaoferować 15 sztuk licencji. Wskazywał, że ani w pkt II.2 OPZ stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, ani w żadnym innym miejscu SIWZ Zamawiający nie opisał wymagań dotyczących minimalnej ilości licencji serwerowych, a jedynie wskazał na funkcjonalność, która powinna być spełniona poprzez oferowany system konferencyjny. W związku z powyższym zaoferował liczbę licencji serwerowych, zgodną w wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ funkcjonalnością niezbędną do działania z oferowanymi elementami systemu (...). Podnosił, że brak jednoznacznych postanowień SIWZ w zakresie dotyczącym liczby oferowanych licencji, nie może nieść negatywnych skutków dla wykonawców, którzy przygotowują ofertę w oparciu o treść specyfikacji.

W ocenie Izby rację ma Odwołujący, iż wskazane postanowienie SIWZ, zawarte w pkt II.2 Opisu przedmiotu zamówienia, (biorąc pod uwagę informacje z odrzucenia oferty) budziło uzasadnione wątpliwości co do interpretacji oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie. W szczególności dokonując literalnej wykładni treści postanowień SIWZ nie można

z niego wynioskować, iż wykonawcy zobowiązani byli do zaoferowania 15 sztuk licencji do uruchomienia oprogramowania serwerowego w systemie wielu komputerów.

Istotne w sprawie jest to, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez opis jego wymagań funkcjonalnych. Zawarte w SIWZ opisanie przedmiotu zamówienia pozostawia dużo swobody wykonawcy, nie narzucając z góry sposobu wykonania zamówienia, a ograniczając się jedynie do opisanie zamierzonych celów. Funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia, polega bowiem na opisanie wymagań dotyczących aspektów technicznych, ekonomicznych, organizacyjnych oraz funkcjonalnych, tak aby zagwarantowana była porównywalność ofert, a zatem na opisanie potrzeb, celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia lub opisanie oczekiwanego przez zamawiającego sposobu jego działania lub efektów jego realizacji (funkcjonowania).

W niniejszej sprawie Zamawiający właśnie w taki sposób dokonał opisu przedmiotu zamówienia, co spowodowało, że Odwołujący zaoferował liczbę licencji serwerowych, umożliwiającą w jego opinii, uruchomienie oprogramowania serwerowego w systemie wielu komputerów. W jego ocenie, zaproponowana przez niego liczba licencji jest więc zgodna z

wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ funkcjonalnością niezbędną do działania z oferowanymi elementami systemu (...). Natomiast w informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty brak jest jakichkolwiek ustaleń porównawczo – wynikowych, że zaoferowana ilość licencji nie zapewni zaoferowanemu przedmiotowi zamówienia określonej funkcjonalności. Podkreślić należy, że czym innym jest odrzucenie oferty w oparciu o nie wyartykułowane w SIWZ wymagania Zamawiającego od zbadania, czy faktycznie zaoferowana liczba licencji jest wystarczająca z punktu widzenia prawidłowości działania systemu.

Ponownie podkreślenia wymaga, że zdaniem Izby, w żadnym miejscu SIWZ, w tym w szczególności w pkt II.2 OPZ Zamawiający nie opisał wymagań dotyczących minimalnej ilości licencji serwerowych. Powyższej liczby sztuk licencji nie można w ocenie Izby wywieść ani z poz. 6 specyfikacji technicznej urządzeń, w której wskazano jedynie liczbę sztuk jednostki centralnej systemu, ani tym bardziej z odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 16 udzielonej w dniu 8 sierpnia 2017 r. Powyższe nie wynika również z Kalkulacji cenowej przedmiotu zamówienia. W pozycji 6 tego dokumentu wpisano 15 sztuk odnoszących się do Jednostki centralnej systemu.

W ocenie Izby, jeżeli Zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy zaoferowali właśnie taką ilość sztuk licencji serwerowych (15 sztuk), winien był ten wymóg w taki sposób wyraźny określić w SIWZ, lub co najmniej wskazać to w odpowiedzi na pytania.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Treść tego przepisu wskazuje, iż Zamawiający formułując postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, winien wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenia oferty. W ocenie Izby do okoliczności tych zaliczyć należy również dostępne na rynku technologie i rozwiązania techniczne stosowane przez znanych Zamawiającemu potencjalnych wykonawców prowadzących działalność w danej branży. Należy również wskazać, iż postawienie przez Zamawiającego wymogu aby zaproponowana liczba licencji serwerowych była niezbędna dla zapewnienia prawidłowego działania systemu konferencyjnego było wymogiem nieprecyzyjnym i niejednoznacznym. Wywodzenie oczekiwań co do treści oferty nie wyartykułowanych wprost w treści SIWZ stanowi naruszenie zasady z art. 7 ust.1 Pzp. Tego rodzaju nieprawidłowość w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może pociągać, a etapie oceny ofert negatywnych konsekwencji dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby okoliczność, iż przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia był niejednoznaczny potwierdzają złożone na rozprawie dowody przez Odwołującego oraz Zamawiającego, tj. opinia sporządzona przez prof. dra hab. Inż. K. W. z Instytutu Informatyki Politechniki Śląskiej oraz pismo firmy B. z dnia 4 października 2017 r.

Wskazać należy, że powyższa opinia co prawda ma charakter opinii prywatnej, jednakże nie odbiera jej to waloru dowodowego, a z uwagi na fakt, iż podstawę jej wydania stanowiły dokumenty źródłowe postępowania oraz wskazany został sposób analizy zagadnienia, Izba uznała tą opinię za zbieżną ze stanowiskiem Odwołującego. Nawiązując do tej opinii wskazać należy, że we wnioskach końcowych stwierdzono m.in., że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie główne wraz z licencjami było

zgodne z liczbą serwerów przewidzianą do uruchamiania oprogramowania serwerowego w systemie wielu komputerów, i wymaganą dla poprawnej pracy systemu (...) w tym konkretnym postępowaniu przetargowym. Ponadto stwierdzono, że: „skoro producent systemu (...) określił, że minimalne parametry techniczne dla komputerów PC przeznaczonych do uruchamiania oprogramowania Server Software to między innymi systemem operacyjny WINDOWS SERWER 2008 R2 64bitowy lub WINDOWS SERWER 2012 R2 64-bitowy (z platformą .NET Framework 3.5), a Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie 9 definiuje minimalne parametry techniczne dla Komputera PC do uruchamiania oprogramowania serwerowego w systemie wielu komputerów jako komputer pod kontrolą systemu MS WINDOWS SERWER 2012 R2 64-bitowy (z platformą .NET Framework 3.5) w ilości 4 szt., to logicznym się daje konieczność zaoferowania 4 licencji (...) dla licencjonowanego oprogramowania SERVER SOFTWARE.” „Skoro producent systemu (...) określił, że minimalne parametry techniczne dla komputerów PC przeznaczonych do uruchamiania oprogramowania Meeting Application to między innymi systemem operacyjny WINDOWS 7 HOME PREMIUM 64-bitowy lub WINDOWS 8.1 Pro / WINDOWS 10 Pro 64-bitowy (z platformą .NET Framework 3.5), a Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie 6 definiuje minimalne parametry techniczne dla Jednostki Centralnej Systemu (wraz z niezbędnym sprzętem komputerowym do zarządzania systemem konferencyjnym, uruchomionym na danej jednostce) w której to pozycji wyspecyfikowana jest stacja robocza, pracująca pod kontrolą systemu operacyjnego WINDOWS 8.1 Pro / WINDOWS 10 Pro 64-bitowy (z platformą .NET Framework 3.5) to naturalnym wnioskiem jest to, że w celu zrealizowania funkcji zarządzania systemem konferencyjnym, uruchomionym na danej jednostce niezbędne jest tu zainstalowanie aplikacji Meeting Application. Wymaganie w tym miejscu aplikacji Server Software wraz z licencją (...) było by niezgodne z wytycznymi producenta systemu (...) określonymi w dokumentacji technicznej jako minimalne, wymagane.” „Ostatni wniosek, który się nasuwa w świetle argumentacji Zamawiającego, przedstawionej w piśmie z dnia 14 września 2017 o numerze BIT-3021-27/17(24)MNM w zestawieniu z dokumentacją techniczną firmy B. jest taki, że urządzenie wyspecyfikowane przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie 6, zdefiniowane jako Jednostka Centralnej Systemu w istocie nie jest jednostką centralną, a jedynie przełącznikiem zasilania audio (...). Wniosek ten znajduje potwierdzenie w kartach katalogowych urządzenia (...).

Trudno zatem przyjąć argumentację Zamawiającego, że powinien on posiadać licencje dla każdego z 15 serwerów zarządzających jednostkami centralnymi skoro: po pierwsze jak już wykazano urządzenia (...) nie są jednostkami centralnymi, a jedynie przełącznikami zasilania audio (...), po drugie komputery o których mowa zostały wyspecyfikowane przez Zamawiającego tak, że musiały one pracować pod systemem operacyjnym WINDOWS 8.1 Pro / WINDOWS 10 Pro 64 bitowy (z platformą NET Framework 3.5). To wykluczało możliwość zaoferowania oprogramowania serwerowego z licencją (...), gdyż było by to niezgodne z minimalnymi wymaganymi parametrami technicznymi postawionymi przez firmę B. jako komputery z systemem WINDOWS SERWER 2008 R2 64-bitowy lub WINDOWS SERWER 2012 R2 64-bitowy (z platformą .NET Framework 3.5).”

Natomiast z dowodu przedstawionego przez Zamawiającego, tj. pisma z dnia 4 października 2017 r. firmy B. wynika, że „w świetle przesłanej dokumentacji SIWZ oraz zadanego podczas postępowania pytania oraz udzielonej odpowiedzi (w przesłanym zapytaniu mailowym) definiującej Jednostkę Centralną – w naszej ocenie – nie można spełnić wymagań określonych w Rozdziale II pkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia odnośnie jego funkcjonalności wymaganej od systemu konferencyjnego dostarczając system (...) nie oferując jednocześnie zestawu licencji (...), na każdą jednostkę centralną.”

Z powyższych dowodów wynikają dwa różne wnioski – z dowodu przedłożonego przez Odwołującego wynikało, że do zapewnienia prawidłowego uruchomienia oprogramowania serwerowego wystarczyły 4 sztuki licencji, natomiast z pisma firmy B. wynikało, iż (w ocenie B.) zapewnienie zestawu licencji na każdą jednostkę centralną, tj. 15 sztuk. Podkreślić należy, iż z pisma B. nie wynikało jednoznaczne przesądzenie w tym zakresie.

Powyższe zdaniem Izby potwierdza uzasadnione wątpliwości odnośnie prawidłowości i jasności SIWZ. Jak już natomiast wcześniej wyjaśniono, wszelkie wątpliwości należy interpretować na korzyść wykonawcy.

W tym zakresie nawiązując do zarzutów odwołania wskazać należy, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji

zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Nadto zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą zarówno sądów jak Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści SIWZ.

W zakresie obowiązku ustalenia rzeczywistej treści oferty zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności),

a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Izba wskazuje, że zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic nowego do sprawy, bądź będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Dopóki zamawiający nie otrzyma tych wyjaśnień nie może przesądzić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający powinien ponownie poddać ocenie daną ofertę, gdyż złożonymi wyjaśnieniami wykonawca jest związany na równi ze złożoną ofertą. Uzyskanie takich wyjaśnień jest niezbędne również z tego powodu, iż w przypadku odrzucenia oferty ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek wskazanych w odrzuceniu spoczywa na zamawiającym (art. 190 ust. 1 Pzp).

Tylko jednoznaczne wykazanie niezgodności treści oferty z SIWZ wraz z jednoznacznym wykazaniem braku możliwości dokonania poprawy treści oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 uprawnia i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia takiej oferty.

W tych okolicznościach zdaniem Izby odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było przedwczesne i dokonane z naruszeniem zasady z art. 7 ust. 1 Pzp. Izba stoi na stanowisku, ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, którego skutkiem jest wywodzenie przez Zamawiającego oczekiwań nie wyartykułowanych wprost w SIWZ.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego - P. D. oraz R. S. A. sp. z o.o. Izba mając na uwadze etap czynności, jakie dotychczas miały miejsce w postępowaniu uznała, iż zarzuty w tym zakresie należy uznać za przedwczesne, gdyż Zamawiający nie zakończył oceny oferty Przystępującego, ani oferty R., drugiej w kolejności, co zostało podkreślone na rozprawie zarówno przez Zamawiającego oraz Przystępującego. Ponieważ w postępowaniu Zamawiający zastosował „procedurę odwróconą”, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy, oznaczało to, iż najpierw dokonywał oceny ofert, a następnie badał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Czynność oceny ofert należy oddzielić od badania, które może być prowadzone pod różnym

kątem, a jego efektem zasadniczo jest stwierdzenie, czy oferta nie podlega odrzuceniu, co znajduje wyraz w oddzielnej czynności, tj. odrzuceniu oferty. Czynność oceny ofert sprowadza się natomiast do ich oceny pod kątem ustalonych kryteriów oceny, na co wskazuje określenie „oferta najwyższej oceniona”. Przy procedurze odwróconej wstępna ocena ofert ma prowadzić do wskazania oferty, którą następnie zamawiający szczegółowo analizuje z uwzględnieniem weryfikacji podmiotowej danego wykonawcy. Efektem procedur odwróconej jest wskazanie oferty najkorzystniejszej bez konieczności podejmowania czynności wobec pozostałych ofert, chyba że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostanie skutecznie podważona. Wówczas bowiem zamawiający przystępuje do weryfikacji kolejnej oferty, wstępnie najwyższej ocenionej.

W związku więc z tym, iż czynności Zamawiającego nie zostały jeszcze ostatecznie

zakończony, Izba nie zajęła stanowiska co do przyszłych czynności Zamawiającego, jakie mogą dopiero być podjęte w procedurze odwróconej.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba uznała, iż brak było faktycznych i prawnych podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i tym samym odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wobec powyższego uznać należy, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności zarzutów Odwołującego dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: