

Sygn. akt: KIO 2848/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę „Kanzeon Wrocławski Catering” sp. z o. o., Al. A. Brucknera 10, 51-410 Wrocław,

w postępowaniu prowadzonym przez: Gminę Wrocław - Szkołę Podstawową nr 29 im. Konstytucji 3 Maja, ul. Kraińskiego 1, 50-153 Wrocław,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 995 zł 32 gr (słownie: dziewięćset dziewięćdziesiąt pięć złotych trzydzieści dwa grosze) tytułem dojazdu zamawiającego na rozprawę,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 595 zł 32 gr (słownie: cztery tysiące pięćset dziewięćdziesiąt pięć złotych trzydzieści dwa grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2848/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Wrocław - Szkoła Podstawowa nr 29 im. Konstytucji 3 Maja, ul. Kraińskiego 1, 50-153 Wrocław, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi restauracyjne na rzecz uczniów Zespołu Szkolno - Przedszkolnego nr 26 we Wrocławiu”, numer referencyjny: ZSP 26/5/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.07.2024 r., nr 2024/BZP 00401140.

W dniu 09.08.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy „Kanzeon Wrocławski Catering” sp. z o. o., Al. A. Brucknera 10, 51-410 Wrocław (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia w zakresie treści oferty oraz poprawienia w jego ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a w konsekwencji nieprzyznanie tej ofercie punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym aplikacji internetowej posiadającej funkcjonalności wskazane w projekcie umowy oraz wybór oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej, mimo iż Odwołujący dysponuje aplikacją internetową posiadającą funkcjonalności wskazane w projekcie umowy, a co za tym idzie oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w ustanowionych w postępowaniu kryteriach oceny ofert.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„2) Pierwotnie w ramach pkt 14. 1 lit. b) SWZ Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert dotyczące dysponowania aplikacją internetową posiadającą funkcjonalności wskazane w projekcie umowy. Ocena kryterium odbywała się na podstawie oświadczenia wykonawców. Waga kryterium wynosiła 30 punktów:

b) kryterium jakościowe (A): aplikacja internetowa, posiadająca funkcjonalności wskazane w Projekcie umowy — waga kryterium 30.

Ocena kryterium - na podstawie oświadczenia Wykonawcy.

Oferta uzyska punktu zgodnie ze schematem:

Wykonawca posiada aplikacje - 30 punktów

Wykonawca nie posiada aplikacji - 0 punktów.

3) Następnie — w ramach zmiany SWZ z dnia 8.07.2024 r. — Zamawiający dokonał modyfikacji przedmiotowego kryterium poprzez wskazanie, że warunkiem otrzymania punktów jest wskazanie w formularzu ofertowym funkcjonalności opisanych w projekcie umowy oraz przekazanie danych niezbędnych do logowania do aplikacji celem przetestowania funkcjonalności. Ponadto Zamawiający zastrzegł, iż oferta wykonawcy otrzyma 0 pkt, jeśli nie posiada aplikacji lub aplikacja nie posiada wskazanych funkcjonalności. Waga kryterium nadal wynosiła 30 punktów:

3. W treści SWZ - wykreśla się treść pkt 14.1 lit b) i nadaje mu nowe brzmienie: kryterium jakościowe (A):

b) „aplikacja internetowa, posiadająca funkcjonalności wskazane w Projekcie umowy - waga kryterium 30.

Warunkiem otrzymania punktów w kryterium jest wskazanie w formularzu ofertowym - załącznik nr 1 do SWZ opisanych w § 6 punkt 1 podpunktach a) do j) funkcjonalności oraz przekazanie danych niezbędnych do logowania do aplikacji, celem przetestowania funkcjonalności.

Oferta uzyska punkty zgodnie ze schematem:

Wykonawca posiada aplikację zgodną z wskazanymi wymaganiami Zamawiającego - 30 punktów

Wykonawca nie posiada aplikacji lub aplikacja nie posiada wskazanych funkcjonalności - 0 punktów.”

(...) 5) Odwołujący w ramach formularza ofertowego - w kontekście kryterium dotyczącego aplikacji internetowej posiadającej funkcjonalności wskazane w projekcie umowy - oświadczył, iż dysponuje aplikacją internetową, przekazał dane do logowania oraz inne wymagane przez Zamawiającego informacje odnoszące się do aplikacji: (...)

6) Przy czym Odwołujący w formularzu ofertowym omyłkowo podał hasło „Pass1234”, podczas gdy winno być podane hasło „Test1234”.

7) Zamawiający w dniu 6.08.2024 r. poinformował o wynikach postępowania. Jako najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę wykonawcy Horyzonty Smaku S.c. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż ofercie Odwołującego przyznano 0 pkt w kryterium oceny ofert dotyczącym aplikacji internetowej posiadającej funkcjonalności wskazane w projekcie umowy. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że aplikacja testowa nie potwierdziła wymaganych funkcjonalności, jako że login i hasło z formularza ofertowego nie umożliwiło zalogowania się do strony testowej. Wskazał, że 4-krotnie podejmował próbę zalogowania się do aplikacji internetowej Odwołującego: (...)

1) Na wstępie wskazać należy, iż Odwołujący posiada oraz posiadał w terminie składania ofert aplikację internetową legitymującą się funkcjonalnościami wskazanymi w projekcie umowy. Jest to aplikacja, którą Odwołujący wskazał w formularzu ofertowym (obiado.pl) dostępna pod adresem _ Okoliczność, iż Odwołujący posiadał aplikację w terminie składania ofert (19.07.2024 r.) znajduje potwierdzenie w korespondencji przedstawiciela Odwołującego z przedstawicielem Obiado.pl z dnia 18.07.2024 r., w której podano dedykowane dla Zamawiającego: stronę logowania, login i hasło. Zwrócić uwagę należy, iż wszystkie dane - poza hasłem, które Odwołujący omyłkowo podał w formularzu ofertowym jako „Pass1234” - pokrywają się z informacjami podanymi przez Odwołującego w tym formularzu: (...)

Jednocześnie podkreślić należy, że przedmiotowa aplikacja internetowa posiada wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności określone w § 6 pkt 1 lit. a) - j) projektu umowy, tj. ułatwia zarządzanie zamówieniami na posiłki; posiada dostęp rodzica do jadłospisu na cały miesiąc wraz z informacją o alergenach i gramaturach; uwzględnia diety i eliminacje żywieniowe; pozwala na automatyczne, comiesięczne składanie zamówień wszystkim aktywnym uczestnikom; obejmuje bezgotówkowe rozliczenie płatności; umożliwia zgłaszanie nieobecności dziecka przez rodziców; umożliwia zawarcie umowy poprzez aplikację z rodzicami/opiekunami na korzystanie przez dziecko z obiadów w stołówce wraz z obowiązującymi przepisami RODO; umożliwia generowanie zestawień płatności z uwzględnieniem sald końcowych w przypadku rozwiązania umowy przez rodzica; umożliwia generowanie zestawień płatności z uwzględnieniem sald końcowych w przypadku rozwiązania umowy przez rodzica; zachodzi brak zerowań sald rozliczeniowych wszystkich jeżdżących dzieci przez księgowość szkolną na koniec roku szkolnego (brak zwrotnych przelewów wynikających z nadpłat powstałych przez odwołania posiłków w czerwcu) - odliczenia przechodzą automatycznie na poczet zamówienia we wrześniu, zmniejszając rodzicowi kwotę do zapłaty we wrześniu.

2) Natomiast Zamawiający w toku postępowania - mimo, iż 4-krotnie podejmował próbę zalogowania się do aplikacji internetowej Odwołującego - zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. (...)

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy należy wskazać, że w ramach wyjaśnień nie doszłoby do negocjacji treści oferty, jako że wszelkie informacje o aplikacji internetowej, a w tym hasło — od początku objęte było treścią tej oferty. Jednocześnie nie doszłoby do wytworzenia przez Odwołującego nowych informacji, nieistniejących w terminie składania ofert (19.07.2024 r.), jako że hasłem do aplikacji internetowej Odwołujący dysponował już w dniu 18.07.2024 r. - co znajduje potwierdzenie w korespondencji stanowiącej załącznik nr 1 do odwołania. (...)

Zatem gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp - uzyskałby informacje, iż omyłkowo podał on w ofercie hasło „Pass1234”, podczas gdy winno być podane hasło „Test1234”. Na tej podstawie Zamawiający dysponowałby informacjami do poprawienia w ofercie Odwołującego ww. omyłki na podstawie

art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz potwierdziłby, że aplikacja Odwołującego posiada wymagane funkcjonalności. Jednocześnie ponownie podkreślić należy, iż w ramach wyjaśnień nie doszłoby do negocjacji treści oferty, jako że wszelkie informacje o aplikacji internetowej, a w tym hasło - od początku objęte było treścią tej oferty. (...)

Przede wszystkim w ramach poprawienia nie doszłoby do wprowadzenia do treści oferty Odwołującego jakiegokolwiek nowego elementu. Jak już wspomniano informacja, iż Odwołujący dysponuje aplikacją internetową posiadającą funkcjonalności wskazane w projekcie umowy, jak również dane identyfikujące tę aplikację oraz dane do logowania - a w tym hasło do logowania - od początku były objęte treścią oferty Odwołującego. W ramach poprawienia omyłki doszłoby zatem jedynie do zmiany w zakresie objętego ofertą Odwołującego hasła do logowania poprzez zastąpienie w tym hasle niektórych omyłkowo podanych znaków. Nie doszłoby do zmiany oświadczenia woli Odwołującego, jako że jego wolą od początku było zaoferowanie Zamawiającemu możliwości korzystania z aplikacji internetowej posiadającej funkcjonalności opisane w projekcie umowy. Jednocześnie poprawienie nie miałoby jakiegokolwiek wpływu na cenę Odwołującego. (...)

Odwołujący zaoferował Zamawiającemu świadczenie odpowiadające warunkom zamówienia, zaś ocena tej oferty została dokonana w sposób nieprawidłowy. Obowiązkiem Zamawiającego - w sytuacji, gdy nie mógł zalogować się do aplikacji internetowej - było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Uzyskałby on wówczas informacje umożliwiające poprawienie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp popełnionej przez Odwołującego omyłki w formularzu ofertowym. W takiej sytuacji oferta Odwołującego uzyskałaby maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium oraz zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, poprawienia w jego ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia poprzez zastąpienie zwrotu „Pass1234” zwrotem „Test1234” oraz przyznania ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym aplikacji internetowej posiadającej funkcjonalności wskazane w projekcie umowy,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 21.08.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie zaś – o oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są usługi restauracyjne dla nowopowstającej placówki oświatowej ZSP 26 we Wrocławiu.

W rozdziale 14 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

- a) cena (C) - waga kryterium - 60,
- b) kryterium jakościowe (A): aplikacja internetowa, posiadająca funkcjonalności wskazane w Projekcie umowy - waga kryterium 30,
- c) kryterium jakościowe (S) - Certyfikat „Stołówka z Certyfikatem Zdrowego i Racjonalnego Żywienia” - waga kryterium – 5,
- d) kryterium społeczne (O) - zatrudnienie osoby z niepełnosprawnościami - waga kryterium – 5.

W wyniku modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) z dnia 08.07.2024 r. Zamawiający w następujący sposób określił sposób oceny ofert w kryterium jakościowym A:

- b) „aplikacja internetowa, posiadająca funkcjonalności wskazane w Projekcie umowy – waga kryterium 30.

Warunkiem otrzymania punktów w kryterium jest wskazanie w formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SWZ opisanych w § 6 punkt 1., podpunktach a) do j) funkcjonalności oraz przekazanie danych niezbędnych do logowania do aplikacji, celem przetestowania funkcjonalności.

Oferta uzyska punktu zgodnie ze schematem:

Wykonawca posiada aplikację zgodną z wskazanymi wymaganiami Zamawiającego – 30 punktów,

Wykonawca nie posiada aplikacji lub aplikacja nie posiada wskazanych funkcjonalności – 0 punktów."

Dodatkowo Zamawiający dokonał zmiany w pkt 1 wzoru Formularza ofertowego, któremu nadał następującą treść:

„1. Oświadczam, że dysponuję / nie dysponuję (wykasować niepotrzebne) aplikacją internetową, umożliwiającą automatyzację procesu rozliczania posiłków. Nazwa aplikacji:..... Posiadającą poniżej wskazane funkcjonalności (wymienić wszystkie funkcjonalności aplikacji):

.....
.....

Link do strony testowej aplikacji

Login:

Hasło:

Instrukcja użytkowania (instrukcję można wkleić do formularza lub dodać jako załącznik do oferty lub wskazać link do instrukcji online)"

Odwołujący złożył ofertę, w której oświadczył, że dysponuje aplikacją internetową, umożliwiającą automatyzację procesu rozliczania posiłków, wymienił funkcjonalności tej aplikacji, podał link do strony testowej aplikacji, podał login, jak też podał hasło: Pass1234.

Pismem z dnia 06.08.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Horyzonty Smaku s.c., która otrzymała 95,11 pkt. Oferta Odwołującego otrzymała 70 pkt, w tym 0 pkt w kryterium jakościowym (A), ponieważ:

*„*Zaproponowana w formularzu cenowym aplikacja testowa nie potwierdziła wymaganych funkcjonalności, bowiem login i hasło wskazane w ofercie nie umożliwiło zalogowanie się do wskazanej strony testowej. Zamawiający czterokrotnie podejmował próby logowania. Wszystkie próby okazały się nieskuteczne – jak poniżej: (...)”*

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący wniósł odwołanie nie na czynność wyboru oferty, ale na zaniechanie wezwania go do wyjaśnień i poprawienia tzw. innej omyłki, przy czym Zamawiający dalej wywodził, że skoro otwarcie ofert nastąpiło w dniu 19.07.2024 r., a wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień powinno nastąpić niezwłocznie, to następnego dnia po otwarciu ofert, tj. 20.07.2024 r. Odwołujący mógł powziąć wiadomość o tym, że nie został wezwany do złożenia wyjaśnień. Tym samym w świetle art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp (prawdopodobnie omyłka - powinien być pkt 2) odwołanie powinno zostać wniesione w terminie biegnącym od 20.07.2024 r., zatem wniesienie go dopiero w dniu 09.08.2024 r. oznacza zdaniem Zamawiającego, że jest ono spóźnione.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione nie tylko na zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i poprawienia tzw. innej omyłki, ale też na wybór najkorzystniejszej oferty, o czym świadczy fakt powołania się przez Odwołującego na art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, opis zarzutu w petitum odwołania („*przez wybór oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej*”), żądanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz treść uzasadnienia odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień aż do momentu dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że dopiero po otrzymaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i informacji o powodach nieotrzymania punktów w kryterium jakościowym (A) Odwołujący mógł powziąć wiadomość o podstawach do wniesienia odwołania. Wiadomość tę powziął w dniu 06.08.2024 r., zatem odwołanie zostało wniesione w terminie i nie ma podstaw do jego odrzucenia w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Przechodząc do zarzutów zawartych w odwołaniu, należy przede wszystkim wskazać, że zgodnie z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z treścią rozdziału 14 SWZ warunkiem otrzymania punktów w kryterium jakościowym (A) było m.in. przekazanie danych niezbędnych do logowania do aplikacji, celem przetestowania funkcjonalności. Zamawiający czterokrotnie podejmował próby zalogowania się do aplikacji. Sam fakt, że próby te skończyły się niepowodzeniem nie świadczy jednak o tym, że Zamawiający powinien powziąć w sprawie wątpliwości, w szczególności zaś wątpliwości w zakresie podanego hasła potrzebnego do logowania. Jak słusznie

wskazał Zamawiający, ukazujący się komunikat o „nieprawidłowych danych” mógł dotyczyć zarówno adresu strony, jak i loginu lub hasła lub być wynikiem innych okoliczności np. niewykupienia licencji testowej przez Odwołującego. Nie było więc podstaw do przyjęcia, że źródłem problemu jest akurat hasło, zwłaszcza że znaki podane w tym hasle nie odbiegały od standardowych i nie nasuwały żadnych wątpliwości. Okoliczności sprawy nie obligowały zatem Zamawiającego do zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie podanego w ofercie hasła.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że tzw. „inna omyłka”, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi polegać na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia i nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Ten sam zakaz, tj. zakaz zmiany oferty, został wyraźnie wskazany także w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że podanie przez Odwołującego określonego (błédnego) hasła nie stanowi niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, bo żadne postanowienie SWZ czy załączników do niej nie wskazuje, jakie ma być prawidłowe hasło. Nie zachodzi zatem już pierwsza z przesłanek koniecznych do uznania, że doszło do tzw. „innej omyłki”.

Po drugie, w niniejszej sprawie podanie przez Odwołującego w ofercie błédnego hasła spowodowało, że Zamawiający nie mógł ocenić funkcjonalności aplikacji internetowej i przyznać za nią punktów w kryterium jakościowym (A). Obecnie Odwołujący podał nowe (prawidłowe) hasło i oczekuje, że Zamawiający logując się na nie powtórzy czynność oceny ofert i przyzna jego ofercie punkty w ww. kryterium. Należy jednak zauważyć, że w takich okolicznościach sprawy nie ma gwarancji, że w czasie pomiędzy złożeniem oferty a ewentualnym powtórzeniem przez Zamawiającego oceny tej oferty w ww. kryterium dzięki zalogowaniu się na nowe hasło, w aplikacji nie mogły zostać dokonane zmiany dostosowujące jej funkcjonalności do wymogów Zamawiającego. Innymi słowy: nie ma gwarancji, że funkcjonalności dostępne w aplikacji obecnie, gdy jest już możliwe zalogowanie się z wykorzystaniem właściwego hasła, będą tymi samymi, które istniały w aplikacji w dniu składania ofert. Zatem ewentualne ponowne zalogowanie się do aplikacji z wykorzystaniem nowego hasła i dokonanie oceny jej funkcjonalności na obecnym etapie postępowania mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której oceniane byłoby inne funkcjonalności niż istniejące w dniu składania ofert. Taka potencjalna sytuacja byłaby oczywiście niedopuszczalna zarówno w świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jak i w świetle art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ oznaczałaby w istocie zmianę oferty, a biorąc pod uwagę że rzecz dotyczy oceny oferty w ramach jednego z kryterium oceny ofert – oznaczałaby nawet istotną zmianę treści oferty.

W konsekwencji nie zachodzi podstawa do zastosowania w tej sprawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie tylko z powodu wskazanego wyżej braku podstaw do powzięcia wątpliwości co do podanego w ofercie hasła i braku niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, ale także z powodu konsekwencji, jakie wiązałyby się z wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień i uznaniem podania przez niego błédnego hasła za tzw. „inną omyłkę”. Bez względu bowiem na to, w jaki sposób Zamawiający sformułowałby wezwanie do złożenia wyjaśnień (nawet ogólnie: „dlaczego aplikacja nie działa?”) odpowiedź musiałaby się sprowadzać do podania tym razem prawidłowego hasła, a następnie Odwołujący oczekiwałby uznania pierwotnie podanego hasła za tzw. „inną omyłkę”, poprawienia tej omyłki przez zastąpienie pierwotnego hasła nowym hasłem i powtórnego zalogowania się Zamawiającego do aplikacji w celu dokonania oceny jej funkcjonalności. Taki ciąg czynności dokonanych przez Zamawiającego byłby jednak niedopuszczalny z powodu wyżej wskazanego ryzyka, że w międzyczasie mogło dojść do zmiany dostępnych w aplikacji funkcjonalności, a co za tym idzie – do istotnej zmiany oferty.

Dlatego też niemożliwe i niedopuszczalne jest w niniejszej sprawie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, uznanie pierwotnie podanego hasła za tzw. „inną omyłkę”, poprawienie tej omyłki przez zastąpienie nieprawidłowego hasła prawidłowym i dokonanie ponownego logowania w celu powtórzenia czynności oceny oferty w ramach kryterium jakościowego (A). Ryzyko istotnej zmiany oferty Odwołującego powoduje, że takie działania (poza pozostałymi wskazanymi wyżej przyczynami) byłyby niezgodne z art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przewidującym podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie. Izba stwierdziła, że złożone przez Odwołującego dowody w postaci korespondencji mailowej z przedstawicielem obiado.pl, wykazu logowań do aplikacji oraz oświadczenia spółki Mandala Ventures P.S.A. nie potwierdzają, że po złożeniu oferty w aplikacji nie były dokonywane zmiany w zakresie dostępnych w niej funkcjonalności. Tym samym przedmiotem tych dowodów nie są fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 531 ustawy Pzp).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o §

8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone na rzecz Zamawiającego składają się: 3600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz 995,32 zł tytułem kosztów związanych z dojazdem Zamawiającego na rozprawę (w tym: 612,32 zł – podróż i 383 zł – nocleg).

Przewodnicząca