Sygn. akt:KIO 3523/23

WYROK

z dnia 12 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 r. przez wykonawcę **S. Solutions Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **Omnilogy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy S. Solutions Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty tego wykonawcy;

2.Kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodnicząca:.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Komenda Główna Policji – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Rozbudowa systemów monitorujących wydajność i bezpieczeństwo systemów międzynarodowych*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 080-240395.

W dniu 24 listopada 2023 r. wykonawca S. Solutions Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 5 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść nie jest niezgodna z przepisami prawa i jest zgodna z warunkami zamówienia,

2)ewentualnie art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia na tej samej podstawie oferty wykonawcy Omnilogy, którego oferta również nie pozwala na „zidentyfikowania przedmiotu świadczenia" w pełnym zakresie, a mimo to została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

–unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

–na wypadek uwzględnienia przez Izbę zarzutu ewentualnego: dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Omnilogy i w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że 25 lipca 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Omnilogy oraz w odrębnym piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując na następującą podstawę faktyczną tej czynności fakt niezamieszczenia w formularzu ofertowym „nazwy (wersji) oferowanych licencji", zaś jako podstawę prawną – przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Na czynność tą odwołanie wniósł Odwołujący, kwestionując stanowisko Zamawiającego oraz żądając unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz – w przypadku istnienia wątpliwości Zamawiającego co do treści oferty Odwołującego – wezwania go do złożenia stosownych wyjaśnień. Wyrokiem z 23 sierpnia br. (sygn. akt KIO 2291/23) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w całości wniesione odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty i nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonując wyrok Izby Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie, formułując swoje żądanie w następujący sposób: „Zamawiający żądał od Wykonawców podania w ofercie producenta i nazwę (wersję) oferowanych licencji. Wykonawca w formularzu ofertowym wpisał w stosownej rubryce Dynatrace v. 1.1268. (Zamawiający w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp dokonał poprawy oczywistej omyłki pisarskiej do brzmienia Dynatrace v. 1.268). W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia czy nazwa Dynatrace 1.268 definiuje tylko i wyłącznie trzy licencje, wymagane przez Zamawiającego (zgodne z wymaganiami określonymi w SWZ/OPZ), czy także inne licencje oferowane przez producenta Dynatrace". W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wyjaśnił: „użyta przez nas w treści oferty (z uwzględnieniem zaistnienia oczywistej omyłki) na oznaczenie zaoferowanych licencji nazwa: „Dynatrace 1.268" została użyta wyłącznie do określenia produktów wymienionych przez Zamawiającego w treści SWZ/OPZ. Aby uniknąć wątpliwości pragniemy jednoznacznie potwierdzić, że użyta przez nas w ofercie nazwa Dynatrace i numer licencji 1.268 zostały użyte na określenie następujących, oczekiwanych przez Zamawiającego produktów:

Nazwa producenta	Wersja	Nazwa produktu	Ilość	Czas ważności licencji (m-ce)
Dynatrace	1.268	Dynatrace off-line Host Units	40 szt.	36
		Dynatrace DEM Units off-line- 250.00 DEM uprawniająca do wykonania 250 000, 00 zapytań na rok	1 szt.	36
		Dynatrace Log Analytics- 0,5 mln DDU	1szt.	36

Oznacza to, iż przedmiotem naszej oferty od samego początku było zaoferowanie Zamawiającemu produktów opisanych przez niego w SWZ oraz OPZ, a nie zaoferowanie jakichkolwiek produktów równoważnych. Tym samym potwierdzamy, że treść naszej oferty obejmuje produkty wyspecyfikowane w SWZ oraz OPZ przez Zamawiającego w najnowszej dostępnej w dniu składania ofert wersji, tj. 1.268".

Na podstawie tej odpowiedzi Zamawiający w dniu 14 listopada 2023 r. ponownie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powołując się na przepisy art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 5 ustawy, zaś jako podstawę faktyczną powołał okoliczności: „Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że wypełnił formularz ofertowy niezgodnie z wymaganiami SWZ, tzn. oferta nie zawiera nazwy licencji, a jedynie nazwę producenta oprogramowania oraz symbol, którym producent oznacza kolejne wersje różnych produktów. Na podstawie tych informacji nie jest możliwa jednoznaczna identyfikacja oferowanego przedmiotu zamówienia. (…). Niepodanie przez Wykonawcę informacji wymaganych w dokumentach zamówienia definiujących przedmiot zamówienia stanowi naruszenie art. 218 ust 2 ustawy Pzp – treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia".

Odwołujący podniósł, że wymaganiem dokumentów zamówienia, którego naruszenia – zdaniem Zamawiającego – dopuścił się Odwołujący, było niewskazanie nazwy oferowanej licencji, które uniemożliwiło Zamawiającemu jednoznaczne zidentyfikowanie produktów, które zaoferował Odwołujący. Potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego rzekomo miałby być podniesiony w piśmie o odrzuceniu oferty S. Solutions następujący argument: „Wykonawca nie potwierdził, że użyte w formularzu ofertowym określenie „Dynatrace 1.268" jednoznacznie definiuje oferowany produkt. Stwierdzenie Wykonawcy, że nazwa „/…/ Dynatrace 1.268" została użyta wyłącznie do określenia produktów wymienionych przez Zamawiającego w treści SWZ/OPZ" wskazuje, że Wykonawca wiedząc o tym, że producent symbolem 1.268 oznaczył wersje różnych produktów (jak wskazał powyżej Zamawiający), nie dochował staranności i nie wskazał w ofercie, które produkty z tej grupy oferuje. Nie pozwoliło to Zamawiającemu na ocenienie co dokładnie oferuje Wykonawca".

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, dokonując wezwania do złożenia wyjaśnień, sformułował wezwanie w

sposób sprzeczny z wytycznymi zawartymi w treści wyroku Izby. W treści tego wyroku KIO wyraźnie wskazała: „Tym samym skoro Odwołujący podał w formularzu ofertowym najnowszą wersję oprogramowania, to do tego oprogramowania oferuje też konkretne licencje. W tych okolicznościach wątpliwości w zakresie treści złożonej oferty mogą zatem sprowadzać się do ustalenia, czy produkt zaoferowany przez S. Solutions w formularzu ofertowym spełnia wymagania opisane w pkt 1 OPZ w tabeli w kolumnie „Nazwa". Z perspektywy Odwołującego wezwanie do wyjaśnień treści oferty, w którym pytanie Zamawiającego sprowadza się do tego, czy producent w ramach wskazanej wersji oferuje również inne produkty nie jest tym samym, co obowiązek weryfikacji, czy zaoferowany w ramach oferty Odwołującego produkt w określonej wersji spełnia wymagania Zamawiającego określone w SWZ. Treść wyroku Izby potwierdza w ocenie Odwołującego, że biorąc pod uwagę całokształt podniesionych w ramach poprzedniego odwołania argumentacji, w tym fakt wcześniejszego świadczenia identycznych usług na rzecz Zamawiającego oraz złożenie odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego, stanowiące podstawę oszacowanie przedmiotowego zamówienia z odniesieniem wprost do wskazanych przez Zamawiającego w OPZ nazw zamawianych produktów, Zamawiający miał przesłanki do uznania, że zaoferowana przez S. Solutions w ofercie nazwa i wersja oferowanych licencji jest zgodna z wymaganiami określonymi przez niego w dokumentach zamówienia. Jeśli jednak miał w tym względzie wątpliwości, to w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp miał prawo je wyjaśnić. Tymczasem Zamawiający formułując treść swojego wezwania nie szukał wcale takiego potwierdzenia. Treść jego pytania w ogóle nie odnosiła się do treści oferty Odwołującego, a do sposobu wersjonowania produktów przez producenta oprogramowania Dynatrace. Oczywistym dla Odwołującego jest to, że na postawione przez Zamawiającego pytanie, czy w ramach określonej wersji producent oferuje również inne produkty, odpowiedź Zamawiający znał jeszcze przed sformułowaniem tego pytania, gdyż nie jest to pytanie o treść oferty, tylko o strategię producenta i odpowiedź na tak postawione pytanie można znaleźć na stronie internetowej producenta. Odwołujący nie kwestionuje zresztą takiego ustalenia. Wskazuje natomiast na to, że po pierwsze obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie, czy zaoferowany przez Odwołującego w ramach wskazanej wersji produkt licencyjny spełnia warunki określone w SWZ/OPZ, a po drugie, że on sam w ramach złożonych wyjaśnień potwierdził jednoznacznie fakt zaoferowania oczekiwanych produktów (tak jak je opisał Zamawiający), a Zamawiający wyjaśnienia te przy ocenie ofert bezzasadnie pominął. W ocenie Odwołującego przesądza to o tym, że dokonując badania i oceny ofert Zamawiający nie uwzględnił wytycznych płynących z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i wbrew literalnemu brzmieniu tych wytycznych treść swojego wezwania sformułował w taki sposób, aby potwierdzić od początku przez niego forsowaną tezę o niemożności zidentyfikowania oferowanych produktów, czego skutkiem jest odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający twierdzi, że podstawą odrzucenia jest niespełnienia warunków zamówienia jest „niepodanie nazwy (wersji) licencji" oferowanego przez Odwołującego w formularzu cenowym produktu, to należy więc zastanowić się, jakiego wpisu w tym polu oczekiwałby Zamawiający, aby uznać je za spełniające wprost wymagania opisane w dokumentacji postępowania. Zgodnie z pkt 1 OPZ Zamawiający oczekuje rozbudowy posiadanego środowiska do monitoringu usług IT systemu SIS i VIS opartego na oprogramowaniu Dynatrace poprzez dostawę licencji oprogramowania wymienionych poniżej z dostępem do aktualizacji wraz ze wsparciem producenta na okres 36 miesięcy.

Nazwa	Ilość	Czas ważności licencji (-ce)
Dynatrace off-line Host Units	40 szt.	36
Dynatrace DEM Units off-line- 250.00 DEM uprawniająca do wykonania 250 000, 00 zapytań na rok	1 szt.	36
Dynatrace Log Analytics- 0,5 mln DDU	1szt.	36

W tej sytuacji wydawać by się mogło, że oczekiwaną nazwą licencji są nazwy wyspecyfikowane w kolumnie „Nazwa" powyższego zestawienia. Taką właśnie „nazwę" oferowanych licencji wpisał w swoim formularzu drugi z oferentów, czyli firma Omnilogy. Zgodnie z informacjami ze stron internetowych firmy Dynatrace, jak również cenników poszczególnych produktów firmy Dynatrace, licencje o nazwach wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w kolumnie „Nazwa" w żadnych oficjalnych dokumentach producenta nie występują, gdyż co do zasady Dynatrace nie używa „nazw licencji" w potocznym tego słowa rozumieniu. Nie da się znaleźć dokumentu producenta, w którym użyta byłaby „Nazwa" zastosowana w dokumentacji zamówienia jako nazwa poszczególnych, konkretnie wymienionych przez Zamawiającego licencji. W istocie nazwy użyte w tabeli z OPZ przez Zamawiającego stanowią kombinację wybranych (lecz nie wszystkich) parametrów usług dostępnych z gamy rozwiązań oferowanych przez narzędzia Dynatrace, które w tej konkretnej konfiguracji nazwy nie funkcjonują w nomenklaturze producenta. Dynatrace swoje produkty licencjonuje w

modelu subskrypcyjnym. Oznacza to, że uprawnienie do korzystania z poszczególnych narzędzi do monitorowania można zakupić na określony czas, w oparciu o różne modele dostępu i zasady „zużywania się" tych uprawnień do zakupionych produktów i usług. Upraszczając można stwierdzić, że większość dostępnych produktów Dynatrace można sparametryzować, dobierając odpowiednie parametry i jednostki rozliczeń oraz długość okresu dostępności poszczególnych produktów. W ocenie Odwołującego „Nazwy" zastosowane przez Zamawiającego w tabeli, które mogły wydawać się nazwami własnymi konkretnych produktów licencyjnych, w rzeczywistości stanowią zlepek niektórych parametrów zamawianych usług w zakresie monitorowania i analizy posiadanej przez klienta infrastruktury, albo też nazwy te w ogóle nie występują w nomenklaturze producenta. Co więcej „Nazwy" użyte przez Zamawiającego (z uwagi na to, że nie są nazwami konkretnych produktów licencyjnych) również nie pozwalają na pełną identyfikację produktu, co stanowi główny zarzut Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego. Dla przykładu w zakresie drugiej użytej nazwy – o ile poprawnie odniesiono się do nazwy rodzaju licencji, to już nawet z formatu użytej nazwy wyraźnie widać, że stwierdzenie „uprawniająca do wykonania 250 000 zapytań na rok" w żaden sposób nie może być traktowane jako nazwa własna konkretnego produktu licencyjnego używanego w nomenklaturze producenta, a jest dopiskiem Zamawiającego dookreślającym zakres zamawianej w ten sposób usługi. W odniesieniu do nazwy trzeciej licencji wymienionej w tabeli Odwołujący wskazał, że produkt o nazwie Dynatrace Log Analytics off-line w ogóle nie istnieje aktualnie (i w momencie rozpoczęcia postępowania nie istniał też ani w oficjalnych cennikach producenta, ani też w informacjach dostępnych na stronie internetowej). Narzędzie firmy Dynatrace używane między innymi do analizowania logów dostępne w ofercie producenta nowi nazwę Davis Data Units i nie da się w żaden sposób zaoferować licencji, która nosiłaby nazwę Log Analytics off-line.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający używając „Nazw" jego zdaniem licencji, w rzeczywistości nie określił nazw konkretnych i możliwych jednoznacznie do zidentyfikowania licencji, które chce kupić. Jeśli bowiem wziąć pod uwagę, że zastosowane przez niego nazwy licencji dopuszczały możliwość zaoferowania pod tą nazwą różnych produktów określonej jedynie kategorii, to czynienie zarzutu Odwołującemu, że z treści jego oferty również nie da się wyczytać, jaka jedna konkretna licencja została zaoferowana wydaje się być wyraźnym nadużyciem. Tym bardziej że – jak podnosił Odwołujący już w poprzednim odwołaniu – z literalnego sformułowania „nazwa (wersja) licencji" nie sposób wyciągnąć wniosku, aby taka informacja mogła w ogóle w pełni zidentyfikować wszystkie parametry oferowanego produktu, a co za tym idzie potwierdzić również, czy oferowany produkt jest zgodny z wymaganiami. Już choćby wskazując na brak w tym wymogu wskazania ilości licencji albo czasu ich obowiązywania, nie da się ustalić, czy oferowany produkt jest, czy nie jest zgodny z SWZ/OPZ. Oznacza to, że nie da się obronić tezy, że poprzez wskazanie nazwy (wersji) licencji Zamawiający miał prawo oczekiwać tak skonkretyzowanej informacji, która umożliwiłaby mu na podstawie literalnej wykładni tego postanowienia weryfikację spełnienia wymagań postawionych w dokumentacji postępowania. Kwestia ta zresztą ostatecznie została już wyraźnie rozstrzygnięta w treści wyroku Izby w sprawie pierwszego odwołania, gdzie wyraźnie wskazano: „Jak słusznie podniósł S. Solutions w odwołaniu z postanowień SWZ trudno jednoznacznie wywieść, że Zamawiający sformułował wymóg skonkretyzowania oferty poprzez określenie zindywidualizowanych informacji w zakresie oferowanych produktów, które pozwoliłyby na jego pełną identyfikację". Jeśli tak, to wskazywanie po raz kolejny jako na przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego niepodanie nazwy (wersji) licencji, której brak uniemożliwia dokonanie jednoznacznej identyfikacji oferowanego przedmiotu zamówienia jest zupełnie niezrozumiałe, skoro Izba w poprzednim orzeczeniu uznała, że wymóg związany z koniecznością skonkretyzowania oferty w sposób umożliwiający zidentyfikowanie konkretnego produktu nie został przez Zamawiającego w dokumentacji sformułowany. Z drugiej strony oczywistym dla Odwołującego było to, że konstrukcja SWZ, która zakładała możliwość zaoferowania albo określonej gamy produktów, konkretnego producenta albo zaoferowania rozwiązania równoważnego ze wskazaniem „opisu oferowanych produktów, z którego jasno wynikać będzie zachowanie warunków równoważności" powodowało, że oczekiwanie wskazania „nazwy (wersji) licencji" miało za zadanie potwierdzenie Zamawiającemu, czy oferowane produkty są tymi produktami, które sam Zamawiający wyspecyfikował w OPZ, czy też produktami równoważnymi. W tym stanie rzeczy użyte przez Odwołującego oznaczenie nazwy producenta oraz wersji produktów było wystarczające, aby przyjąć, w świetle całokształtu okoliczności związanych ze złożeniem oferty przez Odwołującego, szeroko opisanych w poprzednim odwołaniu i dostrzeżonym w stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, że treść oferty Odwołującego wskazywała na to, że oferuje on gamę produktów firmy Dynatrace opisanych wprost w OPZ, a nie produkty równoważne. Te informacje zatem nie tylko przesądzały o zaoferowaniu zestawu subskrypcji opisanych w OPZ, ale i nie pozostawały w sprzeczności z dokumentami zamówienia w zakresie poziomu informacyjnego, jaki był wymagany od oferentów. Jeśli dodatkowo przyjąć, że Zamawiający zobowiązany był do dokonania wykładni jej treści z uwzględnieniem treści przepisu art. 65 § 1 Kc, to nie miał podstaw do uznania, że w jakimkolwiek miejscu treść oferty S. Solutions jest niezgodna z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, jeśli nawet Zamawiający mógł mieć jakieś wątpliwości, to również w tym zakresie

poprzedni wyrok Izby, nakazujący Zamawiającemu dokonanie wezwania do złożenia wyjaśnień przesądził o tym, że swoje wątpliwości Zamawiający mógł rozwiać żądając potwierdzenia, że ten zestaw produktów, wymagany przez niego zostanie dostarczony. Pomimo tego, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej kwestii. Zamiast tego zadał pytanie dotyczące tego, czy pod numerem wersji wskazanym przez Wykonawcę producent oferuje również inne produkty. Z udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi potwierdzającej de facto taki stan rzeczy Zamawiający wyciągnął wniosek, że w tej sytuacji oferta podlega odrzuceniu z uwagi na brak jednoznacznego wskazania, jakie produkty zostały zaoferowane. A przecież z logicznego punktu widzenia udzielona przez Odwołującego odpowiedź (jeśli by ją ograniczyć wyłącznie do tak postawionego pytania), co prawda nie daje Zamawiającemu gwarancji, że zostały zaoferowane właściwe produkty, ale przecież też takiej sytuacji nie wyklucza. Dlatego właśnie Odwołujący, formułując swoją odpowiedź jednoznacznie potwierdził, że jego intencją było zaoferowanie właśnie tych, wymaganych w pkt 1 OPZ produktów. Tymczasem tę część złożonych wyjaśnień Zamawiający zupełnie pominął.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z wyrokiem Izby: „KGP zamiast wyjaśnić treść oferty złożonej przez wykonawcę S. Solutions, która budziła jego wątpliwość, poczynił własne, subiektywne założenia, bez pozyskania od Odwołującego faktycznej wiedzy co uwzględniono w jego ofercie". A zatem obowiązkiem Zamawiającego w świetle przywołanego stanowiska Izby było ustalenie nie tego, czy użyta wersja produktów obejmuje szerszą gamę produktów niż wymagana przez Zamawiającego, bo odpowiedź na to pytanie nie przesądza jednoznacznie kwestii, czy zaoferowane zostały w ramach oferty te produkty, których oczekiwał Zamawiający. Zamawiający powinien oczekiwać potwierdzenia (lub zaprzeczenia), że w ramach oznaczenia wskazanego w ofercie wykonawca zobowiązał się dostarczyć właśnie te wymagane produkty. Mimo że o to wprost nie zapytał, to i tak wiedzę taką z treści otrzymanej odpowiedzi uzyskał. W tej sytuacji nie może być mowy o niezgodności treści oferty z treścią dokumentów zamówienia. Aby bowiem taką niezgodność w tym przypadku wykazać, Zamawiający powinien umieć przedstawić dowód na potwierdzenie tego, że wskazana przez wykonawcę nazwa producenta i numer wersji wyklucza możliwość zaoferowania produktów wymaganych przez Zamawiającego. Z całą pewnością z udzielonych wyjaśnień takiego wniosku nie da się żadną miarą wyciągnąć. Wręcz przeciwnie – Odwołujący wprost potwierdził, że zaoferował produkty, których oczekiwał Zamawiający (dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości posługując się nomenklaturą wskazaną w OPZ, mimo wątpliwości natury merytorycznej do uznania jej za właściwe nazwy oferowanych licencji.

Odwołujący wniósł o dołączenie akt sprawy o sygn. akt KIO 2291/23 do akt niniejszego postępowania i uwzględnienie argumentacji podniesionej w ramach poprzedniego postępowania odwoławczego, jako zbieżnej z argumentacją podniesioną w tym postępowaniu.

Odwołujący zaznaczył, że w informacji o odrzuceniu jego oferty Zamawiający wskazał dodatkowo jeszcze jedną podstawę prawną dokonanej decyzji, tj. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (niezgodność z przepisami ustawy). Zdaniem Odwołującego spełnienie tej przesłanki nie tylko nie zostało w treści stanowiska Zamawiającego szczegółowo omówione, ale wręcz pominięte w taki sposób, że trudno wejść w polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego w tej kwestii. Dlatego też Odwołujący w tym zakresie nie jest w stanie przedstawić żadnej konkretnej argumentacji, a jedynie wskazuje, że kwestionowanie decyzji Zamawiającego jest pochodną informacji, jaką zawrze on w informacji o odrzuceniu oferty i to zakres informacyjny tam określony jest podstawą rozpoznania postawionych zarzutów. Skoro z treści uzasadnienia nie da się jednoznacznie określić, o jakie inne przepisy ustawy chodzi, to trudno oczekiwać, aby Odwołujący miał szansę skutecznie zakwestionować stanowisko Zamawiającego. Tym niemniej, na wypadek, gdyby tym przepisem, na którego naruszenie powołuje się Zamawiający miał być użyty w ramach argumentacji Zamawiającego dotyczącej niezgodności treści oferty z treści dokumentów zamówienia przepis art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że jego treść koresponduje wprost z przesłanką odrzucenia określoną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Skutkiem tego jest więc uznanie, że ewentualne uwzględnienie argumentacji podnoszonej przez Odwołującego powyżej, konsumuje również i zarzut oparty na przesłance określonej w przepisie art. 218 ust. 2 ustawy Pzp i uwzględnienie zarzutu pierwszego skutkuje automatycznym uwzględnieniem i tego zarzutu (o ile intencją Zamawiającego było takie, a nie inne uzasadnienie tej podstawy prawnej).

W zakresie zarzutu ewentualnego, na wypadek uznania, że brak możliwości jednoznacznego zidentyfikowania zaoferowanego produktu, która została wskazana jako faktyczna przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego może w ramach tego postępowania skutkować koniecznością odrzucenia oferty, Odwołujący podniósł, że sytuacja ta nie dotyczy wyłącznie oferty Odwołującego, ale również oferty wybranego wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że choćby ze względów omówionych w odniesieniu do niewłaściwego nazewnictwa produktów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w pkt 1 OPZ, które to nazwy nie są nazwami konkretnych licencji stosowanych przez producenta (a które w ślad za treścią OPZ wykorzystała firma Omnilogy w swoim formularzu cenowym), nie da się uznać, że nazwy wskazane w jego ofercie w pełni identyfikują konkretne produkty i możliwe jest dokonanie ich weryfikacji na zgodność z

dokumentami zamówienia. Przesądzające jest w tym względzie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w uzasadnieniu wyroku zauważyła: „Niezależnie od powyższego wymaga podkreślenia, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy wykonawca Omnilogy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu – tak samo jak Odwołujący – nie podał wszystkich danych, o których mowa w formularzu ofertowym (sekcja „Dodatkowe pozycje formularza ofertowego, pozycja 2), gdyż ograniczył się wyłącznie do przekopiowania opisu licencji zawartego w pkt 1 OPZ w tabeli w kolumnie „Nazwa" bez podania informacji odnośnie wersji oferowanych licencji. Tym samym zasadnie podniósł S. Solutions w odwołaniu, że wobec niewskazania w treści oferty Omnilogy powyższych informacji Zamawiający również nie może mieć pewności, czy przedmiot zamówienia zaoferowany przez tego wykonawcę będzie spełniał wymagania postawione przez KGP w dokumentach zamówienia. Mając na uwadze argumentację przedstawioną w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego należy zauważyć, że Zamawiający w porównywalnych okolicznościach faktycznych dokonał całkowicie odmiennej oceny ofert złożonych w niniejszym Postępowaniu, co niewątpliwie godzi w jedną z podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia tj. zasadę równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego w ocenie Izby wyjaśnieniom na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp powinna podlegać zarówno treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również oferty wykonawcy Omnilogy".

Odwołujący stwierdził, że według jego wiedzy Zamawiający nie wykonał wyroku Izby w zakresie wezwania wykonawcy Omnilogy do wyjaśnień. Na wniosek Odwołującego Zamawiający udostępnił mu po dokonaniu powtórnej oceny ofert dokumentację postępowania w odniesieniu do okresu od czasu wydania wyroku Izby do dnia ponownego wyboru oferty Omnilogy i z otrzymanych dokumentów wynika jedynie, że jedynym wnioskiem, z jakim Zamawiający zwracał się do Omnilogy, był wniosek o wyrażenie zgody na zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą. A zatem Zmawiający – wbrew wyraźnemu zaleceniu Izby – wezwał do złożenia wyjaśnień wyłącznie Odwołującego, mimo że jak wskazała Izba, sytuacja obu wykonawców w zasadzie była identyczna.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Omnilogy Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji oprogramowania wymienionych poniżej z dostępem do aktualizacji wraz ze wsparciem producenta na okres 36 miesięcy.

Nazwa	Ilość	Czas ważności licencji (m-ce)
Dynatrace off-line Host Units	40 szt.	36
Dynatrace DEM Units off-line - 250.000 DEM uprawniająca do wykonania 250 000,00 zapytań na rok	1 szt.	36
Dynatrace Log Analytics off-line – 0,5 mln DDU	1 szt.	36

Odwołujący podał w Formularzu ofertowym następującą informację:

Dodatkowe pozycje formularza ofertowego				
Lp.	Nazwa	Waga	Jednostka	Wartość
1.	Producent i nazwa (wersja) oferowanych licencji	-	-	Dynatrace v. 1.1268

Pismem z 25 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, z uwagi na to, że oferta nie zawiera treści jednoznacznie identyfikujących oferowany przedmiot zamówienia. Wyrokiem z 23 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2291/23) Izba uwzględniła odwołanie wobec tej czynności i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności

odrzucenia oferty złożonej przez S. Solutions oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy do wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonując powyższy wyrok Izby Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia do wyjaśnienia, czy nazwa Dynatrace 1.268 definiuje tylko i wyłącznie trzy licencje, wymagane przez Zamawiającego (zgodne z wymaganiami określonymi w SWZ/OPZ), czy także inne licencje oferowane przez producenta Dynatrace.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił:

(…) użyta przez nas w treści oferty (z uwzględnieniem zaistnienia oczywistej omyłki) na oznaczenie zaoferowanych licencji nazwa: „Dynatrace 1.268" została użyta wyłącznie do określenia produktów wymienionych przez Zamawiającego w treści SWZ/OPZ.

Aby uniknąć wątpliwości pragniemy jednoznacznie potwierdzić, że zastosowana przez nas w ofercie nazwa Dynatrace i numer licencji 1.268 zostały użyte na określenie następujących, oczekiwanych przez Zamawiającego produktów:

Nazwa producenta	*Wersja*	*Nazwa produktu*	*Ilość*	*Czas ważności licencji (m-ce)*
Dynatrace	*1.268*	*Dynatrace off-line Host Units*	*40 szt.*	*36*
		Dynatrace DEM Units off-line- 250.00 DEM uprawniająca do wykonania 250 000,00 zapytań na rok	*1 szt.*	*36*
		Dynatrace Log Analytics- 0,5 mln DDU	*1 szt.*	*36*

Oznacza to, iż przedmiotem naszej oferty od samego początku było zaoferowanie Zamawiającemu produktów opisanych przez niego w SWZ oraz OPZ, a nie zaoferowanie jakichkolwiek produktów równoważnych. Tym samym potwierdzamy, że treść naszej oferty obejmuje produkty wyspecyfikowane w SWZ oraz OPZ przez Zamawiającego w najnowszej dostępnej w dniu składania ofert wersji, tj. 1.268.

Pismem z 14 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 Pzp ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał:

(…) Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że wypełnił formularz ofertowy niezgodnie z wymaganiami SWZ, tzn. oferta nie zawiera nazwy licencji, a jedynie nazwę producenta oprogramowania oraz symbol, którym producent oznacza kolejne wersje różnych produktów. Na podstawie tych informacji nie jest możliwa jednoznaczna identyfikacja oferowanego przedmiotu zamówienia. Wprawdzie ustawa Pzp nie precyzuje pojęcia oferty, natomiast zgodnie z art. 66 § 1 ustawy Kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie ustawy Pzp przyjęło się, że poprzez treść oferty należy rozumieć zobowiązanie wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości oraz innych warunków i elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezdefiniowanie pierwotnie przez Wykonawcę w ofercie przedmiotu zamówienia powoduje, że w niniejszym przypadku mamy do czynienie z brakiem treści oferty, a oferta bez treści jest niezgodna z ustawą Pzp.

Niepodanie przez Wykonawcę informacji wymaganych w dokumentach zamówienia definiujących przedmiot zamówienia stanowi naruszenie art. 218 ust 2 ustawy Pzp – treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Wykonawca nie potwierdził, że użyte w formularzu ofertowym określenie „Dynatrace 1.268" jednoznacznie definiuje oferowany produkt. Stwierdzenie Wykonawcy, że nazwa „/…/ Dynatrace 1.268" została użyta wyłącznie do określenia produktów wymienionych przez Zamawiającego w treści SWZ/OPZ" wskazuje, że Wykonawca wiedząc o tym, że producent symbolem 1.268 oznaczył wersje różnych produktów (jak wskazał powyżej Zamawiający), nie dochował staranności i nie wskazał w ofercie, które produkty z tej grupy oferuje. Nie pozwoliło to Zamawiającemu na ocenienie co dokładnie oferuje Wykonawca.

Brak w ofercie informacji umożliwiającej jednoznaczną identyfikację oferowanego produktu uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie badania i oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi w OPZ.

Nieskonkretyzowanie przedmiotu oferty daje dużą dowolność wykonawcy na etapie realizacji umowy i w efekcie może prowadzić do dostarczenia produktu niezgodnego z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie zgodnego z treścią oferty wykonawcy.

(…) Dlatego wymaganiem stawianym przez Zamawiającego było podanie przez Wykonawcę w formularzu ofertowym nazwy producenta oprogramowania i nazwy oferowanych licencji. (…)

Informacje stanowiące istotną treść oferty po upływie terminu składania ofert nie mogą ulec zmianie. Zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. W zdaniu pierwszym tego przepisu wskazano z kolei, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Mając na względzie obowiązujące regulacje prawne należy stwierdzić, iż Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, a zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp może jedynie wzywać wykonawców do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych (które należało złożyć wraz z ofertą), o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie może jednak prowadzić do zmiany treści oferty, tj. przedmiotu oferowanego świadczenia, ustawa Pzp bowiem tego rodzaju zmian co do zasady zabrania. (wyrok KIO 3522/21 z 16 grudnia 2021 r.).

Reasumując, jak wykazano powyżej, Zamawiający miał prawo wymagać podania przez Wykonawcę w ofercie szczegółowych informacji jednoznacznie identyfikujących oferowany produkt [nazwy producenta i nazwy (wersji) oferowanych licencji]. Wykonawca nie zawarł w swojej ofercie takich informacji. Podana pierwotnie przez Wykonawcę w formularzu ofertowym informacja mająca określić oferowany produkt nie spełnia wymagań w tym zakresie postawionych przez Zamawiającego w SWZ, przez co treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ta pierwotna informacja nie podlega poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, a także nie może zostać uzupełniona przez Wykonawcę, ponieważ czynności te prowadziłyby do zmiany treści oferty.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

–pkt 3: jest niezgodna z przepisami ustawy;

–pkt 5: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, 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, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne.

Oceniając czynność odrzucenia oferty Izba zobowiązana była wziąć pod uwagę wcześniejszy wyrok Izby, wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2291/23. W wyroku tym Izba przesądziła bowiem o konieczności wezwania Odwołującego do wyjaśnień w odniesieniu do zaoferowanych licencji. Powyższy wyrok nie został zaskarżony i stał się prawomocny, zatem oceny poczynione w nim przez Izbę pozostają w mocy. W obecnym postępowaniu odwoławczym Izba bada czynności podjęte po wyroku Izby z 23 sierpnia 2023 r., nie dokonuje natomiast ponownej oceny w takim zakresie, jaki został już przez Izbę oceniony.

Uzasadnienie zaskarżonej w niniejszym postępowaniu odwoławczym czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje, że Zamawiający oparł się na tezie o niemożliwości skutecznego wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanych licencji, co stoi w sprzeczności z wcześniejszymi ustaleniami Izby. Zamawiający po raz drugi odrzucił ofertę Odwołującego z tych samych de facto powodów, z jakich dokonał pierwszego odrzucenia. Zauważenia wymaga, że już w uzasadnieniu odrzucenia z 25 lipca 2023 r. Zamawiający wskazywał, że samo wpisanie nazwy producenta jest niewystarczające z uwagi na konieczność zindywidualizowania oferty i wskazania konkretnych informacji, które stanowią o tym co dokładnie oferuje w postępowaniu wykonawca i które to dane pozwalają w efekcie na identyfikację i co za tym idzie kontrolę zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto już wówczas Zamawiający podniósł, że nie mógł wezwać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdyż celem wyjaśnienia treści oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, nie mogą one jednak zmienić treści oferty. Odnosząc się natomiast do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z ustawą wskazać należy, że jest to jedynie dodatkowa – w stosunku do pierwszego odrzucenia – podstawa prawna tej czynności, odnosi się ona jednak do tych samych okoliczności faktycznych, związanych z podnoszoną przez Zamawiającego niedookreślonością oferty, tj. kwestii, która była już przedmiotem oceny Izby.

Obie kwestie będące podstawą pierwszego odrzucenia oferty Odwołującego (tj. kwestia wymaganego poziomu skonkretyzowania oferty oraz kwestia możliwości wyjaśnienia jej treści w spornym zakresie) zostały już przez Izbę zbadane i ocenione we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym. Należy zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 2291/23 Izba stwierdziła:

(…) Wezwanie Odwołującego do wyjaśnień na podstawie wyżej wymienionego przepisu miałoby bowiem na celu uzyskanie przez Zamawiającego jasnych informacji dotyczących treści oferty, która budzi wątpliwości, a co za tym idzie, umożliwienie KGP jednoznacznej oceny, czy badana oferta spełnia wymagania postawione w dokumentacji Postępowania. (…) Jak słusznie podniósł S. Solutions w odwołaniu z postanowień SWZ trudno jednoznacznie wywieść, że Zamawiający sformułował wymóg skonkretyzowania oferty poprzez określenie zindywidualizowanych informacji w zakresie oferowanych produktów, które pozwoliłyby na jego pełną identyfikację. KGP w Rozdziale XIII pkt 19 SWZ wskazał wyłącznie, że wykonawca przedstawi ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ poprzez wypełnienie i podpisanie formularza ofertowego na Platformie. W formularzu ofertowym w sekcji pn. „Dodatkowe pozycje formularza ofertowego" w pozycji nr 2 Zamawiający wskazał natomiast opis o treści „Producent i nazwa (wersja) oferowanych licencji". Trafnie podniósł Odwołujący w odwołaniu, że powyższe informacje co najwyżej przybliżają zakres świadczenia, jednak nie pozwalają na jego pełną konkretyzację, co było przedmiotem zarzutu KGP wobec braku zindywidualizowania oferty złożonej przez S. Solutions z uwagi na niewskazanie konkretnych informacji.

Ponadto Izba w uzasadnieniu wyroku wskazała:

Odnosząc się jeszcze do czynności odrzucenia oferty S. Solutions zauważenia wymaga, że okoliczność podania przez Odwołującego w formularzu ofertowym wyłącznie nazwy producenta licencji oraz najnowszej na dzień złożenia oferty wersji oprogramowania nie powinna automatycznie prowadzić do jednoznacznego stwierdzenia, że wykonawca ten zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia. Jak bowiem podniósł sam Zamawiający podczas rozprawy, aby móc korzystać z aplikacji konieczne jest posiadanie licencji. Tym samym skoro Odwołujący podał w formularzu ofertowym najnowszą wersję oprogramowania, to do tego oprogramowania oferuje też konkretne licencje. W tych okolicznościach wątpliwości w zakresie treści złożonej oferty mogą zatem sprowadzać się do ustalenia, czy produkt zaoferowany przez S. Solutions w formularzu ofertowym spełnia wymagania opisane przez KGP w pkt 1 OPZ w tabeli w kolumnie „Nazwa". Warto również zwrócić uwagę na szerszy kontekst przywołany przez S. Solutions w odwołaniu tj. na fakt, że Zamawiający korzystał ze środowiska opartego na oprogramowaniu Dynatrace dostarczonego przez Odwołującego. Środowisko to działało w oparciu o te same licencje, jakie są aktualnie przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponadto na początku 2023 r. Zamawiający skierował do S. Solutions zapytanie, celem oszacowania wartości zamówienia w ramach przedmiotowego Postępowania. W odpowiedzi KGP otrzymał ofertę, w której zostały wskazane wprost nazwy poszczególnych wycenianych trzech rodzajów licencji, których opis jest tożsamy z tym podanym przez Zamawiającego w pkt 1 OPZ w tabeli w kolumnie „Nazwa". Wartość wskazana w tej informacji jest natomiast niemal identyczna z wartością oferty złożonej w aktualnym Postępowaniu. Ponadto – jak podniósł S. Solutions w odwołaniu – wydaje się, że w świetle wyspecyfikowania przez Zamawiającego w OPZ trzech rodzajów licencji w kolumnie „Nazwa", przy jednoczesnym dopuszczeniu możliwości zaoferowania oprogramowania równoważnego wraz z dokładnym opisem potwierdzającym zachowanie warunków równoważności, fakt wskazania w formularzu ofertowym producenta licencji oraz wersji oferowanego oprogramowania uprawniał KGP do uznania, że w kontekście wymagań postawionych w dokumentach zamówienia oferta Odwołującego zawiera informacje, które mogą stanowić przedmiot wyjaśnień jej treści, zmierzających do ustalenia, czy nazwy oferowanych licencji są zgodne ze wskazanymi w OPZ. (…) KGP zamiast wyjaśnić treść oferty złożonej przez wykonawcę S. Solutions, która budziła jego wątpliwości, poczynił własne, subiektywne założenia, bez pozyskania od Odwołującego faktycznej wiedzy co uwzględniono w jego ofercie.

Z uzasadnienia wyroku wynika, że kwestia tego, czy Zamawiający jednoznacznie wymagał skonkretyzowania oferty poprzez określenie zindywidualizowanych informacji w zakresie oferowanych produktów, które pozwoliłyby na jego pełną identyfikację została przez Izbę przesądzona, podobnie jak nie tylko możliwość, ale wręcz obowiązek wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanych licencji. Izba uznała po pierwsze, że nie było jednoznacznego wymogu skonkretyzowania przedmiotu oferty w taki sposób, na jaki wskazuje Zamawiający, po drugie – że wątpliwość w tym zakresie są takiego rodzaju, że mogą być wyjaśnione i usunięte w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, po uzyskaniu od Odwołującego wyjaśnień Zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia oferty w sytuacji, gdyby z wyjaśnień wynikało, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań opisanych w SWZ. Nie może natomiast stanowić podstawy odrzucenia to, że wyjaśnienia polegały na przekazaniu informacji, które wątpliwości wskazane we wcześniejszym wyroku Izby eliminowały. Odwołujący potwierdził bowiem wyraźnie, że treść jego oferty obejmuje licencje dokładnie takie, jakich wymagał Zamawiający. W związku z tym brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie może w nowym postępowaniu odwoławczym podejmować polemiki z oceną dokonaną przez Izbę we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym. Jeżeli Zamawiający oceny nie podzielał, miał możliwość wniesienia skargi na to orzeczenie. Wyrok Izby może być bowiem zmieniony tylko w toku kontroli instancyjnej, Izba nie może natomiast w kolejnym postępowaniu odwoławczym dokonać

odmiennych ocen, prowadząc do faktycznej zmiany wyroku. Skoro wyrok stał się prawomocny, Izba zobowiązana była uwzględnić przy orzekaniu w niniejszej sprawie wcześniejsze wskazania Izby.

W związku z uwzględnieniem zarzutu głównego, zarzut ewentualny, dotyczący zaniechania odrzucenia na tej samej podstawie oferty Przystępującego, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....