Sygn. akt: KIO 2291/23

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Kot

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę Spica Solutions sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
1.1.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
1.2.unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Spica Solutions sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie;
1.3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Spica Solutions sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie do wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.
2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2291/23

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie(dalej: „Zamawiający” oraz „KGP”)prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rozbudowa systemów monitorujących wydajność i bezpieczeństwo systemów międzynarodowych” (Nr referencyjny: 34/BŁiI/23/AK/PMP, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 24 kwietnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 080-240395.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

3 sierpnia 2023 r. wykonawca Spica Solutions sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” oraz „Spica Solutions”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp dokonaniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a przez to dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Omnilogy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Omnilogy"), pomimo, iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, iż treść jego oferty – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – jest zgodna z warunkami zamówienia;
2)art. 16 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz pkt 3 oraz art. 187 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki, innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, jak również zaniechanie wezwania do uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści oferty oraz przedstawienia informacji dodatkowych dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na to, iż złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a w konsekwencji dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Spica Solutionswskazał, że wypełniając interaktywny formularz na Platformie w sekcji: „Dodatkowe pozycje formularza ofertowego" w pozycji 2 pn. „Producent i nazwa (wersja) oferowanych licencji" wpisał „Dynatrace v. 1.1268". Na podstawie tego właśnie wpisu Zamawiający uznał, iż oferta Spica Solutions podlega odrzuceniu, z uwagi na fakt, iż nie zawiera ona wskazania nazwy (wersji) oferowanych licencji. Zdaniem KGP jest to uchybienie, które w jego ocenie uniemożliwia identyfikację oferty, zaś samo wskazanie wyłącznie nazwy producenta jest niewystarczające. Odwołujący podkreślił, że konieczność zindywidualizowania oferty, poprzez wskazanie konkretnych informacji (w niniejszym przypadku: jakie licencje, na jakich warunkach licencyjnych) – zdaniem Zamawiającego – stanowi w tym przypadku o tym, co dokładnie oferuje wykonawca w Postępowaniu, a co z kolei umożliwia kontrolę/sprawdzenie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami przedmiotowymi opisanymi w dokumentach zamówienia.

W ocenie Spica Solutions z tym stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić i to z co najmniej kilku powodów. Przede wszystkim Odwołujący wskazał, iż z postanowień Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") trudno jednoznacznie wywieść, że Zamawiający sformułował wymóg skonkretyzowania oferty poprzez określenie zindywidualizowanych informacji w zakresie konkretnych produktów.

Po pierwsze wynika to z faktu, iż jedynym miejscem wskazującym na obowiązek podania nazwy producenta oraz nazwy (wersji) oferowanych licencji jest formularz ofertowy i to nie w polu „Lista pozycji", która zawiera informację o przedmiocie oferty i jej cenie, ale w sekcji „Dodatkowe pozycje formularza ofertowego", w której wskazano również na konieczność potwierdzenia wymagań w zakresie RODO. Spica Solutions podkreślił, że KGP konstruując treść formularza, który był dostępny wyłącznie w wersji interaktywnej jako formularz do wypełnienia na Platformie i oczekując zaoferowania trzech różnych produktów firmy Dynatrace nie dostosował treści swojego formularza do tego wymagania, pozostawiając jedno pole do wypełnienia informacji na temat wszystkich oferowanych produktów. Z punktu widzenia Odwołującego wprowadziło go to w błąd co do intencji Zamawiającego w zakresie oczekiwanych informacji, jakie miały zostać w formularzu wskazane, czytając literalnie wymaganie KGP podania „producenta, nazwy (wersji) licencji". Odwołujący uznał, iż wobec tak sformułowanego wymagania podanie numeru wersji licencji, czyni zadość temu wymaganiu, ponieważ gdyby Zamawiający wymagał również pełnej nazwy licencji, to – zdaniem Spica Solutions – wymaganie w tym zakresie powinno brzmieć: „producent, nazwa, wersja licencji". Odwołujący podniósł, że nie zmienia to jednak faktu, iż pomimo tego wskazane w jego ofercie informacje były wystarczające do ustalenia, co jest przedmiotem tejże oferty. Odwołujący zwrócił również uwagę na sposób wypełnienia formularza ofertowego przez wykonawcę Omnilogy, który w treści formularza oferty zamieścił informację dotyczącą producenta oprogramowania, podał nazwę licencji, ale nie określił wersji licencji. Zdaniem Spica Solutions w takich okolicznościach, wobec niewskazania w treści oferty Omnilogy wersji licencji Zamawiający również nie może mieć pewności, czy zaoferowane przez tego wykonawcę oprogramowanie będzie spełniało wymagania wynikające z dokumentów Postępowania, gdyż KGP nie może mieć pewności jaką wersję oprogramowania oferuje Omnilogy. Jak bowiem podkreślił Odwołujący zważywszy, że treść oferty Omnilogy obarczona jest analogicznym błędem jak treść oferty Spica Solutions, to Zamawiający powinien zastosować identyczny sposób oceny oferty Omnilogy, która powinna zostać uznana przez KGP za niezgodną z warunkami zamówienia i odrzucona na podstawie art. 226 Pzp ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego powyższe jasno wskazuje, że Zamawiający zastosował całkowicie odmienne oceny identycznego stanu faktycznego. Spica Solutions podniósł, że – uznając ofertę złożoną przez Omnilogy za zgodną z warunkami zamówienia – KGP dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, ale również art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, którego cena oferty przekracza kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Po drugie, Spica Solutions zaznaczył, że z formalnego punktu widzenia oczekiwanie Zamawiającego w zakresie sposobu wypełnienia formularza ofertowego w spornym zakresie zostało spełnione. Treść formularza wskazywała, iż w edytowalnym polu ma zostać przedstawiona informacja dotycząca: „Producent oraz nazwa (wersja) oferowanych licencji". Nie budzi wątpliwości, iż w odpowiednim polu formularza została wpisana nazwa producenta: Dynatrace. W zakresie elementu, który nie został zdaniem KGP podany, tj. nazwy (wersji) oferowanych licencji Odwołujący wskazał aktualną na dzień złożenia oferty wersję oferowanych licencji, tj. wersję 1.268. Odwołujący podniósł, że oczywiście – jak słusznie zauważył Zamawiający – wskazany w ofercie numer wersji zawiera oczywistą omyłkę poprzez wpisanie po kropce dodatkowej cyfry 1, jednakże jak wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty zamiar wykonawcy i oczywistość omyłki nie budziły u Zamawiającego żadnych wątpliwości i omyłka ta nadaje się do poprawienia w oparciu o treść przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Spica Solutions zaznaczył, że jak wynika z treści pisma o odrzuceniu zarzut KGP odnosi się do braku przepisania nazw oferowanych licencji z treści Opisu przedmiotu zamówieni (dalej: „OPZ") (tak

jak uczynił to wybrany wykonawca). Tym niemniej – w ocenie Odwołującego – nie sposób nie zauważyć, że literalnie złożona przez niego oferta zawiera zarówno nazwę producenta, jak i wersję oferowanych licencji.

Ponadto, Spica Solutions stwierdził, że całość argumentacji Zamawiającego polegająca na braku możliwości identyfikacji oferowanych produktów, która została przedstawiona w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 25 lipca 2023 r., jest chybiona, gdyż zakres wymaganych przez KGP w formularzu ofertowym informacji i tak nie umożliwia zidentyfikowania konkretnych parametrów oferowanych produktów, a przez to nawet w teorii nie umożliwia dokonania ich weryfikacji w kontekście wymagań określonych w SWZ. Jeśli tak, to – jak podkreślił Odwołujący – oczywistym było dla niego, że wypełnienie tego pola formularza miało mieć dla Zamawiającego jedynie walor informacyjny, a w szczególności miało potwierdzić, że produktem oferowanym są licencje Dynatrace szczegółowo wyspecyfikowane w treści SWZ, a nie rozwiązanie równoważne, które w świetle OPZ było możliwe do zaoferowania.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w tej konkretnej sytuacji, jeśli rzeczywiście Zamawiający miałby jakiekolwiek wątpliwości odnośnie zakresu oferowanego świadczenia, to wbrew jego twierdzeniom byłby upoważniony do żądania złożenia wyjaśnień, czy to w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, czy też art. 187 ustawy Pzp. Zdaniem Spica Solutions całokształt okoliczności sprawy oraz fakt wskazania producenta oraz wersji oferowanego oprogramowania upoważniał KGP do uznania, iż w kontekście wymagań SWZ, oferta Odwołującego zawiera informacje, które mogą co najwyżej zostać przez Spica Solutions doprecyzowane poprzez potwierdzenie, iż nazwy oferowanych produktów są zgodne ze wskazanymi w SWZ. Równocześnie dodatkowo Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że brak wskazania nazwy oferowanych licencji, pomimo wskazania ich producenta i wersji nie wyczerpuje jednak wymagań Zamawiającego, to powinien – również na podstawie ewentualnego potwierdzenia tego faktu w ramach dodatkowych wyjaśnień – potraktować tego rodzaju uchybienie jako inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonać jej poprawienia. Spica Solutions zwrócił bowiem uwagę, że w kontekście treści złożonej oferty ustalenie zamiaru wykonawcy co do złożenia wymaganego przez KGP i opisanego w SWZ oprogramowania nie może budzić wątpliwości i da się ją wywieść z treści oferty. W ocenie Odwołującego eliminacja jego oferty tylko z tego tytułu, że nie zawiera ona oczekiwanej przez Zamawiającego informacji, którą sam Zamawiający specyfikuje w dokumentach zamówienia jest zatem nieuprawnione.

17 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem V pkt 1 SWZ, w tym z załącznikiem nr 2 do SWZ stanowiącym OPZ, przedmiot zamówienia został opisany następująco:

„Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa systemów monitorujących wydajność i bezpieczeństwo systemów międzynarodowych. Zamawiający oczekuje rozbudowy posiadanego środowiska do monitoringu usług IT systemu SIS i VISopartego na oprogramowaniu Dynatrace poprzez dostawę licencji oprogramowania wymienionych poniżej z dostępem do aktualizacji wraz ze wsparciem producenta na okres 36 miesięcy.

Jednocześnie w treści OPZ (pkt 3) dopuścił możliwość zaoferowania oprogramowania równoważnego, opisując dokładnie warunki równoważności i wskazując, iż „W przypadku zaoferowania oprogramowania równoważnego Wykonawca musi załączyć do oferty dokładny opis oferowanych produktów, z którego jasno wynikać będzie zachowanie warunków równoważności".

W treści SWZ w zakresie sposobu przygotowania oferty KGP wskazał, iż „Wykonawca przedstawi ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SWZ poprzez wypełnienie i podpisanie formularza ofertowego na Platformie" (Rozdział XIII pkt 19 SWZ).

Zamawiający nie wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych w niniejszym Postępowaniu (Rozdział VII SWZ).

W udostępnionym formularzu ofertowym w sekcji pn. „Dodatkowe pozycje formularza ofertowego" w pozycji nr 2 Zamawiający wpisał: „Producent i nazwa (wersja) oferowanych licencji".

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 21 czerwca 2023 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożone zostały 2 oferty:

1)oferta wykonawcy Spica Solutions sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie za łączną cenę brutto 1 838 724,05 zł;

2)oferta wykonawcy Omnilogy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie za łączną cenę brutto 1 953 018,89 zł.

Wykonawca Spica Solutions sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie w formularzu ofertowym w pozycji „Producent i nazwa (wersja) oferowanych licencji" wpisał: „Dynatrace v. 1.1268".

Wykonawca Omnilogy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w formularzu ofertowym w pozycji „Producent i nazwa (wersja) oferowanych licencji" wpisał: „Dynatrace Offline Host units 40, Dynatrace DEM Units Offline - 250 tys DEM Dynatarce Log analytics offline 0,5 mln DDU".

Pismem z dnia 25 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Omnilogy sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wskazał, że kwota, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pierwotna - 1 898 947,80 zł, została dofinansowana do 1 953 018,89 zł.

Jednocześnie odrębnym pismem z dnia 25 lipca 2023 r. KGP zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o odrzuceniu oferty wykonawcy Spica Solutions sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, podając następujące uzasadnienie (pisownia oryginalna):

„Podstawa prawna odrzucenia: art. 226 Pzp ust. 1 pkt 5) - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

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

Zamawiający określił w sposób jednoznaczny, prosty i przejrzysty elementy jakie mają identyfikować ofertowany przedmiot zamówienia i żądał podania w formularzu ofertowym nazwy producenta i nazwy (wersji) oferowanych licencji.

Wykonawca w odpowiedniej pozycji Formularza ofertowego wpisał jedynie następującą informację:

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

Wykonawca wskazał producenta licencji i podał, a właściwie można przypuszczać, że miał zamiar wpisać numer określający najnowszą (na dzień złożenia oferty) wersję oprogramowania tj. 1.268 (błędnie wpisał 1.1268). Zamawiający wymagał podania nazwy producenta licencji i nazwy (wersji) oferowanych licencji. Złożona przez Wykonawcę oferta nie zawiera tych informacji. Samo wpisanie nazwy producenta jest niewystarczające z uwagi na konieczność zindywidualizowania oferty, wskazanie konkretnych informacji (w niniejszym przypadku: jakie licencje, na jakich warunkach licencyjnych), 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/sprawdzenie zgodności oferowanego przedmiotu, a wymaganiami przedmiotowymi opisanymi przez Zamawiającego (…); Nie można braku podania przez Wykonawcę wymaganych danych, identyfikujących objęte zamówieniem licencje, uznać za inną omyłką, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jakkolwiek jest to niezgodność oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia to jednak nie można tego braku uznać za omyłkę i to taką która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Brak w ofercie informacji umożliwiającej dokonanie jednoznacznej identyfikacji oferowanego produktu uniemożliwia Zamawiającemu jego identyfikację, a tym samym niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności z postawionymi wymaganiami. Nieskonkretyzowanie przedmiotu oferty daje dużą dowolność wykonawcy na etapie realizacji umowy. Wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oferty o brakujące informacje stanowiłoby naruszenie przepisu art. 16 ust ustawy

Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (wyrok z dnia 11 stycznia 2019 r., KIO 2665/18). Zamawiający nie mógł także wezwać Wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Celem wyjaśnienia treści oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do jego treści pozwoli dokonać należytej oceny złożonej oferty. Uzyskane wyjaśnienia nie mogą natomiast zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonym formularzu ofertowym, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (…); Zgodnie bowiem z art. 223 ust. 1 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. 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. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia".

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 17 ust. 2 ustawy Pzp „Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy".

Stosownie do brzmienia 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. 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".

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (..)".

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania w pierwszej kolejności zasadnym jest wskazanie, że „(…) Przedmiotem rozważań KIO, a w konsekwencji także sądu mogą być jedynie te decyzje zamawiającego (i ich uzasadnienie), które zamawiający podjął i przekazał uczestnikom postępowania przetargowego. To treść i forma tych ówczesnych decyzji zamawiającego wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez KIO, a skargi przez sąd. Słuszne jest więc dokonanie rozstrzygnięcia w oparciu o to co (i jak) zamawiający zakomunikował wykonawcom w trakcie postępowania przetargowego. Ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego musi być dokonana wyłącznie w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Jest to kwestia fundamentalna, bo to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (…); (…) Prawidłowe działania zamawiającego powinny zawsze polegać na powoływaniu w decyzjach o odrzuceniu danej oferty konkretnych przyczyn, z powodu których zamawiający się na to decyduje. Jeśli zamawiający uważa, iż wykonawca popełnił konkretne błędy, to te konkretne uchybienia powinny były zostać wyraźnie wskazane w treści decyzji o odrzuceniu oferty. Nie jest natomiast prawidłowe zachowanie zamawiającego, który najpierw odrzuca ofertę, a dopiero później (na etapie postępowania przed KIO, albo sądem) wskazuje nowe podstawy faktyczne i prawne tej decyzji (…)" (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 16 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 108/21).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego musi być dokonana wyłącznie w oparciu o uzasadnienie wyżej wymienionej czynności zawarte w piśmie z dnia 25 lipca 2023 r. Skoro bowiem w tym piśmie Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Spica Solutions, to również tam powinien był przedstawić pełne i jasne uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez Zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie bądź w ramach argumentacji wyrażonej podczas rozprawy. Wobec powyższego Izba oceniała

zasadność zarzutów odwołania jedynie w kontekście stanowiska KGP, które przekazał Spica Solutions przy odrzuceniu jego oferty tj. z pominięciem dalszej argumentacji. Późniejsze „uzupełnianie" przez Zamawiającego jego wcześniejszej decyzji było spóźnione i jako takie pozostawało bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Z powyższych względów Izba pominęła również złożone przez Zamawiającego podczas rozprawy dowody w postaci zrzutów ekranu ze strony internetowej producenta z wersjami aplikacji i nazwami licencji, które dodatkowo zostały złożone wyłącznie w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Zgodnie natomiast z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Z kolei w myśl art. 506 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeśli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Tym samym dokument w języku obcym złożony jako dowód bez jego tłumaczenia na język polski nie mógł być przez Izbę wzięty pod uwagę przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania.

Przystępując zatem do badania prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy wskazać, co następuje. Analiza treści uzasadnienia faktycznego i prawnego wyżej wymienionej czynności pozwala na stwierdzenie, że przyczyną odrzucenia oferty złożonej przez Spica Solutions, która została zakomunikowana temu wykonawcy, był brak wskazania konkretnych informacji (tj. jakie licencje, na jakich warunkach licencyjnych), które stanowią o tym co dokładnie Odwołujący oferuje w Postępowaniu i które to dane pozwalają w efekcie na identyfikację i co za tym idzie badanie oraz ocenę zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami postawionymi przez KGP w dokumentach zamówienia. Zamawiający wskazał, że wymagał podania nazwy producenta licencji i nazwy (wersji) oferowanych licencji. Tymczasem wykonawca Spica Solutions wskazał producenta licencji i podał numer określający najnowszą (na dzień złożenia oferty) wersję oprogramowania. W rezultacie – w ocenie KGP – zaoferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia.

W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. (zob. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022). Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga więc wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty i brzmieniem dokumentacji postępowania. Co istotne, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania oferty danego wykonawcy, w tym wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej zgodności z wymogami wynikającymi z dokumentów zamówienia, przed podjęciem ewentualnej decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty. Pomimo użycia przez ustawodawcę w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp słowa „może", nie można bowiem uznać, że zamawiający ma całkowitą swobodę w stosowaniu tego przepisu. W określonych okolicznościach, zwłaszcza wtedy gdy istnieją jednoznaczne podstawy do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie wyżej wymienionego przepisu stanowi obowiązek zamawiającego (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 10 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 525/23 oraz z dnia 5 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3649/21).

Skład orzekający podziela w całości pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 21 marca 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 543/22, w którym wskazano, że „(…) w sytuacji, kiedy po stronie zamawiającego wystąpią uzasadnione wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SWZ, właściwe przeprowadzenie badania i oceny ofert wymaga uzyskania jednoznacznego potwierdzenia, że została wypełniona hipoteza art. 226 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl. Zamawiający może zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać co w ofercie wykonawcy nie jest zgodne z warunkami zamówienia i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z klarownie wskazanymi wymaganiami SWZ. Zamawiający nie może poprzestać na własnej interpretacji treści oferty, a winien zadać wykonawcy jasne pytania w tym zakresie. Ustawodawca wyposażył zamawiającego w instrument wyjaśnienia treści oferty po to, aby uniknąć subiektywnych założeń i niepotwierdzonych dywagacji, w miejsce obowiązku pozyskania faktycznej wiedzy co uwzględniono w ofercie, od podmiotu ją sporządzającą. Nie można także zapomnieć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego biorą udział podmioty profesjonalne - wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą i jednostki zamawiające wydatkujące środki

publiczne w ramach procedury określonej PrZamPubl. Nie tylko od wykonawców należy wymagać zawodowej staranności w przetargu, tożsamy obowiązek dotyczy jednostek zamawiających. Przy czym dokonanie rzetelnej oceny złożonych ofert jest także przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, polegającej również na sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych (…)".

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy zasadnym jest przyjęcie, że skoro Zamawiający – jak wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego – powziął wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, zobowiązany był do ich wyjaśnienia przy udziale wykonawcy Spica Solutions na podstawie procedury opisanej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. 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. Należy zauważyć, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym przez KGP w SWZ, Zamawiający oczekuje rozbudowy posiadanego środowiska do monitoringu usług IT systemu SIS i VIS opartego na oprogramowaniu Dynatrace poprzez dostawę licencji oprogramowania, które KGP wymienił w pkt 1 OPZ w tabeli w kolumnie „Nazwa" z dostępem do aktualizacji wraz ze wsparciem producenta na okres 36 miesięcy. Jak słusznie podniósł Spica 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 Spica Solutions z uwagi na niewskazanie konkretnych informacji. 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 Spica 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.

Odnosząc się jeszcze do czynności odrzucenia oferty Spica 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 Spica 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 Spica 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 Spica 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 Spica 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.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający nie miał jednoznacznych podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia. KGP zamiast wyjaśnić treść oferty złożonej przez wykonawcę Spica Solutions, która budziła jego wątpliwości, poczynił własne, subiektywne założenia, bez pozyskania od Odwołującego faktycznej wiedzy co uwzględniono w jego ofercie. W świetle powyższego – w ocenie Izby – rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ podniesione przez Odwołującego okoliczności wskazują, że Zamawiający w sposób przedwczesny dokonał odrzucenia jego oferty z Postępowania. Na dzień orzekania nie ma bowiem podstaw, aby dokonać subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, więc odwołanie zostało przez Izbę uwzględnione. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), tj. na przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej i nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....