

Sygn. akt: KIO 3082/21

WYROK
z dnia 22 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Grupa E sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Województwo Podlaskie Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego z siedzibą w Białymstoku**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Grupa E sp. z o.o. z siedzibą w Tychach i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Grupa E sp. z o.o. z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Grupa E sp. z o.o. z siedzibą w Tychach na rzecz zamawiającego Województwa Podlaskiego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego z siedzibą w Białymstoku kwotę 4 011 zł 21 gr (słownie: cztery tysiące jednaście złotych dwadzieścia jeden groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2021 r., poz. 1129 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Podlaskie Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego z siedzibą w Białymstoku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Rozwój e-usług Województwa podlaskiego”, nr postępowania: *BZP.272.19.2021*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2021 r., za numerem 2021/S 147-390635.

W dniu 18 października 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Grupa E sp. z o.o. z siedzibą w Tychach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, w tym w zakresie formularza cenowego, zaoferowanego agregatu oraz próbki,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, polegającej na braku wskazania cen jednostkowych w załączniku nr 1 do formularza ofertowego, mimo że Zamawiający dysponował wszelkimi danymi do wyliczenia cen jednostkowych, a w konsekwencji nieuprawnione odrzucenie oferty; ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 2 poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 106 ust 1, 2 i 3 ustawy pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia z naruszeniem zakresu, celu, istoty i proporcjonalności badania próbki, jako przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy wymagań, cech i kryteriów określonych przez Zamawiającego,
4. ewentualnie art. 223 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty w zakresie cen jednostkowych oraz wymiarów konstrukcji agregatu,

5. ewentualnie art. 107 ust. 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia próbki, pomimo że obowiązek taki został przewidziany w SWZ,

6. ewentualnie art. 107 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących próbki,

7. art. 255 pkt 2 ustawy pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania, mimo że Odwołujący złożył prawidłową ofertę, niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowania, mające za przedmiot zakup i wdrożenie systemów ochrony sieci informatycznych, systemów ochrony i archiwizacji danych, zakup systemów komputerowych e-usług JST, wdrożenie e-usług w JST oraz rozwój e-usług w Województwie Podlaskim wraz ze szkoleniami podnoszącymi kompetencje kadr JST w zakresie bezpieczeństwa i świadczenia e-usług. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, przy czym oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert. Odwołujący złożył ofertę prawidłową i zgodną z SWZ. Wraz z ofertą Odwołujący złożył próbkę oprogramowania, która została zaprezentowana Zamawiającemu w wyznaczonym terminie. Pismem z dnia 7 października 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania (w związku z brakiem złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu). Zgodnie z uzasadnieniem, podstawą odrzucenia oferty była rzekoma niezgodność oferty z treścią SWZ, polegająca na: 1) braku wskazania cen jednostkowych w formularzu cenowym, 2) zaoferowaniu agregatu nie mieszczącego się w wymiarach minimalnych określonych w SWZ, 3) przygotowaniu próbki niezgodnie z warunkami zamówienia w związku z realizacją funkcjonalności obsługi formularzy „poprzez środowisko zewnętrzne”. W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty nastąpiło w sposób nieuprawniony, a oferta w pełni odpowiada treści SWZ.

I. BRAK WSKAZANIA CEN JEDNOSTKOWYCH W FORMULARZU CENOWYM

W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, że złożył wraz z ofertą załącznik nr 1 do formularza ofertowego (formularz cenowy). W formularzu tym Odwołujący wskazał ceny łączne brutto za poszczególne elementy zamówienia. Łączna cena brutto oferty, stanowiąca sumę cen brutto za poszczególne elementy zamówienia, odpowiada kwocie wskazanej w formularzu ofertowym. Odwołujący rzeczywiście pozostawił niewypełnione pola „cena jednostkowa brutto”, niemniej jednak jest to jedynie błąd o charakterze formalnym, bowiem w każdym przypadku cena jednostkowa może zostać w prosty sposób obliczona jako iloraz ceny łącznej brutto oraz liczby sztuk. Odwołujący podkreślił, że liczba sztuk została narzucona przez Zamawiającego, w związku z czym pozycja ta nie podlegała wypełnieniu lub modyfikacji przez wykonawcę. W tym stanie rzeczy Zamawiający dysponuje niezbędnymi danymi do obliczenia cen jednostkowych brutto w formularzu cenowym, zaś poprawienia oferty poprzez wskazanie cen jednostkowych brutto wymaga jedynie wykonania prostych działań matematycznych. Zamawiający zobowiązany był zatem do dokonania poprawienia oferty Odwołującego w zakresie cen jednostkowych brutto na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 jako inną omyłkę niepowodującą istotnej zmiany treści oferty, ewentualnie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2, jako oczywistą omyłkę rachunkową. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, jeżeli na podstawie pozostałej treści oferty jest w stanie zidentyfikować omyłkę oraz sposób jej poprawienia. W analizowanym stanie faktycznym, poprawienie omyłki nie spowoduje zmiany treści oferty ani nie będzie stanowiło negocjacji treści oferty, w związku z czym poprawienie przedmiotowej omyłki należy uznać za dopuszczalne i konieczne.

Odwołujący podkreślił, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, w związku z czym ceny jednostkowe pozostają bez znaczenia z punktu widzenia oceny oferty lub realizacji zamówienia. Ponadto więcej niż jedna liczba sztuk danych elementów pojawia się jedynie w niewielkiej ilości pozycji formularza. W większości pozycji cena łączna brutto jest zarazem ceną jednostkową. Odrzucenie oferty w sytuacji zaniechania poprawienia omyłki uznać należy, w ocenie Odwołującego, za nieuprawnione.

W zakresie zarzutu ewentualnego Odwołujący wskazał, że w przypadku powzięcia wątpliwości co treści oferty, w tym cen jednostkowych, Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień, w szczególności gdy zamierzał odrzucić ofertę Odwołującego. Samo wezwanie do wyjaśnień nie może być przy tym utożsamiane z negocjowaniem treści oferty.

II. ZAOFEROWANIE AGREGATU NIE MIESZCZĄCEGO SIĘ W WYMIARACH MINIMALNYCH OKREŚLONYCH W SWZ

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że uzasadnienie odrzucenia oferty nie odzwierciedla treści SWZ. Jak wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu: Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymagał agregatu o wymiarach minimalnych: długość 2400 mm x szerokość 1100 mm x wysokość 1800 mm, ciężar 1500 kg. Tymczasem, jak wynika z treści Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1g do OPZ) Zamawiający nie tylko nie określił wymiarów minimalnych, lecz w ogóle nie określił wymiarów samego agregatu. W pozycji 5 tabeli „Opis wymagań techniczno-funkcjonalnych” Zamawiający wskazał konkretne wymiary, bez określenia, czy są to wymiary minimalne, czy maksymalne. Wprawdzie tytuł dokumentu mówi o minimalnych wymaganiach techniczno-funkcjonalnych, jednak pojęcia tego nie można literalnie stosować do wszystkich wymagań ze względu na brak związku logicznego. Przykładowo, pojęcie minimalne nie znajduje zastosowania do takich wymagań, jak napięcie wyjściowe (pozycja 4), czy odchylenie napięcia (pozycja 16). Podobnie, z punktu widzenia logiki i zasad doświadczenia życiowego wymiary określone w pozycji 5 tabeli należało traktować jako maksymalne (np. podyktowane ilością miejsca przeznaczonego na instalację agregatu, jaką dysponuje Zamawiający). Nie sposób zrozumieć, jaki sens miałyby określenie minimalnych wymiarów agregatu (przy jednoczesnym braku ograniczeń co do maksymalnej wielkości agregatu), jeżeli agregat o mniejszych rozmiarach spełniający stawiane wymagania w zakresie mocy i pozostałych parametrów jest rozwiązaniem korzystniejszym.

Odwołujący zauważył, że przy poszczególnych wymaganiach, które rzeczywiście mają charakter wymagań minimalnych, Zamawiający wskazywał na to *expressis verbis* (vide pozycja 2, 3, 6 tabeli), co oznacza, że tytuł dokumentu miał na celu jedynie zapewnienie ogólnej zgodności OPZ z ustawą poprzez wyeliminowanie ryzyka nieuprawnionego zawężenia wymagań i parametrów, mogących ograniczać konkurencję. Innymi słowy intencją Zamawiającego było rozszerzenie zakresu dopuszczalnych parametrów, a nie ich zawężenie.

Należy wskazać, że w pozycji 5 tabeli „Opis wymagań techniczno-funkcjonalnych” Zamawiający odnosi się *expressis verbis* do konstrukcji agregatu na ramie wykonanej z blachy stalowej. Nie są to zatem wymiary samego agregatu, lecz całej konstrukcji, a więc *de facto* ramy agregatu. Nie wiadomo więc, na podstawie jakich danych Zamawiający ustalił wymiary konstrukcji agregatu oferowanej przez Odwołującego, skoro wymiary te nie mogą

być utożsamiane z wymiarami samego agregatu. Już choćby z tego względu, odrzucenie oferty należy uznać za nieuzasadnione.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach do SWZ z dnia 3 sierpnia 2021 r., na pytanie, czy Zamawiający dopuści dostawę urządzenia o równoważnych parametrach i zbiorniku paliwa minimum 130 litrów, Zamawiający dopuścił explicite rozwiązania równoważne w zakresie agregatu, przy czym – jak literalnie wynika z udzielonej odpowiedzi – rozwiązania równoważne zostały dopuszczone w stosunku do wszystkich parametrów agregatu, nie tylko zbiornika paliwa. Uznać zatem należy, że Wykonawca mógł zaoferować agregat o parametrach tożsamy lub lepszych w stosunku do wymaganych w OPZ. Bez wątplenia wymóg równoważności spełnia zatem także agregat o rozmiarach mniejszych niż wskazane w OPZ, stanowiący rozwiązanie korzystniejsze.

Konkludując, Zamawiający błędnie interpretuje postanowienia Załącznika nr 1g do OPZ oraz pomija własne wyjaśnienia do SWZ, co skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy pzp. Odwołujący dodał, że Zamawiający miał możliwość wezwania Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, czego zaniechał.

III. PRZYGOTOWANIE PRÓBKII NIEZGODNIE Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA W ZWIĄZKU Z REALIZACJĄ FUNKCJONALNOŚCI OBSŁUGI FORMULARZY „POPRZEZ ŚRODOWISKO ZEWNĘTRZNE”

Faktem bezspornym jest, że Odwołujący złożył próbkę wraz z ofertą, przeprowadził jej prezentację w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, a wszystkie kroki scenariuszy zostały zrealizowane. Sporna pozostaje jedynie kwestia sposobu prezentacji próbki, w szczególności dopuszczalności i zakresu wykorzystania dostępu do Internetu w ramach prezentacji.

Uzasadnienie odrzucenia oferty w tym zakresie sprowadza się do lakonicznego twierdzenia, że dołączona do oferty próbka oprogramowania, zapisana na dysku nie realizuje funkcjonalności obsługi formularzy, realizuje tę funkcjonalność poprzez środowisko zewnętrzne. Próbka została przygotowana niezgodnie z warunkami zamówienia - z pkt 4, części 2 załącznika nr 9 do SWZ, w którym zapisano: „Internet w trakcie prezentacji może być wykorzystywany tylko i wyłącznie do prezentacji takich elementów scenariuszy, których prezentacja jest warunkowana dostępem do Internetu to jest, uwierzytelnienie za pośrednictwem profilu zaufanego, dokonanie płatności, wysyłanie powiadomień za pomocą Internetu”. Z tak sformułowaną tezą co do niezgodności próbki z warunkami zamówienia nie zgadza się Odwołujący. Zamawiający dopuścił w załączniku nr 9 do SWZ możliwość

prezentacji próbki przez Wykonawcę za pomocą środków zdalnej komunikacji („Opis procedury badania próbki”) pkt. 10-12 załącznika nr 9, w części „Wymagania ogólne”). Zgodnie z pkt 10, po stronie Wykonawcy leżało wskazanie narzędzi i metod, które zamierza wykorzystać do przeprowadzenia prezentacji.

Zamawiający w istocie dopuścił więc prezentację próbki przy wykorzystaniu środków zdalnej komunikacji w pełnym zakresie. Oczywistym jest, że pojęcie „środków zdalnej komunikacji” jest równoznaczne ze środkami komunikacji elektronicznej i może obejmować również korzystanie z sieci Internet, co siłą rzeczy wymaga nawiązania połączenia ze „środowiskiem zewnętrznym”. Co więcej zastrzeżenie zawarte w pkt 11, zgodnie z którym Zamawiający nie może być zobowiązany do nabywania dodatkowych usług i licencji na oprogramowanie, jedynie potwierdza możliwość prezentacji próbki przy wykorzystaniu połączenia internetowego, gdyż w przeciwnym razie zastrzeżenie to byłoby pozbawione sensu. Wreszcie treść pkt 12 *expressis verbis* wskazuje, że badanie próbki mogło być prowadzone z wykorzystaniem środków zdalnej komunikacji (a więc również sieci Internet), przy czym powinno być prowadzone w oparciu o nośniki złożone przez wykonawcę. Oznacza to, że elementy te nie wykluczały się, a tym samym badanie próbki w oparciu o nośniki złożone przez wykonawcę nie wykluczało korzystania z Internetu.

Odwołujący wskazał, że wszelkie pliki oraz maszyny wirtualne niezbędne do prawidłowego funkcjonowania systemu w zakresie określonym w scenariuszach były zainstalowane na dysku złożonym wraz z ofertą (czego Zamawiający w istocie nie kwestionuje), ale ze względu na architekturę systemu (której Zamawiający również nie kwestionuje), niektóre funkcje były realizowane poprzez przekierowanie na serwer zewnętrzny.

Mając na względzie powyższe, przywołany przez Zamawiającego pkt. 4 załącznika nr 9 do SWZ nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Punkt ten powinien być bowiem interpretowany przez pryzmat pozostałych postanowień załącznika nr 9 do SWZ, w szczególności pkt 10 -12, które dopuszczały korzystanie z Internetu w pełnym zakresie badania próbki.

Odwołujący deklarował podczas badania próbki, że połączenie internetowe jest niezbędne ze względu na fakt, że prezentacja prowadzona była przez ekspertów Odwołującego w sposób zdalny, poprzez zalogowanie za pośrednictwem VPN. Taki tryb był w świetle SWZ dopuszczalny i Zamawiający go nie kwestionował. Co więcej, przyjęta przez Zamawiającego interpretacja pkt 4 w części II załącznika nr 9 jest błędna. Po pierwsze, literalne brzmienie cytowanego postanowienia wskazuje, że Zamawiający dopuszczał

korzystanie z Internetu w trakcie prezentacji próbki w zakresie elementów scenariuszy, których prezentacja jest warunkowana dostępem do Internetu. Innymi słowy nie zastrzegł, że cała prezentacja musi być przeprowadzona wyłącznie offline (tj. bez dostępu do Internetu).

Po drugie, wskazany in fine katalog elementów scenariuszy jest irrelevantny dla wykładni pkt 4, gdyż obejmuje elementy, które w rzeczywistości nie występują w scenariuszach badania próbki. W tym zakresie zapis jest więc martwy, a cały katalog elementów scenariuszy, w ramach których dopuszczalne było korzystanie z Internetu, ma charakter pozorny lub też należy traktować go jako katalog przykładowy, obejmujący przykładowe funkcjonalności, które według ogólnej wiedzy Zamawiającego mogą wymagać dostępu do Internetu, z tym że nie znając architektury rozwiązania oferowanego przez wykonawcę Zamawiający nie ogranicza możliwości wykorzystania Internetu także do prezentacji innych funkcjonalności. Zapis punktu 4, części II Załącznik nr 9 do SWZ brzmi: „W przypadku, gdy Zamawiający wezwie Wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji przez Wykonawcę, Zamawiający zapewni Wykonawcy na czas przeprowadzenia prezentacji próbki dostęp do Internetu lub zezwoli na wykorzystanie punktu dostępowego zapewnionego we własnym zakresie przez Wykonawcę (wybór należy do Wykonawcy). Internet w trakcie prezentacji może być wykorzystywany tylko i wyłącznie do prezentacji takich elementów scenariuszy, których prezentacja jest warunkowana dostępem do Internetu, tj. uwierzytelnienie za pośrednictwem profilu zaufanego, dokonanie płatności przez Internet, wysyłanie powiadomień za pośrednictwem Internetu.” Dekompozycja tego wymagania mówi, że „Internet w czasie prezentacji może być wykorzystywany tylko i wyłącznie do prezentacji takich elementów scenariuszu, których prezentacja jest warunkowana dostępem do Internetu (...)”, a więc dowolna funkcjonalność może być prezentowana przy użyciu dostępu do sieci Internet, bowiem żadna z funkcjonalności wskazana przez Zamawiającego (w liczbie 3 sztuk) nie jest objęta jakimkolwiek elementem scenariuszy. W tym świetle zatem każda funkcjonalność, wymagająca dostępu do Internetu, może zostać zaprezentowana przy użyciu sieci Internet.

Interpretacja powyższa znajduje potwierdzenie w pozostałych postanowieniach SWZ. W załączniku nr 9 do SWZ brak jest zastrzeżenia, że prezentacja próbek systemów ma się odbywać w warunkach offline, z jednoczesnym wskazaniem „że Zamawiający zapewni Wykonawcy na czas przeprowadzanie prezentacji (w domyśle: całej) próbki dostęp do Internetu lub zezwoli na wykorzystanie punktu dostępnego zapewnionego we własnym zakresie (...)”. Co więcej wybór sposobu łączenia się z Internetem „należy do Wykonawcy”, a Odwołujący zgodnie z warunkami SWZ dołączył do oferty wymagany dokument w pełni

opisujący proces instalacji na lokalnym komputerze próbek systemu oraz sposobu weryfikacji wszystkich kroków scenariuszy. Do czasu prezentacji systemu Zamawiający w żaden sposób nie podważył treści niniejszej instrukcji (stanowiącej element oferty) i nie wskazywał na jej niezgodność z warunkami SWZ, przy czym ta instrukcja wskazywała na konieczność uruchomienia próbki w warunkach dostępu do sieci Internet i połączenia za pomocą kanału VPN do zasobów informatycznych Wykonawcy. Zamawiający w żaden sposób instrukcji tej nie kwestionował. Milczące zaakceptowanie treści tej instrukcji (skoro po wstępnym badaniu oferty Wykonawca jednak został wezwany do prezentacji próbki) należy traktować jako zaakceptowanie przez Zamawiającego sposobu uruchomienia i realizacji scenariuszy w niej opisanego (skoro był to element wymagany do złożenia przez wykonawcę). Tezę tę potwierdza również sam Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, bowiem nie podniósł w nim zarzutu niezgodności dołączonej instrukcji uruchomienia próbki i weryfikacji wg. scenariuszy z zapisami SWZ. W tym kontekście Zamawiający pozostaje zatem niekonsekwentny, gdyż zapraszając Odwołującego do prezentacji próbki wg. instrukcji złożonej wraz z ofertą zaakceptował sposób prezentacji próbki zakładający wykorzystanie Internetu i sieci VPN. Co więcej, w trakcie badania próbki Zamawiający również zaakceptował taki sposób prezentacji, nie przerywając badania. Zmiana stanowiska post factum świadczy jedynie o braku przekonania Zamawiającego co do rzeczywistego znaczenia postanowień załącznika nr 9 do SWZ w tym zakresie, co implikuje stwierdzenie, że Odwołujący miał prawo interpretować omawiane treści w sposób opisany powyżej.

Celem próbkowania jest potwierdzenie wyłącznie cech i funkcjonalności opisanych w scenariuszach od 1 do 3 w Załączniku nr 9 do SWZ (1.2), a nie sposobu ich realizacji, w tym miejsca zapisywania danych, sposobu wykorzystania publicznie dostępnych zasobów informatycznych czy zasobów informatycznych Wykonawcy. Jak bowiem czytamy w punkcie I. Wymagań ogólnych w Załączniku nr 9 „próbka oferowanego oprogramowania aplikacyjnego powinna zawierać zainstalowane na nośniku oprogramowanie i przykładowe dane, pozwalające Zamawiającemu na zbadanie zaoferowanego systemu pod względem ich zgodności z wymaganymi przez Zamawiającego cechami i funkcjonalnościami, zgodnie z opracowanymi przez Zamawiającego scenariuszami, które zostały opisane w niniejszym załączniku. Zamawiający zweryfikuje posiadane cechy i funkcjonalności na podstawie scenariuszy 1-3”. Powyższe dobitnie wskazuje, iż Zamawiający w zakresie badania próbki nie powinien wybiegać poza wymagania opisane w scenariuszach 1-3, bowiem ich poprawna realizacja potwierdza zgodność zaoferowanego oprogramowania z OPZ. Zamawiający w żadnym miejscu SWZ, w żadnym kroku scenariuszy 1-3 nie zastrzegł explicite badania

próbki w warunkach offline. Na obecnym etapie Zamawiający nie jest uprawniony do rozszerzania lub uszczegółowienia postanowień załącznika nr 9 do SWZ.

Wykładnia prezentowana przez Zamawiającego jest również nie do pogodzenia z charakterystyką zamawianego systemu. Natura i architektura systemu będącego przedmiotem zamówienia, jako działającego w tzw. chmurze internetowej, wymaga bowiem do jego prawidłowego działania połączenia z siecią Internet.

Odwołujący wskazał, że głównym celem projektu pn. „Rozwój e-usług Województwa podlaskiego” jest rozwój usług publicznych świadczonych drogą elektroniczną, a więc za pośrednictwem Internetu. Immanentną cechą zamawianego systemu informatycznego jest zatem obsługa funkcjonalności przy wykorzystaniu sieci internetowej. Co więcej obsługa formularzy musi być powiązana z portalem ePUAP (co stanowi również wymóg zawarty w SWZ), co samo w sobie implikuje konieczność dostępu do sieci internetowej. W tym zakresie architektura systemu stanowiącego przedmiot zamówienia wymusza zatem sprzężenie funkcjonalności obsługi formularzy jako e-usługi, z siecią Internetową, będącą właściwym i docelowym środowiskiem realizacji e-usług.

Próbka ze swej natury stanowi prezentację wybranych elementów całego systemu, stanowiącego integralną całość, w ramach którego występuje skomplikowany system powiązań i zależności. W związku z tym nielogiczne oraz technicznie nieuzasadnione (o ile nie niemożliwe) byłoby narzucanie odmiennego sposobu realizacji poszczególnych funkcjonalności w ramach próbki niż ten wynikający z wymagań SWZ dla właściwego systemu. Tym bardziej nielogiczny byłby wymóg prezentacji e-usługi w trybie offline w sytuacji, gdy jej naturalnym środowiskiem jest sieć internetowa. Skutkowałoby to de facto prezentacją innego systemu niż oferowany. Ponadto, jak wskazywał Zamawiający, nie narzuca on określonego sposobu wykonania poszczególnych kroków scenariuszy ani określonej architektury systemu, co prima facie wyklucza wprowadzanie na obecnym etapie ograniczeń w możliwości korzystania z Internetu w ramach prezentacji próbki. W pkt 13, cz. II Załącznika nr 9 Zamawiający zastrzega, iż „realizacja scenariuszy nie może przebiegać w sposób niezgodny z OPZ”. Zgodnie z zapisami rozdziału „Wymagania dotyczące wdrożenia portalu” OPZ, docelowy system w zakresie całej funkcjonalności ma zostać uruchomiony w zasobach informatycznych Wykonawcy i dostępny w pełni poprzez sieć Internet. Wymóg prezentacji w warunkach offline jest zatem niezgodny z wymaganiami OPZ, co kolejny raz i dobitnie wskazuje, że zaoferowany system informatyczny winien realizować swoje funkcjonalności w warunkach dostępu do Internetu.

Odwołujący podniósł, że próbka żądana przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu stanowi przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w art. 106 ust. 1 ustawy pzp, a zatem służący wykazaniu, że oferowane dostawy spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone przez Zamawiającego. Taki też charakter nadał próbce Zamawiający w rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 SWZ. Zgodnie z art. 106 ust. 2 próbka, w tym sposób jej badania, musi mieć charakter proporcjonalny oraz być bezpośrednio związana z przedmiotem zamówienia. Nieuprawniona jest zatem taka interpretacja SWZ, która stawiałaby w stosunku do próbki wymagania odmienne niż znajdujące zastosowanie do przedmiotu zamówienia, lub wykraczające poza przedmiot zamówienia. W świetle powyższego nieuprawnione jest również przypisywanie samej procedurze badania próbki cech treści oferty, a w konsekwencji skutków wykraczających poza charakter próbki określony w przepisach. W myśl art. 106 ust. 3 ustawy pzp, Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, co oznacza możliwość wykazania wymaganych cech oferowanych dostaw w sposób odmienny od sposobu określonego przez Zamawiającego.

Bezsporne jest, że w trakcie prezentacji próbki zostały zrealizowane wszystkie punkty scenariuszy 1-3, co oznacza, że system oferowany przez Odwołującego posiada wszystkie funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego. Istotą i nadrzędnym celem badania próbki jest potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego. Taka zgodność została niewątpliwie potwierdzona poprzez prawidłowe zrealizowanie wszystkich scenariuszy. Z punktu widzenia merytorycznej zgodności oferowanego oprogramowania z wymaganiami kwestia korzystania z Internetu przy prezentacji próbki jest bez znaczenia. Jak wspomniano, cały system ma docelowo działać przy wykorzystaniu sieci Internet, w związku z czym o żadnej niezgodności na tym polu nie może być mowy, a SWZ w żadnym miejscu nie narzucało wymogu funkcjonowania systemu w trybie offline. Ewentualne odstępstwo od procedury badania próbki (które w ocenie Odwołującego nie miało miejsca) nie może być utożsamiane z niezgodnością samej próbki z SWZ, a tym samym całej oferty.

Odwołujący podkreślił, że do ustawy pzp w zakresie nieuregulowanym stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego, w tym art. 65 k.c. wyznaczającego kryteria wykładni postanowień umownych. Nadrzędne znaczenie ma w tym względzie rzeczywisty cel postanowień i ich rozumienie przez strony, a nie literalna treść postanowień. Dlatego też, wobec rozbieżności w ocenie prezentowanego przez strony rozumienia pkt. 4 załącznika nr 9, należy uwzględnić pozostałe postanowienia tego dokumentu i całego SWZ oraz wziąć pod

uwagę naturę zamawianego systemu informatycznego. Nie jest przy tym jasne, jakie właściwie znaczenie miałby zakaz korzystania z Internetu podczas prezentacji próbki. Wymóg taki nie tylko byłby irrelevantny z punktu widzenia docelowej architektury systemu wynikającej z SWZ, ale również jest bez znaczenia z punktu widzenia zapewnienia uczciwej konkurencji. Zamawiający przez cały czas dysponuje bowiem próbką w postaci dysku z zapisanym oprogramowaniem, które może samodzielnie badać i testować. Nie można zatem mówić o jakimkolwiek ryzyku dokonania zmian w próbce lub naruszeniu jej integralności, tym bardziej, że prezentacja próbki została utrwalona na nagraniu. Nie wiadomo zatem, jakie znaczenie przypisywał Zamawiający kwestii korzystania z Internetu podczas prezentacji i jakie to ma znaczenie dla oceny zgodności oferowanego systemu z SWZ.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i doktryny, wszelkie niejasności SWZ powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. To zamawiający jako organizator postępowania oraz autor SWZ, powinien ponosić negatywne konsekwencje wadliwego i nieprecyzyjnego sformułowania zapisów, co jest warunkiem sine qua non zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż wyklucza arbitralność decyzji zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że sam Zamawiający, po wysłuchaniu argumentów Wykonawcy, wyraził ostatecznie zgodę na wykorzystanie Internetu do prezentacji próbki, co wskazuje na niejasny charakter postanowień załącznika nr 9 do SWZ oraz przyjęcie w trakcie prezentacji wykładni dopuszczającej korzystanie z sieci Internet. Zamawiający nie przerwał prezentacji oraz nie uzależnił jej dalszego przebiegu od zaprzestania korzystania z połączenia internetowego. Zmiana stanowiska Zamawiającego na obecnym etapie oraz odrzucenie oferty pomimo prawidłowego zrealizowania wszystkich scenariuszy, stanowi zatem działanie niedopuszczalne oraz stanowi próbę nadinterpretacji postanowień SWZ.

W zakresie zarzutu ewentualnego, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział w rozdz. VIII pkt 3 SWZ obowiązek wezwania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że jeżeli Zamawiający uważa, że próbka złożona przez Odwołującego nie pozwala na przetestowanie wszystkich funkcjonalności w trybie offline, powinien uznać próbkę za niekompletną, a w konsekwencji wezwać do jej uzupełnienia oraz ponowić badanie próbki.

Konsekwencją ww. zarzutów, jest zarzut nieuprawnionego unieważnienia postępowania przez Zamawiającego. Wobec złożenia przez Odwołującego prawidłowej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, nie ziszcila się przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 2 ustawy pzp. Czynność ta jest zatem wadliwa prawnie.

W dniu 12 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w dniu 19 października 2021 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania za pośrednictwem platformy przetargowej wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (protokół z przeprowadzenia oceny merytorycznej złożonej oferty, karta katalogowa), dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie (zrzut ekranu, opinia w sprawie prawidłowości wykonania oprogramowania z dnia 1 października 2021 r.) pismo procesowe Odwołującego oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie (oświadczenie producenta z dnia 15 listopada 2021 r., opinia w zakresie badania próbki oprogramowania z dnia 6 października 2021 r.).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt VIII SWZ: Przedmiotowe środki dowodowe– składane wraz z ofertą: „1. Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. 2. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganymi cechami lub kryteriami Zamawiający żąda wskazania w ofercie oraz złożenia wraz z ofertą: 1) Złożenia kart katalogowych lub innych dokumentów potwierdzających, że zaoferowany sprzęt komputerowy spełnia wymagania Zamawiającego określone w Załącznikach od nr 1a do 1 k do SWZ; 2) opis oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego, wskazujący dla każdego elementu zaoferowanego w formularzu ofertowym obejmujący wskazanie producenta/autora nr. wersji i nazwy oprogramowania, 3) próbka oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego przygotowana zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 9 do SWZ, na dwóch dyskach twardej przenośnych (podstawowym i zapasowym), na których przekaże próbkę, w postaci wirtualnej maszyny z zainstalowanym systemem operacyjnym, bazodanowym i oferowanym przez Wykonawcę pakietem oprogramowania zasilonym przykładowymi danymi, które umożliwiają przeprowadzenie procedury badania próbki w zakresie funkcjonalności opisanej w scenariuszach (wykonawca zobowiązany jest w terminie wskazanym przez Zamawiającego przeprowadzić demonstrację złożonej próbki, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 9 do SWZ). 3. Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowego środka dowodowego lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. 4. Zamawiający zaakceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają one, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania i cechy.”

Pismem z dnia 7 października 2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania wskazując następujące uzasadnienie prawne i faktyczne: „Uzasadnienie prawne: Zamawiający unieważnia przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy p.z.p. - wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu. Uzasadnienie faktyczne: W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty złożone przez Wykonawców: Oferta nr 1 - MAXTO sp. z o.o. S.K.A. ul. Willowa 87, 32-085

Modlniczka, Oferta nr 2 - Konsorcjum: Lider konsorcjum: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa Członek konsorcjum: Grupa E sp. z o.o. ul. Piwna 32 43-100 Tychy. Zamawiający odrzucił ofertę nr 1 złożoną przez wykonawcę MAXTO sp. z o.o. S.K.A. ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. jako niezgodną z warunkami zamówienia. (...) Zamawiający odrzucił ofertę nr 2 złożoną przez konsorcjum: Lider konsorcjum: Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa Członek konsorcjum: Grupa E sp. z o.o. ul. Piwna 32 43-100 Tychy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. jako niezgodną z warunkami zamówienia. Wykonawca, zgodnie z rozdziałem XII pkt 3 SWZ - złożył wraz z ofertą załącznik nr 1 do Formularza oferty - formularz cenowy. Przedłożony formularz cenowy nie zawiera w swojej treści cen jednostkowych. Został sporządzony niezgodnie ze sposobem obliczenia ceny określonej w rozdziale XIV pkt 1 SWZ: „Wykonawca podaje cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ wraz z poszczególnymi cenami jednostkowymi określonymi w załączniku 1 do Formularza ofertowego - formularz cenowy”. Zamawiający w Formularzu cenowym również precyzyjnie określił instrukcję jego wypełnienia: „Niniejszy formularz cenowy zawiera formuły, liczące łączne wartości brutto dla poszczególnych pozycji kosztowych. Po wpisaniu cen jednostkowych, łączne wartości brutto powinny wyliczać się automatycznie. Wykonawca zobowiązany jest do sprawdzenia, czy wyliczenia są prawidłowe”. Zamawiający odstąpił od skorzystania z prawa wyjaśnienia treści oferty, gdyż wyjaśnienia, które Wykonawca by złożył w żaden sposób nie spowodowałyby, że ceny jednostkowe by się pojawiły nie zmieniając treści złożonej oferty. Reasumując, formularz cenowy stanowiący załącznik nr 1 do Formularza oferty został sporządzony niezgodnie z warunkami zamówienia. Zamawiający zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymagał agregatu o wymiarach minimalnych: długość 2400 mm x szerokość 1100 mm x wysokość 1800 mm, ciężar 1500 kg. Wykonawca zaoferował agregat o wymiarach: długość 2400 mm x szerokość 1060 mm x wysokość 1750 mm, ciężar 1420 kg. Zaoferowany agregat nie mieści się w wymaganiach minimalnych dotyczących szerokości, wysokości oraz wagi – jest niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Zamawiający badał złożoną próbkę. Dołączona do oferty próbka oprogramowania, zapisana na dysku nie realizuje funkcjonalności obsługi formularzy, realizuje tę funkcjonalność poprzez środowisko zewnętrzne. Próbka została przygotowana niezgodnie z warunkami zamówienia - z pkt 4, części 2 załącznika nr 9 do SWZ, w którym zapisano: „Internet w trakcie prezentacji może być wykorzystywany tylko i wyłącznie do prezentacji takich elementów scenariuszy, których prezentacja jest warunkowana dostępem do Internetu to jest, uwierzytelnienie za

pośrednictwem profilu zaufanego, dokonanie płatności, wysyłanie powiadomień za pomocą Internetu". W związku z tym, iż w postępowaniu obie oferty zostały odrzucone zamawiający zobowiązany jest unieważnić przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy p.z.p."

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba dokonuje oceny prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy przywołane w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych względów Izba nie może przy rozpoznaniu zarzutów odwołania brać pod uwagę dodatkowych okoliczności i przesłanek podnoszonych przez Zamawiającego, a uzasadniających dokonaną czynność, w tym przypadku odrzucenia oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oraz art. 223 ust. 1 i 2 pkt 2 i 3 ustawy pzp.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów dotyczących cen jednostkowych brutto - Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt XIV SWZ: Opis sposobu obliczania ceny: „1. Wykonawca podaje cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ wraz z poszczególnymi cenami jednostkowymi określonymi w załączniku 1 do Formularza ofertowego- formularz cenowy. 2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. 3. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia. 4. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. 5. Zamawiający nie przewiduje rozliczeń w walucie obcej. 6. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia. (...)”

W załączniku nr 1 do formularza ofertowego – formularzu cenowym Zamawiający wskazał: „UWAGA: Niniejszy formularz cenowy zawiera formuły, liczące łączne wartości brutto dla

poszczególnych pozycji kosztowych. Po wpisaniu cen jednostkowych, łączne wartości brutto powinny wyliczać się automatycznie. Wykonawca zobowiązany jest do sprawdzenia, czy wyliczenia są prawidłowe.”

W myśl par. 5 projektu umowy: „§ 5. Termin realizacji przedmiotu umowy 1. Strony ustalają następujący termin realizacji Umowy: do dnia 20 grudnia 2021 r. 2. Z zastrzeżeniem ust. 1 Strony uzgadniają, że realizacja Umowy nastąpi w terminach zgodnych z Harmonogramem realizacji usługi, przygotowanym przez Wykonawcę. Strony zgodnie uznają, że terminowa realizacja Umowy ma kluczowe znaczenie dla Zamawiającego. 3. Zaakceptowany przez Zamawiającego Harmonogram będzie stanowił podstawę do określenia czasu realizacji poszczególnych zadań, jak również prawa do naliczania przez Zamawiającego kar umownych określonych w § 15 Umowy oraz prawa do odstąpienia od Umowy określonego w § 16 Umowy. 4. Harmonogram może ulec zmianie tylko za zgodą Zamawiającego. Zmiana Harmonogramu nie wymaga aneksu do Umowy, jeżeli nie wpływa na termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy. Zmiana Harmonogramu wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. 5. W terminie 5 dni roboczych od dnia zawarcia Umowy, Wykonawca przedstawi do akceptacji Zamawiającego Harmonogram realizacji usługi, określający w szczególności: 1) etapy realizacji przedmiotu zamówienia wraz z terminami ich wykonania; 2) zadania obejmujące zakresy dostaw i prac wdrożeniowych, wchodzących w poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia wraz z terminami ich wykonania; 3) przeszkolenia pracowników Zamawiającego i Partnerów w zakresie dostarczonej infrastruktury oraz Systemu; 4) przeszkolenia pracowników Zamawiającego i Partnerów w zakresie podniesienia kompetencji cyfrowych oraz szkolenia z bezpieczeństwa teleinformatycznego i e-usług. (...)”

Zgodnie z par. 10 projektu umowy: „§ 10. Odbiór przedmiotu umowy 1. Strony postanawiają, że odbiory przedmiotu Umowy (z zastrzeżeniem pozostałych postanowień niniejszego § będą następować po wykonaniu wszystkich prac określonych w Harmonogramie, o którym mowa w § 5 ust. 3 Umowy. Potwierdzeniem wykonania tych prac będą podpisane protokoły odbiorów częściowych prac od każdego Partnera i Lidera. 2. Po wykonaniu wszystkich prac i po podpisaniu wszystkich protokołów odbioru częściowych, Zamawiający przystąpi do Odbioru końcowego umowy. (...)”

W myśl par. 14 projektu umowy: „§ 14. Wynagrodzenie 1. Całkowite wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji całości Przedmiotu Umowy, określonego w § 3 Umowy wyniesie zł brutto (słownie: zł brutto), zgodnie z ofertą Wykonawcy. 2. Wynagrodzenie będzie płatne przelewem w terminie do 30 dni od daty

otrzymania prawidłowo wystawionych faktur na podstawie podpisanych protokołów odbiorów częściowych przez Lidera i Partnerów osobno. (...) 4. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, ma charakter ryczałtowy i zawiera wszelkie koszty, jakie Wykonawca będzie musiał ponieść w związku z wykonaniem Umowy przez cały okres jej trwania, jak również zawiera wynagrodzenie za udzielenie gwarancji dla Systemu/Systemów i infrastruktury oraz za przeniesienie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego wszystkich majątkowych praw autorskich, o których mowa w Umowie w § 13.”

Zgodnie z pkt 3 formularza ofertowego Odwołującego: *„3. SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia za cenę ryczałtową za wykonanie całości przedmiotu zamówienia obliczoną zgodnie z załącznikiem nr 1 do Formularza ofertowego- formularz cenowy. Brutto: 7.636.301,00 zł (słownie: siedem milionów sześćset trzydzieści sześć tysięcy trzysta jeden złotych złotych). Do formularza ofertowego załączam załącznik nr 1 – Formularz cenowy zawierający ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnego przedmiotu zamówienia.”*

Odwołujący złożył załącznik nr 1 do formularza ofertowego – formularz cenowy bez wypełnionych kolumn dotyczących cen jednostkowych brutto. Podane zostały wartości brutto poszczególnych pozycji i cena całkowita brutto.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”*

Zgodnie z art. 223 ust. 1, 2 pkt 2 i 3 oraz ust. 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: (...) 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 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. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.”*

Istotą sporu w zakresie podniesionego zarzutu była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na niewskazanie cen jednostkowych brutto w formularzu cenowym złożonym przez Odwołującego. Odwołujący podnosił, że powyższe braki formularza nadawały się do poprawienia jako inna omyłka ewentualnie Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia cen jednostkowych, czego zaniechał. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa, gdyż uzupełnienie oferty we wskazanym zakresie jako innej omyłki spowodowałoby niedozwoloną istotną zmianę treści oferty Odwołującego, a ewentualne wyjaśnienie stanowiłoby negocjacje treści oferty. Zarzuty odwołania nie zasługują więc w tym zakresie na uwzględnienie z kilku powodów.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że na gruncie nowej ustawy pzp pozostają aktualne rozważania doktryny jak i tezy orzecznicze wypracowane w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3, jako że nie uległ on zmianie co do istoty. Wskazania wymaga, że Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przede wszystkim, aby dokonać poprawienia w ofercie wykonawcy, występująca omyłka, nieprawidłowość w ofercie nie może wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII GA 429/09) instytucja poprawy innych omyłek została wprowadzona: *w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Prawa zamówień publicznych".* Brak jest definicji legalnej *omyłki*, dlatego też należy sięgnąć do jej słownikowego znaczenia. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: *omyłka* oznacza *niewielki błąd*. Nie ma również definicji legalnej *błędu*, jednak zgodnie z zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: oznacza *mylne mniemanie czy niezgodność z obowiązującymi regułami*. Jak podkreślono w uzasadnieniu do rządowego projektu nowelizacji ustawy uchwalonej 4 września 2008 r. wprowadzenie art. 87 ust. 2 pkt 3 miało na celu umożliwienie poprawiania omyłek w szczególności w kosztorysach ofertowych, które powodują zmianę wynagrodzenia,

przykładowo zastosowanie niewłaściwych ilości jednostek (kg, ton itp.). Warunkiem poprawienia omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. *Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.* (tak też: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021). W myśl art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.): *Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).*

Dla oceny istotności zmian w konkretnym stanie faktycznym konieczna jest analiza całości treści oferty, a konsekwencje zmian należy badać w oparciu o przedmiot zamówienia i całość dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego.

Ponadto, poprawiając omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, Zamawiający jest zobowiązany wyznaczyć wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Natomiast zakwestionowanie poprawy przez wykonawcę skutkuje odrzuceniem oferty w myśl art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy aby ustalić wystąpienie przesłanek z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp oraz możliwość poprawy innej omyłki w formularzu cenowym Odwołującego w pierwszej kolejności należało przeprowadzić analizę dokumentacji zamówienia udostępnionej wykonawcom w postępowaniu, na bazie której wykonawcy konstruowali oferty. Zauważenia wymaga, że Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ oczekiwał podania przez wykonawcę ceny za realizację całości zamówienia wraz z poszczególnymi cenami jednostkowymi określonymi w załączniku 1 do Formularza ofertowego- formularzu cenowym. Zauważyć należy, że konstrukcja formularza cenowego oraz zastosowane w nim formuły prowadzą do oczywistego wniosku, że Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców cen jednostkowych brutto poszczególnych

elementów zamówienia, gdyż po ich wpisaniu wartości brutto wyliczały się automatycznie na podstawie wprowadzonych przez Zamawiającego danych (liczby sztuk) i formuł. Na konieczność podania przez wykonawcę cen jednostkowych brutto wskazuje również umieszczona przez Zamawiającego w formularzu uwaga, iż „*formularz cenowy zawiera formuły, liczące łączne wartości brutto dla poszczególnych pozycji kosztowych. Po wpisaniu cen jednostkowych, łączne wartości brutto powinny wyliczać się automatycznie. Wykonawca zobowiązany jest do sprawdzenia, czy wyliczenia są prawidłowe.*” Bezsporne pomiędzy Stronami było, iż Odwołujący wymaganych cen jednostkowych nie podał. W ocenie Izby, braki te pomimo nie wskazania wszystkich cen jednostkowych można by rozpatrywać w kategorii omyłki, gdyż nie wydaje się aby wynikały z celowego działania Wykonawcy, biorąc pod uwagę, iż w złożonym formularzu ofertowym zadeklarował załączenie formularza cenowego zawierającego ceny jednostkowe. Niemniej jednak, aby możliwe było zakwalifikowanie powyższych braków jako innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i dokonanie jej poprawienia w oparciu o dyspozycję tego przepisu, koniecznym jest aby nie doszło w wyniku poprawy do istotnej zmiany treści oferty. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby zmianę uznaje się za istotną, gdy prowadzi do znacznego zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w zakresie merytorycznej treści oferty. Zauważenia wymaga, że aby uzyskać ceny jednostkowe brutto Zamawiający powinien jako wyjściowe uznać wartości brutto podane przez Odwołującego. Wartości te podzielone przez ilość sztuk pozwoliłyby ustalić ceny jednostkowe brutto po zaokrągleniu ich do dwóch miejsc po przecinku, jak wymagał tego Zamawiający zgodnie z SWZ. Istotnym jest jednak, że nie w każdym przypadku tak uzupełnione ceny jednostkowe po przemnożeniu ich przez ilość sztuk pozwalałyby uzyskać wartości brutto założone przez Odwołującego. Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w przypadku przykładowo szkoleń: poz. 3 wartość brutto: 4 000 zł dzielona przez 22 uczestników wskazuje na cenę jednostkową brutto po zaokrągleniu: 181,82 zł. Następnie mnożąc cenę jednostkową 181,82 zł przez 22 uczestników uzyskuje się wartość brutto 4 000,04 zł. Z powyższego wynika, że żadna z danych wskazanych przez Odwołującego dla wyliczenia całkowitej ceny ofertowej nie jest stała i pewna. W konsekwencji, uzupełnienie formularza cenowego Odwołującego niewątpliwie prowadziłoby do wykreowania nowego oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie ceny oferty, tym samym istotnej zmiany merytorycznej treści oferty. Izba zwraca uwagę, że wartości brutto poszczególnych elementów zamówienia mają znaczenie dla rozliczenia z Zamawiającym i Partnerami. Zamawiający przewidział bowiem w umowie odbiór częściowe zamówienia. W ocenie Izby chybione są zatem twierdzenia Odwołującego, że zmiany takiej nie można uznać za istotną, gdyż dotyczy tylko kilku pozycji

formularza, a na skutek poprawy zmiana całkowitej ceny ofertowej byłaby dozwolona i nieznaczna. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że możliwa jest poprawa omyłki co do essentialia negotii zamówienia i oczywiście w okolicznościach danej sprawy można by było uznać powyższy argument za przemawiający za nieistotnością zmiany, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy merytoryczna treść oferty wykonawcy nie ulega zmianie w sposób istotny. Przykładowo jak w przypadku gdy wykonawca błędnie wskaże jednostkę miary w kosztorysie, a dane wyjściowe konieczne dla poprawy omyłki nie ulegają zmianie. Na uwzględnienie nie zasługuje również argumentacja Odwołującego, iż ceny jednostkowe brutto są irrelewantne dla realizacji zamówienia, szczególnie że zamawiający przyjął rozliczenie ryczałtowe a nie kosztorysowe. Twierdzenia te stanowią polemikę z postanowieniami SWZ, których Odwołujący nie kwestionował na etapie ogłoszonego postępowania. Jeśli Wykonawca uważał, że wymaganie podania cen jednostkowych w ofercie jest nieadekwatne dla przedmiotu zamówienia to mógł wnosić o zmianę postanowień SWZ również poprzez wniesienie stosownego środka ochrony prawnej, czego jednak nie uczynił. Na obecnym etapie powyższe twierdzenia należało uznać za spóźnione. Nie jest również tak, że formularz cenowy był nieczytelny czy mógł wprowadzić w błąd wykonawcę przygotowującego ofertę. W ocenie Izby, wymaganie co do podania w formularzu cen jednostkowych brutto było jednoznaczne i nie budzące wątpliwości.

Z tych też względów Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1, gdyż ustalenie cen jednostkowych w drodze wyjaśnień stanowiłoby niewątpliwie prowadzenie negocjacji treści oferty Odwołującego. Na skutek takich wyjaśnień doszłoby w sposób oczywisty do wykreowania nowego oświadczenia woli Wykonawcy.

Na uwzględnienie nie zasługuje także zarzut ewentualny naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Oczywistym jest, że niewskazanie cen jednostkowych w formularzu cenowym nie stanowi oczywistej omyłki rachunkowej. Odwołujący nie popełnił błędu w działaniu matematycznym, które można by było poprawić na podstawie reguł rządzących danym działaniem, tylko nie wskazał wszystkich danych (cen jednostkowych), na podstawie których takie działanie mogłoby zostać prawidłowo poprawione.

Konkludując, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego w rozpatrywanym zakresie nie naruszając przepisów ustawy pzp podniesionych w odwołaniu.

Rozpoznając powyższe zarzuty Izba nie wzięła pod uwagę nowych okoliczności podnoszonych przez Zamawiającego, a nie znajdujących odzwierciedlenia w uzasadnieniu

odrzućenia oferty Odwołującego, jak znaczne zróżnicowanie cen dla poszczególnych Partnerów.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oraz art. 106 ust. 1-3 i 107 ust. 2 i 4 ustawy pzp.

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutów dotyczących próbki Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ po zmianach z dnia 17 sierpnia 2021 r.: „I. Wymagania ogólne. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia wraz z ofertą próbki zaoferowanego przez Wykonawcę portalu e-usług (dalej jako „oprogramowanie aplikacyjne” lub „oprogramowanie”) składającego ofertę w ramach zamówienia pn. „Rozwój e-usług Województwa podlaskiego” potwierdzającą cechy i funkcjonalności w zakresie zgodności z wymaganiami określonymi w niniejszym załączniku do SWZ – Wymagania dla próbki jako te, które zaoferowane systemy posiadają. Próbka oferowanego oprogramowania aplikacyjnego powinna zawierać zainstalowane na nośniku oprogramowanie i przykładowe dane, pozwalające Zamawiającemu na zbadanie zaoferowanego systemu pod względem ich zgodności z wymaganymi przez Zamawiającego cechami i funkcjonalnościami, zgodnie z opracowanymi przez Zamawiającego scenariuszami, które zostały opisane w niniejszym załączniku. Zamawiający zweryfikuje posiadane cechy i funkcjonalności na podstawie scenariuszy 1-3. Zaoferowane oprogramowanie aplikacyjne przedstawione Zamawiającemu na próbce musi zawierać elementy pozwalające na zweryfikowanie przez Zamawiającego każdego kroku opisanego w scenariuszu. (...) Próbkę należy załączyć na dysku przenośnym w dwóch egzemplarzach. Próbka powinna być tak przygotowana, aby w łatwy sposób pozwalała na uruchomienie umieszczonego na niej systemu. Do próbki należy załączyć szczegółową instrukcję z opisem umożliwiającym identyfikację sposobu weryfikacji poszczególnych funkcjonalności systemu. Celem złożenia próbki jest potwierdzenie, że oferowane dostawy (Oprogramowanie Aplikacyjne / oprogramowanie) odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ poprzez jej badanie i wyjaśnianie, zwane dalej badaniem próbki. (...) 1. Zamawiający, wymaga, aby Wykonawca wraz z ofertą złożył dwa dyski: dysk podstawowy i dysk zapasowy, na których przekaże próbkę Oprogramowania Aplikacyjnego wskazanego w pkt. 2, w postaci wirtualnej maszyny z zainstalowanym

systemem operacyjnym, bazodanowym i oferowanym przez Wykonawcę pakietem oprogramowania zasilonym przykładowymi danymi, które umożliwiają przeprowadzenie procedury badania próbki w zakresie i na zasadach opisanych w niniejszym Załączniku do SWZ. 2. Próbka musi zawierać instrukcję umożliwiającą wstępne badanie jej zawartości. Instrukcja musi umożliwić Zamawiającemu sprawdzenie kompletności oprogramowania. W tym celu instrukcja ta musi zawierać wskazówki dotyczące uruchomienia maszyny wirtualnej, loginy i hasła niezbędne do uruchomienia maszyn i zawartego na niej oprogramowania oraz wskazówki dotyczące lokalizacji i sposobu uruchomienia poszczególnych elementów oprogramowania. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zapoznania się z zawartością próbki w dowolnym momencie, w tym do uruchamiania, wyświetlania, kopiowania, przekazywania do instytucji kontrolnych zawartego na niej oprogramowania, a Wykonawca wyraża na to zgodę. 3. Próbka musi zawierać na jednym dysku zewnętrznym (dysk podstawowy) wszystkie systemy / oprogramowanie aplikacyjne oraz instrukcję. Zamawiający dopuszcza zainstalowanie na dostarczonym dysku zewnętrznym więcej niż jednej maszyny wirtualnej. Drugi dysk zewnętrzny (dysk zapasowy) musi posiadać identyczną zawartość jak dysk podstawowy, ponieważ stanowi on jego kopię. (...) 5. W celu przeprowadzenia badania próbki z udziałem Wykonawcy, Zamawiający wezwie Wykonawcę do dokonania prezentacji zawartości próbki złożonej z ofertą. Prezentacja, o której mowa, zostanie przeprowadzona przez Wykonawcę w siedzibie Zamawiającego w oparciu o scenariusze badania próbki opisane w Rozdziale III niniejszego załącznika, zgodnie z procedurą określoną w Rozdziale II – Opis procedury badania. Zamawiający przewiduje prezentację z użyciem rzutnika i prezentowanie wszystkich wykonywanych czynności na ekranie, co pozwoli Zamawiającemu na pełne kontrolowanie jej przebiegu. (...) 8. Dostarczenie sprawnych dysków zewnętrznych (przenośnych) jest obowiązkiem Wykonawcy, a ich parametry muszą pozwalać na sprawne funkcjonowanie wirtualnej maszyny z zainstalowanym systemem operacyjnym, oferowanym oprogramowaniem systemu i przykładowymi danymi. (...) 10. Zamawiający dopuszcza prezentację próbki oraz udzielanie wyjaśnień do próbki przez Wykonawcę za pomocą środków zdalnej komunikacji. W celu przeprowadzenia badania z wykorzystaniem środków zdalnej komunikacji Wykonawca zgłasza zamiar sposobu przeprowadzenia prezentacji na co najmniej 3 dni robocze przed terminem badania, ze wskazaniem narzędzi i metod, które zamierza wykorzystać do przeprowadzenia prezentacji. 11. Badanie próbki z wykorzystaniem środków zdalnej komunikacji nie może wiązać się z dodatkowymi kosztami dla Zamawiającego, w szczególności nie może on być zobowiązany do nabywania dodatkowych usług, licencji na oprogramowanie itd. 12. Badanie próbki z wykorzystaniem

środków zdalnej komunikacji musi być przeprowadzone zgodnie z pozostałymi postanowieniami niniejszego Załącznika do SWZ, w szczególności musi być prowadzone w oparciu o nośniki złożone wraz z ofertą przez Wykonawcę. 13. Niniejszy dokument nie zastępuje OPZ. Wymagania OPZ obowiązują w trakcie prezentacji próbki, tzn. sposób realizacji elementów scenariusza musi być spójny z OPZ i potwierdzać spełnienie wymagań OPZ w zakresie odpowiednim dla każdego elementu scenariusza. 14. Zamawiający dopuszcza badanie próbki do momentu pierwszego braku możliwości prezentacji jakiegokolwiek funkcjonalności systemu w jakimkolwiek kroku niezależnie od przyczyny wystąpienia tego braku. Jeżeli którakolwiek funkcjonalność nie zostanie potwierdzona (nie zostanie potwierdzony którykolwiek z kroków scenariusza lub też sposób jego realizacji będzie stał w sprzeczności z OPZ lub ujawni braki w funkcjonalności określonej w OPZ), Zamawiający uzna, że oferowane dostawy (Oprogramowanie) nie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w OPZ stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, przerwie badanie i odrzuci ofertę. (...) II. Opis procedury badania próbki. 1. Badanie próbki odbędzie się w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający wezwie do przeprowadzenia prezentacji przez Wykonawcę na zasadzie prezentacji zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego w oparciu o scenariusze działania określone w Rozdziale III niniejszego dokumentu (scenariusze 1-3 opisane w rozdziale III). Scenariusze badania próbki z wykorzystaniem wirtualnej maszyny z zainstalowanym systemem operacyjnym i oprogramowaniem z przykładowymi danymi znajdującymi się na dysku zewnętrznym (przenośnym) i podłączonym do komputera, który na czas badania próbki zapewni Wykonawca. W przypadku, jeżeli zakres scenariusza obejmuje badanie aplikacji mobilnych, Wykonawca zapewni też urządzenia mobilne, na których będzie przeprowadzał prezentację funkcjonalności w zakresie wymaganym w scenariuszu. 2. Dopuszczalne jest testowanie aplikacji/stron mobilnych w środowisku emulującym pracę tych urządzeń na komputerze służącym do próbkowania, pod warunkiem zgodności emulatora z ogólnodostępną na rynku wersją systemu (np. Android, IOS). (...) 4. W przypadku, gdy Zamawiający wezwie Wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji przez Wykonawcę, Zamawiający zapewni Wykonawcy na czas przeprowadzenia prezentacji próbki dostęp do Internetu lub zezwoli na wykorzystanie punktu dostępowego zapewnionego we własnym zakresie przez Wykonawcę (wybór należy do Wykonawcy). Internet w trakcie prezentacji może być wykorzystywany tylko i wyłącznie do prezentacji takich elementów scenariuszy, których prezentacja jest warunkowana dostępem do Internetu, tj. uwierzytelnienie za pośrednictwem profilu zaufanego, dokonanie płatności przez Internet, wysyłanie powiadomień za pośrednictwem Internetu. 5. W przypadku, gdy Zamawiający wezwie Wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji przez Wykonawcę,

Wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia, zaprezentowania Zamawiającemu, że badana próbka oprogramowania posiada cechy i funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego zgodnie z danym scenariuszem. Wykonawca zobowiązany jest do udzielenia Zamawiającemu wszelkich wyjaśnień umożliwiających zbadanie, czy oferowane Oprogramowanie Aplikacyjne posiada wymagane cechy i funkcjonalności. Badanie próbki będzie prowadzone do momentu wyczerpania pytań Zamawiającego. W trakcie badania próbki Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy zmiany wartości parametrów bądź danych wprowadzanych do oprogramowania na wartości podane przez Zamawiającego, w celu sprawdzenia, czy wymagane cechy i funkcjonalności nie są symulowane. (...) 8. Z przeprowadzonego badania próbki Zamawiający sporządzi protokół. Przedmiotowy protokół będzie zawierał wskazanie, jakie oprogramowanie zostało zaprezentowane dla danego scenariusza (nazwa oprogramowania i wskazanie autora / producenta) oraz wynik badania dla każdego scenariusza. (...) 11. W przypadku, gdy Zamawiający wezwie Wykonawcę do przeprowadzenia prezentacji przez Wykonawcę ze strony Zamawiającego podczas prezentacji będą obecni członkowie Komisji Przetargowej powołanej przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzega możliwość powołania dodatkowych ekspertów będących uczestnikami prezentacji ze strony Zamawiającego. Badanie próbki odbędzie się w siedzibie Zamawiającego z wykorzystaniem wirtualnej maszyny z zainstalowanym systemem operacyjnym i oprogramowaniem z przykładowymi danymi znajdującymi się na dysku przenośnym, dostarczonym przez Wykonawcę i podłączonym do komputera, który na czas badania próbki zapewni Wykonawca. Wykonawca we własnym zakresie zapewni urządzenia mobilne, na których będzie przeprowadzał próbkowanie w zakresie wymaganym w scenariuszu oraz zapewni urządzenia peryferyjne (np. projektor multimedialny, czytnik kodów kreskowych). Prezentacja funkcji związanych z drukowaniem może być prezentowana poprzez wydruk do pliku PDF. 12. Zamawiający zastrzega sobie możliwość utrwalania na sprzęcie audiowizualnym przebiegu prezentacji, które to umożliwi weryfikację przebiegu prezentacji nawet w terminie późniejszym, jeśli Zamawiający nabierze wątpliwości, że jakikolwiek element scenariuszy był zaprezentowany w sposób niezgodny z wymaganiami scenariuszy. 13. Zamawiający zastrzega możliwość odstąpienia od wezwania Wykonawcy do prezentacji oraz samodzielne badanie próbki w oparciu o załączoną instrukcję z opisem umożliwiającym identyfikację sposobu weryfikacji poszczególnych funkcjonalności systemu. Realizacja scenariuszy nie może przebiegać w sposób niezgodny z OPZ.”

Na podstawie protokołu z badania próbki Izba ustaliła, że w badaniu uczestniczyli również przedstawiciele Odwołującego połączeni zdalnie. Wykonawca zawnioskował o dostęp do Internetu w celu umożliwienia udziału w badaniu próbki zespołowi zdalnie. Zamawiający

umożliwił zdalny udział osób ze strony Wykonawcy, pomimo braku wniosku na 3 dni przed terminem badania. Na prośbę Zamawiającego Wykonawca miał uruchomić aplikację i rozpocząć prezentację bez dostępu do Internetu, jednak prezentacji nie udało się w taki sposób uruchomić. Wykonawca nie wykonał prośby Zamawiającego o wyświetlenie plików wirtualnych, które znajdują się na maszynie. Odwołujący przeprowadził w całości badanie próbki przy stałym dostępie do Internetu oraz VPN, pomimo zastrzeżeń Zamawiającego co do sposobu prezentacji próbki, jako niezgodnego z pkt II 4 załącznika nr 9 do SWZ. Wykonawca argumentował, że dostęp do Internetu jest konieczny wyłącznie ze względu na zdalny udział osób z ramienia Wykonawcy, a maszyny wirtualne zostały dostarczone wraz z próbką. Odwołujący odmówił ponowienia realizacji scenariusza bez dostępu do Internetu, pomimo iż Zamawiający umożliwił dalszą prezentację próbki pod warunkiem, że elementy scenariusza zaprezentowane przez zdalny zespół zostaną następnie zrealizowane bez dostępu do Internetu. Wykonawca wskazał, że próbka może zostać zaprezentowana wyłącznie z dostępem do Internetu. Zamawiający stwierdził, iż realizacja elementów scenariusza nie wymagała dostępu do Internetu. Na pytanie, czy Zamawiający samodzielnie może przeprowadzić badanie próbki zgodnie z instrukcjami załączonymi do próbki, przedstawiciel Wykonawcy wyjaśnił, iż załączył niezbędne pliki, jak i niezbędne dokumenty na dysku przenośnym pozwalające na realizację scenariuszy wykazanych w Załączniku nr 9 do SWZ. Wykonawca wskazał, iż nie wie jakimi zasobami i o jakich umiejętnościach informatycznych celem weryfikacji dysponuje Zamawiający. Wykonawca wskazał, iż pokazywał Zamawiającemu za pośrednictwem przeglądarki internetowej, systemy wyświetlane w przeglądarce w maszynach wirtualnych które znajdują się na dyskach.

Z dowodu złożonego przez Zamawiającego (protokół z przeprowadzenia oceny merytorycznej złożonej oferty) wynika m.in.: *„Na podstawie dalszych analiz zauważyć należy, iż osobom uczestniczącym ze strony Zamawiającego UMWP zgodnie z załączonymi instrukcjami do próbki oprogramowania bez większych trudności udało się uruchomić maszyny wirtualne z oprogramowaniem BEZ DOSTĘPU DO INTERNETU oraz zgodnie z instrukcją zrealizowane zostały pierwsze punkty scenariusza 1. Natomiast w punkcie 5 okazało się, iż dostarczona próbka oprogramowania w zakresie funkcjonalności obsługi formularzy, nie realizuje ich z wykorzystaniem środowiska lokalnego i oprogramowania dostarczonego w ramach próbki lecz łączy się poprzez Internet ze środowiskiem zewnętrznym wykonawcy oraz tworzone formularze zamiast w środowisku lokalnym zapisuje na serwerze: <https://probka-eform.madkom.pl/> pod adresem IP: 194.181.113.197 należącym do MADKOM S.A. przykładem jest zapisany testowy 'formularz-33' z 2021-09-14. [Zamawiający załączył zrzuty ekranu] Tym samym zauważyć należy, iż dołączona do oferty*

ta konkretna próbka oprogramowania dostarczona na dysku przez Wykonawcę nie realizuje funkcjonalności obsługi formularzy, ponieważ jest to realizowane poprzez środowisko zewnętrzne.”

Ze zrzutu ekranu z dnia 17 listopada 2021 r. złożonego przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że na serwerze: <https://probka-eform.madkom.pl/> brak jest wcześniej zapisanych formularzy, wyświetla się komunikat o braku dostępu.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”*

Zgodnie z art. 106 ust 1, 2 i 3 ustawy pzp: *„1. Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 2. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. 3. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.”*

Artykuł 107 ustawy pzp stanowi: *„1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.”*

Istota sporu w zakresie podniesionych zarzutów, mając na względzie podstawy odrzucenia sprowadzała się do interpretacji postanowień SWZ w zakresie wymagań co do sposobu

przeprowadzenia badania próbki. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, że postanowienia załącznika nr 9 do SWZ: „Wymagania dla próbki przedmiotu zamówienia oraz zasady i zakres jej badania” były jednoznaczne i nie zawierają niejasności, które ewentualnie mogłyby przemawiać na korzyść Wykonawcy. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że wymagania dotyczące próbki i sposobu jej testowania były nieprecyzyjne w zakresie dostępu do Internetu w trakcie badania. Zamawiający wskazał jednoznacznie, że umożliwi dostęp do Internetu jednocześnie czyniąc zastrzeżenie, że dotyczy on tylko tych elementów scenariusza, które same przez się determinują prezentację przy użyciu Internetu. Nie chodziło zatem o umożliwienie dostępu wtedy, gdy wymaga tego architektura systemu opracowana przez Wykonawcę, a wyłącznie gdy obiektywnie nie jest możliwa realizacja scenariusza bez dostępu internetowego. Zamawiający wskazał przy tym na przykładowy katalog, który mógłby wymusić skorzystanie z Internetu. W ocenie Izby okoliczność, że podane przez Zamawiającego przykłady nie występowały w elementach scenariuszy, które wykonawca był zobowiązany zrealizować jest irrelevantna i w żadnym przypadku nie czyni zastrzeżenia co do dostępu do Internetu nieważnym. Ponadto, takie sformułowanie postanowień SWZ jest zgodne z zasadami logiki i celem, jaki przyświecał przeprowadzeniu testowania oprogramowania. Zamawiający poczynił zastrzeżenie aby uzyskać pewność, że oprogramowanie aplikacyjne zostało w całości umieszczone w dyskach, które Wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą, co eliminowałoby ewentualne zagrożenie co do uzupełniania zawartości próbki w trakcie testowania czy też symulowania przebiegu badania, które miało wykazać spełnienie wymagań funkcjonalnych i zgodność próbki z warunkami zamówienia. Zastrzeżenia co do dostępu do Internetu nie wyłącza również postanowienie o możliwości przeprowadzenia zdalnej prezentacji próbki. Oczywistym jest, że w takim przypadku wykonawca mógł uzyskać dostęp internetowy wyłącznie w celu połączenia zdalnego z przedstawicielami wykonawcy. Zakres ten nie mógł rozciągać się jednak na stały dostęp internetowy przy prezentacji próbki. Zamawiający wskazał w załączniku nr 9 do SWZ, że zdalna komunikacja musi być przeprowadzona zgodnie z pozostałymi postanowieniami załącznika, a więc również zgodnie z pkt II 4. W ocenie Izby, podnoszone przez Odwołującego twierdzenia, że dostęp do Internetu był możliwy w trakcie całej prezentacji próbki, są zatem chybione i nie znajdują uzasadnienia w postanowieniach SWZ.

Co do argumentacji Odwołującego, że wymaganie dotyczące ograniczonego dostępu do Internetu w trakcie testowania próbki jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, gdzie

budowa architektury systemu należała do wykonawcy, a system będzie wymagał docelowo na etapie użytkowania dostępu do Internetu to Izba wskazuje, że są to twierdzenia spóźnione, ponieważ Odwołujący kwestionuje postanowienia dokumentów zamówienia, które to zastrzeżenia mógł zgłaszać na etapie ogłoszonego postępowania.

Konfrontując zatem postanowienia dokumentów zamówienia ze sposobem prezentacji próbki przez Wykonawcę, stwierdzić należy, że Wykonawca nie wykazał spełnienia przez próbkę wymaganych funkcjonalności w warunkach opisanych w załączniku nr 9 do SWZ. Jak wynika z protokołu badania próbki, Odwołujący nie przeprowadził prezentacji próbki bez dostępu do Internetu, pomimo wniosków w tym zakresie ze strony przedstawicieli Zamawiającego, co w zasadzie było okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami. Odwołujący podnosił, że to architektura systemu wymagała dostępu do Internetu, a nie próbka, niemniej jednak w trakcie prezentacji, zgodnie z zastrzeżeniem pkt II.4 to elementy scenariusza determinowały czy testowanie może zostać przeprowadzone przy użyciu Internetu, a nie system Wykonawcy. Odwołujący nie podjął próby wykazania, że wszystkie elementy scenariusza wymuszały taki dostęp. Ponadto, jak wynika z dowodu złożonego przez Zamawiającego – protokołu oceny merytorycznej oferty z dnia 5 października 2021 r., Zamawiający sam zrealizował pierwsze cztery punkty scenariusza nr 1 bez dostępu do Internetu, co potwierdza tezę, że w trakcie badania próbki taki stały dostęp nie był konieczny. Z protokołu wynika także, że w trakcie realizacji pkt 5 próbka *„łączy się poprzez Internet ze środowiskiem zewnętrznym wykonawcy oraz tworzone formularze zamiast w środowisku lokalnym zapisuje na serwerze: <https://probka-eform.madkom.pl/> pod adresem IP: 194.181.113.197 należącym do MADKOM S.A.”*, co potwierdza, iż próbka nie spełniała funkcjonalności bez dostępu do Internetu. Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 9 Zamawiający był uprawniony do samodzielnego przeanalizowania próbki. Irrelevantna dla oceny odrzucenia oferty Odwołującego była również okoliczność, że Zamawiający nie przerwał testowania, co powinien zdaniem Odwołującego uczynić, skoro stwierdził niezgodność z dokumentami zamówienia. Izba zwraca uwagę, że z protokołu badania próbki wynika, iż do końca badania Zamawiający ponawiał wniosek o przeprowadzenie przez Wykonawcę testowania bez dostępu do Internetu, dając szansę Wykonawcy na zrealizowanie badania próbki w sposób zgodny z wymaganiami, czego Odwołujący nie uczynił.

W konsekwencji Wykonawca nie wykazał w trakcie testowania realizacji elementów scenariusza i funkcjonalności próbki oprogramowania w sposób zgodny z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez obie Strony – opinii Pana P., Izba biorąc pod uwagę, że są to opinie prywatne, a nie opracowane przez niezależnego od Stron biegłego w postępowaniu odwoławczym, potraktowała je jako stanowiska procesowe Stron. Szczególnie, że są to dwie opinie przygotowane w dniu 1 października i 6 października 2021 r. przez tą samą osobę, o różniącej się treści, a okoliczność, iż opinia przedłożona przez Odwołującego została opracowana na zlecenie Zamawiającego, została przez tego ostatniego zanegowana, podważa wiarygodność złożonych opinii. Izba zauważa również, że w opinii z dnia 1 października 2021 r. Opiniujący stwierdza m.in. że system jest rozwiązaniem rozproszonym i ma możliwość łączenia się z adresami URL i IP należącymi m.in. do Madkom sp. z o.o. Ponadto wskazuje: *„Ekspert nie brał udziału w prezentacji próbki przez MADKOM. Dopiero po testowaniu manualnym próbki uznał, że EZD i CU działało prawidłowo, lecz z użyciem zasobów sieciowych należących do MADKOM.”* I dalej: *„Stąd formularze zapisywały się prawdopodobnie na zewn. lokalizacji <http://probka-form.madkom.pl/> dla domyślnego trybu pracy aplikacji Cyfrowego Urzędu”* oraz *„rozwiązania MADKOM zostały wykonane w architekturze rozproszonej i domyślnie konfiguracja wskazywała wykorzystanie zasoby sieciowe należące do MADKOM.”* W kolejnej opinii z dnia 6 października 2021 r. ten sam Opiniujący wskazuje odwołując się do pierwszej opinii: *„11.2. Opinia (1.3) wskazuje, że tylko niektóre funkcjonalności (związane z edycją formularza) wymagały dostępu do Internetu, lecz nie wskazuje w jakim stopniu i w jakim zakresie dokładnie wykorzystywane są te zasoby w szczególności zasoby informatyczne Wykonawcy. Nie ma dowodów na twierdzenie, że niektóre kroki zostały wykonane w całości (w pełni) przy użyciu zasobów Wykonawcy w sieci Internet. Nie jest wykluczone, że tylko znikomy, ale kluczowy element funkcjonalności wykorzystuje w jakimś zakresie zasoby Wykonawcy. (...) a cała pozostała funkcjonalność jest realizowana przez system dostarczony na próbce.”* W drugiej opinii Ekspert próbuje łagodzić wnioski wyprowadzone w opinii z dnia 1 października 2021 r. Pomimo powyższych okoliczności z obu opinii wynika, że chociażby niektóre z funkcjonalności systemu wymagały dostępu do Internetu. Izba zaznacza przy tym, jak już zostało to podkreślone w niniejszym uzasadnieniu, że próbka przedłożona wraz z ofertą powinna była wykazać spełnienie wymagań i funkcjonalności w trakcie prowadzonej prezentacji, gdzie przez spełnienie wymagań rozumieć należy realizację scenariuszy bez dostępu do Internetu bądź jedynie w takim zakresie jak wymagały tego elementy scenariusza.

Izba stwierdziła, iż brak było podstaw do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia próbki w trybie art. 107 ust. 2 ustawy pzp, gdyż Odwołujący złożył próbkę na dwóch dyskach – nośnikach danych, jak wymagał tego Zamawiający. Izba podziela stanowisko

Zamawiającego, że powyższy przepis determinuje wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego wyłącznie w sytuacji, gdy przedłożone środki są niekompletne bądź w ogóle nie zostały złożone, a nie gdy nie wykazują zgodności z warunkami zamówienia, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Dlatego też zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy pzp nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 107 ust. 4 ustawy pzp Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia postawionego zarzutu. Ponadto, trudno w okolicznościach niniejszej sprawy uznać, że jakiegokolwiek wyjaśnienie Wykonawcy w zakresie próbki mogłyby spowodować rozstrzygnięcie spornych kwestii omówionych w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut okazał się zasadny, jednak odwołanie podlegało oddaleniu z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutów wcześniejszych, w konsekwencji których oferta Odwołującego pozostaje ofertą odrzuconą z postępowania. Uznanie rozpatrywanego zarzutu za zasadny pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, a zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp: *„Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”*

W zakresie zarzutów dotyczących agregatu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z załącznikiem nr 1 g do OPZ Agregat po zmianie SWZ z dnia 17 sierpnia 2021 r. Zamawiający wskazał w Tabeli „Opis minimalnych wymagań techniczno-funkcjonalnych.” W poz. 1 Tabeli wymagał: *„Agregat prądotwórczy stacjonarny w obudowie z silnikiem diesla – paliwo: olej napędowy”,* w poz. 2: *„Moc przy pracy ciągłej min. 62 kVA / 50 kW”,* w poz. 3: *„Poziom, do którego można przeciążyć agregat przez jedną godzinę raz na dwanaście godzin pracy min. 69 kVA / 55 kW”,* w poz. 5 Tabeli wymagał: *„Konstrukcja agregatu na ramie wykonanej z blachy stalowej zabezpieczona przed korozją i pomalowana, Wymiary: długość 2400 mm x szerokość 1100 mm x wysokość 1800 mm. Ciężar 1500 kg.”,* w poz. 6 Tabeli wymagał: *„Pojemność zbiornika zainstalowanego w ramie agregatu minimum 130 litrów i wystarczająca na 8 h pracy pod pełnym obciążeniem dla mocy ciągłej PRP.”*

W odpowiedzi na pytanie wykonawcy: *„Proszę o wyjaśnienie dot. załącznika nr 1 g do OPZ Agregat - czy Zamawiający dopuści dostawę urządzenia o równoważnych parametrach i zbiorniku paliwa minimum 130 litrów?”* Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2021 r. udzielił

odpowiedzi: „Zamawiający dopuszcza urządzenia równoważne - agregat prądotwórczy – pod warunkiem spełniania postawień OPZ, w szczególności, że zaproponowana pojemność zbiornika zainstalowanego w ramie agregatu będzie wystarczająca na 8 h pracy pod pełnym obciążeniem dla mocy ciągłej PRP.”

Odwołujący złożył kartę katalogową Agregatu, w której w poz. 5 Tabeli (Parametry techniczno-funkcjonalne”) wskazał: „Konstrukcja agregatu na ramie wykonanej z blachy stalowej zabezpieczona przed korozją i pomalowana. Wymiary: długość 2400 mm x szerokość 1060 mm x wysokość 1750 mm, Ciężar 1420 kg.”, a w poz. 6: „Pojemność zbiornika zainstalowanego w ramie agregatu 140 litrów i wystarczająca na 8 h pracy pod pełnym obciążeniem dla mocy ciągłej PRP.”

Z dowodu złożonego przez Zamawiającego: karta katalogowa zaoferowanego przez Odwołującego Agregatu wynikają następujące wymiary: „długość 2400 mm, szerokość 1060 mm, wysokość 1750 mm, Masa 2200 kg.”, pojemność zbiornika paliwa: „120 l” oraz zużycie paliwa przy maksymalnym obciążeniu (PRP@100%): „15,7 l”.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Artykuł 223 ust. 1 ustawy pzp stanowi: „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.”

Na wstępie wskazania wymaga, że na gruncie nowej ustawy pzp i wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy pzp.

Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy

w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy w pierwszej kolejności na konstrukcję załącznika nr 1g do OPZ. W nagłówku dotyczącym wszystkim parametrów Zamawiający podał, że są to minimalne wymagania, niemniej jednak w odniesieniu do części parametrów Zamawiający wskazał na zakres bądź dodał, że jest to minimalny parametr. W przypadku wymiarów agregatu brak było takich wyznaczników. Postanowienia formularza były w tym zakresie nieprecyzyjne. Interpretacja wskazanych wymagań powinna w ocenie Izby nastąpić z uwzględnieniem odpowiedzi Zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2021 r., której analiza prowadzi do wniosku, iż w zakresie podanych w załączniku nr 1g do OPZ parametrów Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne. Wyznacznikiem tej równoważności miały być funkcje użytkowe agregatu, w szczególności co do 8 h pracy pod pełnym obciążeniem dla mocy ciągłej PRP. Zdaniem Izby wyjaśnienia Zamawiającego odnosiły się do wszystkich parametrów agregatu a nie wyłącznie do zbiornika paliwa. Taka interpretacja wymagań jest zresztą zgodna ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie. Z treści karty katalogowej Odwołującego wynika, że zaoferowany agregat spełnia funkcje użytkowe stanowiące kryterium równoważności. W ocenie Izby, kierując się kryterium równoważności Odwołujący był uprawniony zaoferować rozwiązanie – agregat o mniejszych wymiarach, który spełnia wymagane funkcje użytkowe. Logicznym jest bowiem, że agregat o mniejszych wymiarach ale spełniający kryterium równoważności jest rozwiązaniem korzystniejszym. Abstrahując jednak od powyższego, jak wynika z karty katalogowej przedłożonej przez Odwołującego w postępowaniu, wskazane wymiary

dotyczyły konstrukcji agregatu na ramie wykonanej z blachy stalowej. Na podstawie tych danych, nie można było stwierdzić jednoznacznie, że wymiary agregatu wraz z obudową nie osiągają wymiarów określonych przez Zamawiającego. Z dowodu złożonego Izbie przez Odwołującego – oświadczenia producenta wynika, że zaoferowany agregat wraz z obudową osiąga wymiary, o których mowa w załączniku nr 1g do SWZ. Niezgodność z warunkami zamówienia Zamawiający ustalił na podstawie karty katalogowej zamieszczonej na stronie internetowej. W ocenie Izby, rozbieżności pomiędzy danymi z karty katalogowej Odwołującego, a informacjami podanymi na stronie internetowej powinny zostać wyjaśnione w trybie stosownego wezwania. Jak wynika z oświadczenia producenta informacje na stronie internetowej mają charakter poglądowy, a zamawiany przez wykonawcę agregat może posiadać parametry zindywidualizowane zgodnie z zapotrzebowaniem. Konkludując, w ocenie Izby zaoferowany agregat spełniał warunki zamówienia, a odrzucenie oferty Odwołującego w tym zakresie było nieuprawnione.

W świetle powyższego Izba uznała podniesiony zarzut za zasadny, co jednak nie mogło spowodować uwzględnienia odwołania, z uwagi na brak wpływu na wynik.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy pzp, zgodnie z którym: *„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: wszystkie złożone (...) oferty podlegały odrzuceniu.”* W postępowaniu złożono dwie oferty, w tym ofertę Odwołującego, które zostały odrzucone, a zatem Zamawiający był uprawniony postępowanie unieważnić na podstawie przywołanego przepisu ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu w wysokości 411,21 zł na podstawie spisu kosztów oraz z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie rachunku złożonego przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: