

WYROK
z dnia 4 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Vol System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie, ul. Mickiewicza 21, 31-120 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Apius Technologies Spółka Akcyjna, ul. Moniuszki 50, 31-523 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności:

- wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty wykonawcy Vol System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań

oraz nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny oferty w tym:

- wezwanie wykonawcy Vol System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań do złożenia wyjaśnień w zakresie sprzecznych

oświadczeń w Formularzu ofertowym oraz wypełnionym załączniku nr 1A do Specyfikacji Warunków Zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie, ul. Mickiewicza 21, 31-120 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Vol System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań** z tytułu wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Uniwersytetu Rolniczego im. Hugona Kołłątaja w Krakowie, ul. Mickiewicza 21, 31-120 Kraków** na rzecz wykonawcy **Vol System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań** kwotę **18 657 zł 99 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt siedem złotych i dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł 00 gr), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr) oraz kosztów dojazdu na posiedzenie (57 zł 99 gr).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i wdrożenie oprogramowania do wirtualizacji dla Uniwersytetu Rolniczego im. Hugona Kołłątaja w Krakowie”, prowadzonego przez Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie, ul. Mickiewicza 21, 31-120 Kraków (dalej „zamawiający”) wykonawca Vol System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- oceny ofert wykonawców,
- odrzucenia oferty odwołującego,
- zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki, w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,
- zaniechania żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści jego oferty oraz przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji, gdy zamawiający w zbliżonej sytuacji wezwał do złożenia wyjaśnień wykonawcę Apius Technologies S.A. (dalej „przystępujący”),
- zaniechania odrzucenia oferty przystępującego,
- poprawienia w ofercie przystępującego omyłki (w razie, gdyby zamawiający dokonał poprawienia omyłki – odwołującemu nie została udostępniona korespondencja w tym zakresie),
- wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
- zaniechania niezwłocznego udostępnienia odwołującemu całości dokumentacji przetargowej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na niespełnienie wymogu dotyczącego aktualnej w dniu poprzedzającym dzień składania ofert wersji oprogramowania, podczas gdy oferta odwołującego spełnia przedmiotowy wymóg, ponieważ obejmuje oprogramowanie sprzedawane w najnowszej wersji, co oznacza, iż oferowana wersja zawsze będzie aktualna – w tym także w dniu poprzedzającym dzień składania ofert,
2. art. 223 ust. 2 pkt 3), poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki w oznaczeniu wersji oprogramowania oznaczonej omyłkowo w formularzu

ofertowym jako „Nacview 2.0.” zamiast prawidłowego oznaczenia „Nacview 2.3.13” w sytuacji, gdy omyłka ta stanowi inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, wobec czego zamawiający miał obowiązek jej poprawienia,

3. art. 223 ust. 1, poprzez zaniechanie ewentualnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty oraz przedmiotowego środka dowodowego celem wyjaśnienia kwestii związanych z oznaczeniem wersji oferowanego oprogramowania jako „Nacview 2.0” w sytuacji, gdy aktualną na dzień poprzedzający dzień składania ofert pozostawała wersja „Nacview 2.3.13”, a wykonawca jednocześnie oświadczył m.in. w ramach Załącznika nr 1A do SWZ, iż oferuje oprogramowanie aktualne na dzień poprzedzający dzień składania ofert, ponieważ oferowane oprogramowanie jest sprzedawane w najnowszej wersji,
4. art. 16 PZP w zw. z art. 223 ust. 1, poprzez zaniechanie ewentualnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty oraz przedmiotowego środka dowodowego celem wyjaśnienia kwestii związanych z oznaczeniem wersji oferowanego oprogramowania w sytuacji, gdy zamawiający w zbliżonej sytuacji wezwał do złożenia wyjaśnień przystępującego, naruszając w konsekwencji zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
5. art. 226 ust. 1 pkt 5, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia,
6. art. 223 ust. 2 pkt 1) i 3), poprzez bezpodstawne poprawienie omyłki w ofercie przystępującego w sytuacji, gdy nie zachodziły przesłanki do poprawienia omyłki (w razie, gdyby zamawiający dokonał poprawienia omyłki – odwołującemu nie została udostępniona korespondencja w tym zakresie),
7. art. 18 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434) (dalej „Rozporządzeniem w sprawie protokołu”), poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu całości dokumentacji postępowania do wglądu (a w szczególności zaniechanie udostępnienia ewentualnej korespondencji zamawiającego w odpowiedzi na wyjaśnienia przystępującego 29 listopada 2021 r.),
8. art. 16, poprzez naruszenie przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób,

który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. nieważnienia wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. unieważnienia czynności poprawienia omyłki w ofercie przystępującego (w razie, gdyby zamawiający dokonał poprawienia omyłki – odwołującemu nie została udostępniona korespondencja w tym zakresie),
4. dokonania czynności ponownej oceny ofert,
5. udostępnienia odwołującemu protokołu postępowania oraz wszystkich załączników, w tym także pełnej korespondencji pomiędzy zamawiającym a przystępującym w tym zawiadomień zamawiającego o ewentualnym poprawieniu omyłki,
6. poprawienia innej omyłki w rozumieniu 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w ofercie odwołującego, poprzez poprawienie oznaczenia wersji oprogramowania wskazanej przez odwołującego w formularzu ofertowym z omyłkowego oznaczenia „Nacview 2.0” na prawidłowe oznaczenie „Nacview 2.3.13” – po ewentualnym wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii związanych z oznaczeniem wersji oferowanego oprogramowania,
7. odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
8. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż oferty zarówno odwołującego, jak i przystępującego są niezgodne z warunkami zamówienia i podlegają odrzuceniu
9. unieważnienia postępowania w części dotyczącej zadania nr 3 na podstawie art. 255 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 259 tej ustawy.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenie oferty odwołującego odwołujący podał, że zamawiający wymagał podania w ofercie m.in. wersji oferowanego oprogramowania oraz, aby oprogramowanie to było w wersji aktualnej w dniu poprzedzającym dzień składania ofert.

Wskazał, że w swoim formularzu ofertowym zaoferował oprogramowanie Nacview 2.0., a jednocześnie w ramach Załącznika nr 1A wskazał, iż „Spełnia” wymóg, by dostarczone oprogramowanie było oprogramowaniem w wersji aktualnej w dniu poprzedzającym dzień składania ofert”. Nadto, że w opisie sposobu spełniania

przedmiotowego wymagania oświadczył, iż „*Oprogramowanie jest sprzedawane w najnowszej wersji*”

Podkreślił, że zarówno oświadczenie o spełnieniu wymogu, jak i opis sposobu spełnienia wymagania zostały wypełnione przez dowołującego, co oznacza, że odwołujący złożył wiążące oświadczenia woli.

Stwierdził, że z tego względu, iż z załącznika 1A wynika, iż złożył on oświadczenie, że spełnia powyższy wymóg zamawiającego w ten sposób, iż oferuje oprogramowanie sprzedawane w najnowszej wersji odwołujący ma pewność, że spełnia wymóg, ponieważ zakupiona od producenta wersja zawsze będzie aktualna – w tym także w dniu poprzedzającym dzień składania ofert.

Dodatkowo oświadczył, że nie ma nawet żadnych możliwości kupienia od producenta wersji nieaktualnej (wersji, która nie jest najnowsza), ponieważ wynika to z polityki sprzedaży stosowanej przez producenta, polegającej polega na tym, że oprogramowanie Nacview jest oferowane i sprzedawane przez producenta wyłącznie w najnowszej dostępnej wersji, nie ma możliwości zakupu jakiegokolwiek wersji wcześniejszej.

Wyraził przekonanie, że każda kolejna wersja jest przy tym „lepsza” od poprzedniej – dodawane są kolejne funkcjonalności i wprowadzane poprawki.

Podał, że taka polityka sprzedaży jest stosowana powszechnie przez większość producentów oprogramowania obejmującego rozwiązania m.in. z zakresu monitorowania i bezpieczeństwa, co – wedle odwołującego – wynika to z faktu, że kolejne wersje zawierają dodatkowe funkcje lub poprawki zwiększające bezpieczeństwo i producenci oferują tylko najnowsze wersje, aby zagwarantować klientom jak największe bezpieczeństwo.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności załączył do odwołania oświadczenie producenta Nacview oraz cennik oprogramowania Nacview, gdzie nie ma rozróżnienia wersji oprogramowania, a nie ma jej – stwierdził – z tego powodu, że oferowana jest właśnie zawsze wersja najnowsza.

Uzupełnił, że w ramach Załącznika 1A potwierdził, iż oferowane przez niego oprogramowanie posiada funkcjonalność, która jest dostępna w wersji Nacview 2.3.12 oraz, że z oświadczenia producenta wynika m.in., iż aktualną i najnowszą w dniu poprzedzającym dzień składania ofert wersją oprogramowania było Nacview 2.3.13.

Oświadczył, że obecnie najnowszą wersją jest Nacview 2.3.15.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w toku badania oferty odwołującego prowadził korespondencję e-mail z producentem zaoferowanego przez niego oprogramowania, z której wynika, iż od około pół roku dostępna na rynku jest wersja Nacview v2.3.12., jednak bez wzywania odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty co do wersji oferowanego oprogramowania odrzucił ofertę odwołującego.

Odwołujący oświadczył, że w formularzu ofertowym wyłącznie przez niezamierzoną omyłkę wskazał oznaczenie „Nacview 2.0”, zamiast prawidłowego oznaczenia najnowszej i aktualnej, na dzień poprzedzający dzień składania ofert, wersji, tj. „Nacview 2.3.13” – była to omyłka osoby wypełniającej formularz ofertowy – załączył do odwołania swoje oświadczenie

z 14 stycznia 2022 r.

Stanął na stanowisku, że omyłka występująca w formularzu ofertowym winna zostać uznana za inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zostały spełnione wszystkie przesłanki zastosowania tego przepisu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Odwołujący podał, że wykonawca ten w formularzu ofertowym wskazał, iż oferuje 1000 licencji ClearPass NL AC, zaś zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia oferty: *„czy zaoferowana liczb a licencji oprogramowania (system u) wskazana w formularzu ofertowym (załącznik nr 1.3 SWZ) dla zadania nr 3 jest w stanie obsłużyć 10 000 jednocześnie podłączonych urządzeń (endpoints)?”*, uzyskując odpowiedź, iż *„W ofercie została wyceniona m.in. licencja: JZ405AAE Aruba ClearPass NL AC 10K CE E-LTU umożliwiająca obsługę 10 000 jednocześnie podłączonych urządzeń (endpoints). Sformułowanie "2 licencji Cx000V VM- Based Appilance, 1000 licencji ClearPass NL AC" zawiera oczywistą omyłkę pisarską i prawidłowo powinno brzmieć: 2 licencji Cx000V VM- Based Appilance, 10000 licencji ClearPass NL AC”*.

Odwołujący podniósł, że choć nie posiada wiedzy czy i w jaki sposób poprawiona została oferta przystępującego (zamawiający udostępnił mu dokumentację pośród której brakowało informacji na temat tego, czy zamawiający poinformował przystępującego o poprawieniu omyłki), to może przypuszczać, iż:

- skoro oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza to zamawiający poprawił ww. omyłkę zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego lub w inny sposób,
- zamawiający nie poprawił oferty przystępującego i mimo to wybrał ją jako najkorzystniejszą.

Stanął na stanowisku, iż żadne z powyższych działań nie było dopuszczalne i oferta przystępującego winna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Podniósł dodatkowo, że brak wezwania odwołującego do wyjaśnienia oferty w zakresie oznaczenia oprogramowania w sytuacji, gdy wezwanie zostało skierowane do przystępującego stanowi naruszenie podstawowych zasad ustawy Pzp w tym zasady równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutów 1-3 (zgodnie z numeracją z odwołania) odwołujący wskazał, że przepisy ustawy Pzp przewidują obok omyłek pisarskich i rachunkowych tzw. inne omyłki, które polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia i, w konsekwencji, mogą być poprawione pod warunkiem, że nie powodują istotnych zmian w treści oferty – ustawa przewiduje następujące przesłanki ich poprawienia:

- wystąpienie niezamierzonej omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z dokumentami zamówienia,
- istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Wskazał, iż Zamawiający ma prawo i obowiązek poprawić inne omyłki w ofercie gdy spełnione zostaną powyższe przesłanki.

Podał, iż przyjmuje się, iż inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów (nie można za inną omyłkę przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy). Powtórzył, że omyłka odwołującego w formularzu ofertowym była niezamierzona, na co wskazuje fakt, iż wskazana przez niego wersja nie może zostać nawet nabyta od producenta oprogramowania lub od jakiegokolwiek dystrybutora, ponieważ sprzedawana jest wyłącznie wersja najnowsza.

Wykonawca pozostaje Autoryzowanym Partnerem producenta, który oferuje produkt NACVIEW w wielu przetargach i wielokrotnie wdrażał ten produkt. Wykonawca nie mógł więc świadomie zaoferować wersji, która nie jest sprzedawana – wiedząc, iż od producenta może kupić tylko wersję najnowszą. Wskazanie omyłkowo oznaczenia wersji oprogramowania, które nie jest najnowszą wersją nastąpiło więc wyłącznie omyłkowo i nie można przypisać Odwołującemu celowości w działaniu.

Skoro w załączniku nr 1 (innym dokumencie) zawarł oświadczenie, że oprogramowanie jest sprzedawane w wersji najnowszej, to – wywodziła odwołujący – pokazuje to, iż nie działał celowo, oznaczając w formularzu ofertowym nieprawidłową (nieaktualną) wersję oprogramowania.

Wskazał, że w orzecznictwie KIO przyjmuje się, iż ustawa nie uzależnia możliwości dokonania poprawy od stopnia przyczynienia się wykonawcy, a tym bardziej stopnia zawinienia wykonawcy do powstania niezgodności, a jedynym warunkiem ograniczającym możliwość uznania danego błędu za inną omyłkę jest zakaz wprowadzania w wyniku poprawy istotnych zmian w treści oferty.

Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2018 r. sygn. akt KIO 913/18, zgodnie z którym „*właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią*

siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane” oraz z dnia 27 lipca 2016 r. sygn. KIO 1286/16, zgodnie, z którym „Omyłka w ofercie polegająca na niezgodności tej oferty z SIWZ, może powstać zarówno przez niedbalstwo czy lekkomyślność przy sporządzaniu oferty, jak też być wynikiem niezrozumienia lub przeoczenia wymagań SIWZ, co do opisu przedmiotu zamówienia czy sposobu sporządzenia oferty. Ostateczną weryfikacją "intencji" wykonawcy w tym zakresie będzie wyrażenie zgody na dokonane przez zamawiającego poprawienie oferty lub jej odmowa”.

Skonstatował, że zakres rozumienia pojęcia „omyłki” w rozumieniu 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest bardzo szeroki.

Podniósł, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym, jednak w orzecznictwie KIO oraz w piśmiennictwie wypracowanych zostało szereg definicji – wskazuje 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, 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.

Powołał się na wyrok KIO z 24 czerwca 2013 r., zgodnie z którym „*pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP z 2004 r. winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian”.*

Zdaniem odwołującego poprawienie omyłki w formularzu ofertowym co do oznaczenia wersji oprogramowania nie prowadzi do zmiany oświadczenia woli odwołującego co do oferowanego produktu, ponieważ producent oprogramowania oferuje do sprzedaży wyłącznie najnowszą wersję i odwołujący złożył oświadczenie w ramach Załącznika nr 1A, iż spełnia wymaganie zamawiającego co do aktualności oferowanego oprogramowania z uwagi na to, że jest ono sprzedawane w najnowszej wersji, co oznacza, iż oświadczenie woli odwołującego od samego początku, tj. już w ramach oferty obejmowało aktualną najnowszą wersję oprogramowania Nacview (tj. 2.3.13”).

Zmiana w samym oznaczeniu wersji oprogramowania wg stanu na dzień poprzedzający dzień składania ofert, które zawsze jest sprzedawane w wersji najnowszej, wywołał odwołujący, nie może być w okolicznościach sprawy uznana za istotną zmianę w treści oferty.

Oświadczył, że ostatecznie wdrażane zawsze jest oprogramowanie w najnowszej wersji, co wynika z polityki producenta i z oświadczenia odwołującego.

Stwierdził, że poprawienie oznaczenia wersji w jego formularzu ofertowym przywróci wyłącznie zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli odwołującego, co nie będzie miało żadnego wpływu na oferowany przedmiot zamówienia objęty oświadczeniem woli wobec czego zamawiający miał obowiązek poprawienia tej omyłki.

Podkreślił, że w sytuacji gdy zamawiający w dokumentach zamówienia zażądał od wykonawców złożenia wraz ofertą przedmiotowych środków dowodowych, badanie i ocena ofert dokonywane są dodatkowo przy uwzględnieniu informacji wynikających z tych dowodów, uzupełniając, że przedmiotowe środki dowodowe stanowią składnik oferty.

Wskazał, że w doktrynie prawa dopuszcza się, iż poprawienie omyłek może polegać także na usunięciu sprzeczności w ofercie; zgodnie z zasadą „co wolno więcej, to tym bardziej wolno mniej”, skoro możliwe jest poprawienie oferty w merytorycznym zakresie, to tym bardziej możliwe jest przyjęcie, że wskazane prawidłowo w jednym miejscu oferty informacje lub zobowiązania pozwalają na usunięcie sprzecznych z nimi informacji.

Powołał się na wyrok z dnia 27 maja 2013 r. sygn. akt KIO 1152/13, zgodnie z którym *„Za nieuprawnione należy uznać takie działania Zamawiającego, który nie mając ku temu wyraźnych podstaw, przyjmuje, iż treścią oferty objęte jest oświadczenie, które rodzi dla Odwołującego negatywne konsekwencje tym bardziej, że na co zwraca się uwagę w orzecznictwie, iż wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ, bowiem celem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przedmiotowego zamówienia”*.

Podniósł, iż przy badaniu oferty odwołującego uwzględniony powinien być załącznik nr 1A do SWZ – skoro z oświadczeń wynikających z tego dokumentu wynikało spełnienie wymogów zamawiającego co do wersji oprogramowania to zamawiający winien uwzględnić te oświadczenia i po ewentualnych wyjaśnieniach odwołującego związanych z niespójnością pomiędzy formularzem ofertowym a przedmiotowym załącznikiem, dokonać poprawienia omyłki nie zaś arbitralnie przyjmować, iż przy takiej niespójności wiążące jest oświadczenie, które rodzi dla odwołującego negatywne konsekwencje, tym bardziej, iż z okoliczności wynika, że oferować mógł wyłącznie aktualne oprogramowanie.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1472/15, zgodnie z którym *„(...) jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując*

decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści s.i.w.z. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.”

Wskazał, że „inne omyłki” nie mają przymiotu oczywistości, tym samym sposób ich poprawienia może być bardziej skomplikowany niż w przypadku omyłek oczywistych, jednak przyjmuje się, że poprawienie innych omyłek może nastąpić w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień, czy po uzyskaniu przez zamawiającego informacji z innych źródeł.

Powołał się na wyrok z dnia 13 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1088/17, zgodnie z którym *„Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione”*

Uznał, że poprawienie innych omyłek w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może, a często nawet musi być poprzedzone żądaniem wyjaśnień od wykonawców, ponieważ zamawiający w przypadku innych omyłek może nie wiedzieć, jak należy poprawić ofertę, uzyskując zaś wyjaśnienia, będzie też mógł łatwiej ocenić, czy poprawa spowoduje istotną zmianę w treści oferty. Uzupełnił, że obowiązek uzyskania wyjaśnień dotyczy także sytuacji, gdy treść dokumentów pozostaje niespójna.

W ocenie odwołującego w sytuacji, gdy oznaczenie oprogramowania w formularzu ofertowym oraz oświadczenia wynikające z Załącznika nr 1A pozostawały niespójne – zamawiający, mając wątpliwości co do spełnienia jego wymogów, miał obowiązek zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty skoro z Załącznika 1A wynikało spełnienie wymogów zamawiającego co do wersji oprogramowania – zamawiający winien wyjaśnić czy wersja wskazana w formularzu została wpisana w wyniku omyłki, tym bardziej, iż z oświadczenia odwołującego wynika, że oprogramowanie jest sprzedawane w najnowszej wersji.

Uzupełnił, że jakkolwiek fakt omyłkowego oznaczenia wersji oprogramowania wynika z opisanych powyżej okoliczności, to dzięki wyjaśnieniom odwołującego zamawiający mógłby wyjaśnić wątpliwości i poprawić omyłkę po uzyskanych dodatkowo wyjaśnieniach odwołującego co do zaistnienia omyłki i tego, że oferuje najnowszą wersję oprogramowania, tj. Nacview 2.3.13).

Podkreślił, że zamawiający prowadził korespondencję z producentem oprogramowania Nacview i także z tego źródła miał możliwość potwierdzenia informacji o najnowszej wersji tego oprogramowania w dniu poprzedzającym dzień składania ofert.

Podsumował, że zamawiający miał wszelkie podstawy, aby poprawić omyłkę w oznaczeniu wersji oprogramowania w ofercie odwołującego, a także do ewentualnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty.

Wskazał, że instytucja poprawiania omyłek służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, gdy z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z jego warunkami.

Stanął na stanowisku, że złożył ofertę, która gwarantuje realizację zamówienia zgodnie z jego warunkami, zaoferował oprogramowanie w najnowszej wersji zgodnie z wymogami zamawiającego, które posiada wszelkie wymagane przez zamawiającego funkcjonalności, wobec czego omyłka wyłącznie w oznaczeniu wersji oprogramowania nie powinna skutkować wyeliminowaniem odwołującego z postępowania, tym bardziej, iż z oferty odwołującego wynika, iż oferuje najnowszą wersję, a omyłkowo wskazał nieprawidłowe oznaczenie wersji, której nawet nie można kupić u producenta jako nieaktualnej.

Uzupełnił, że wprowadzenie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp obowiązującej w dotychczasowym brzmieniu (obecnie art. 223 ust. 2) miało na celu wyeliminowanie sytuacji, w których stwierdzone w ofertach niedokładności, rozbieżności, niespójności prowadziły do odrzucenia oferty, ustawodawca, wprowadzając przepis dał prymat obowiązkowi korygowania ofert wykonawców, w granicach określonych przez prawo, na dalszy plan przesuając formalizm postępowania.

W odniesieniu do zarzutu 4 (zgodnie z numeracją z odwołania) odwołujący stwierdził, że w przypadku jego oferty oraz oferty przystępującego wystąpiły rozbieżności (nieścisłości) pomiędzy oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym a oświadczeniem zawartym w Załączniku nr 1A – rozbieżności dotyczyły tych samych dokumentów.

Stwierdził także, że w przypadku przystępującego rozbieżność dotyczyła liczby oraz rodzaju zaoferowanych licencji na oprogramowanie, zaś w przypadku odwołującego oznaczenia wersji oprogramowania, co oznacza, że rozbieżności te dotyczyły szczegółowych kwestii związanych z oferowanym oprogramowaniem.

Na powyższej podstawie ocenił, że zamawiający w zbliżonej sytuacji, tj. występowania rozbieżności pomiędzy tymi samymi dokumentami w ofertach dwóch wykonawców, wezwał przystępującego do wyjaśnienia wątpliwości z tym związanej (tj. ze spełnianiem wymogów zamawiającego), natomiast nie skierował takiego wezwania do odwołującego, arbitralnie przyjmując, iż rozbieżność powoduje, że oferta odwołującego jest niezgodna z dokumentacją zamówienia, co stanowi zdaniem naruszenie przez zamawiającego zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W odniesieniu do zarzutów 5 i 6 (zgodnie z numeracją z odwołania) odwołujący stwierdził, że wskazane przez przystępującego w formularzu ofertowym licencje: „1000 licencji ClearPass NL AC” nie spełniają wymogów zamawiającego, co nie budzi wątpliwości, ponieważ sam przystępujący potwierdził w swoim piśmie z 29 listopada 2021 r., iż cytowane sformułowanie zawiera omyłkę.

Stwierdził także, że z wyjaśnień przystępującego wynika, iż zaoferowana liczba licencji pozostawała zbyt mała lub nie została wskazana prawidłowa licencja, co – według odwołującego – nie jest jasne z uwagi na sprzeczności w wyjaśnieniach przystępującego, polegające na tym, że:

1. z jednej strony wskazuje on, iż „w ofercie została wyceniona m.in. licencja: JZ405AAE Aruba ClearPass NL AC 10K CE E-LTU umożliwiająca obsługę 10 000 jednocześnie podłączonych urządzeń (endpoints)”,
2. z drugiej strony wskazuje, iż w treści formularza ofertowego znajduje się oczywista omyłka pisarska w sformułowaniu „2 licencji Cx000V VM- Based Appilance, 1000 licencji ClearPass NL AC” i prawidłowo powinno brzmieć: „2 licencji Cx000V VM- Based Appilance, 10000 licencji ClearPass NL AC”,

akcentując przy tym, że oznaczenie i nazwa licencji jak w pkt. pierwszym nie zostały wskazane w formularzu ofertowym (w formularzu ofertowym wskazano na licencje: „ClearPass NL AC”).

Staął na stanowisku, że wyceniona licencja JZ405AAE Aruba ClearPass NL AC 10K CE ELTU nie została oznaczona w formularzu ofertowym, podkreślając że producent oferowanego przez przystępującego oprogramowania oferuje wiele różnych licencji ClearPass NL AC, na potwierdzenie czego załączył do odwołania dokumentację techniczną Aruba ClearPass

Uznał, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu już z uwagi na fakt, iż nie zawiera oznaczenia umożliwiającego dokładną identyfikację oferowanego przez Apilus oprogramowania, co pozostaje aktualne nawet w przypadku, gdy zamawiający ewentualnie poprawił formularz ofertowy zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego.

Zdaniem odwołującego omyłki wskazanej w wyjaśnieniach przystępującego nie można uznać za oczywistą omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ przez „oczywistą omyłkę pisarską” rozumie się taką niedokładność, która nasuwa się każdemu bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, ustaleń lub obliczeń, zatem oczywiste omyłki mogą dotyczyć wyłącznie strony formalnej tekstu oferty, a poprawienie błędu nie może prowadzić do zmiany poszczególnych warunków oferty.

Stwierdził, że wyjaśnienia przystępującego pozostają niejasne, nie jest oczywiste na czym mogła polegać omyłka skoro z jednej strony przystępujący powołuje się na jedną konkretnie oznaczoną licencję, a z drugiej na liczbę ogólnie oznaczonych licencji.

Podniósł, że poprawienie może prowadzić do zmiany poszczególnych warunków oferty co do oferowanych licencji.

Zdaniem odwołującego wskazana w wyjaśnieniach przystępującego omyłka nie podlega także poprawieniu jako tzw. „inna omyłka”, ponieważ prowadziłoby to do istotnych zmian w treści oferty – poprawienie w formularzu ofertowym wskazanej liczby licencji z jednego tysiąca na dziesięć tysięcy oznacza zbyt istotną zmianę, zmiana powoduje zbyt duże zwiększenie liczby licencji wskazanych w formularzu ofertowym.

Stanął na stanowisku, że ewentualne poprawienie omyłki jako oczywistej omyłki pisarskiej lub jako „innej” omyłki pozostaje bezpodstawne i w takiej sytuacji zasadne pozostaje ewentualne unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie przystępującego, co oznacza, że oferta przystępującego będzie podlegać odrzuceniu także z uwagi na to, że licencje: *“2 licencji Cx000V VM- Based Appilance, 1000 licencji ClearPass NL AC”* nie umożliwiają obsługi 10 000 jednocześnie podłączonych urządzeń (endpoints) – co jest wymagane przez zamawiającego w dokumentacji zamówienia.

Zaznaczył, że wobec powyższego oferta przystępującego podlega odrzuceniu także w razie gdyby w odpowiedzi na wyjaśnienia przystępującego zamawiający w ogóle nie podjął żadnych czynności związanych z poprawieniem omyłki wskazanej przez tego wykonawcę.

W odniesieniu do zarzutu 7 (zgodnie z numeracją z odwołania) odwołujący podał, że 12 stycznia 2022 r. złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz 14 stycznia 2022 r. o udostępnienie wszelkiej korespondencji pomiędzy zamawiającym a oferentami, w tym wezwań oraz udzielonych odpowiedzi, w odpowiedzi na co zamawiający udostępnił odwołującemu 14 stycznia 2022 r. dokumentację postępowania, pośród której brakowało jakiegokolwiek informacji na temat tego, czy zamawiający poinformował przystępującego o poprawieniu omyłki wskazanej w wyjaśnieniach tego wykonawcy.

Jeżeli taka korespondencja była przeprowadzona, lecz nie została udostępniona, zastrzegł odwołujący, to uzasadnia to naruszenie przepisów.

W ocenie odwołującego powyższe stanowi naruszenie przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania, ponieważ utrudnia ono złożenie przez niego odwołania – odwołujący nie mógł powołać się szczegółowo na okoliczności wynikające z ewentualnej korespondencji zamawiającego dotyczącej omyłki przystępującego.

W odniesieniu do zarzutu 8 (zgodnie z numeracją z odwołania) odwołujący wskazał, że kluczowa dla zamówień publicznych zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe ich traktowanie na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości oraz, że jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

Uzupełnił, że prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty oznacza powinność udostępniania wnioskującemu o to wykonawcy całości dokumentacji postępowania objętej wnioskiem.

Odwołujący stwierdził, że następujące czynności zamawiającego, zostały dokonane z naruszeniem ww. zasady:

1. zamawiający nie udostępnił odwołującemu całości dokumentacji postępowania;,
2. zamawiający nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty oraz przedmiotowego środka dowodowego celem wyjaśnienia kwestii związanych z oznaczeniem wersji oferowanego oprogramowania w sytuacji, gdy zamawiający w zbliżonym stanie faktycznym wezwał do złożenia wyjaśnień przystępującego,
3. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę nie spełniającą warunków zamówienia,
4. zamawiający dokonał oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD-R) przy piśmie z dnia 21 stycznia 2022 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odwołania oraz następujących załączników do odwołania: oświadczenia odwołującego z dnia 14 stycznia 2022 r., oświadczenia Scan IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań z dnia 17 stycznia 2022 r., odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 20 stycznia 2022 r., stanowiska przystępującego – pismo z dnia 31 stycznia 2022 r., złożonego przez odwołującego w toku rozprawy oświadczenia Scan IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań z dnia 31 stycznia 2022 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz

przystępującego zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (posiada legitymację do wniesienia odwołania), czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali.

Wskazać należy, że wszystkie zarzuty odwołania dotyczyły jednego z zadań częściowych, tj. zadania nr 3 – *„dostawa i wdrożenie oprogramowania dla systemu monitorowania dla Uniwersytetu Rolniczego im. Hugona Kołłątaja w Krakowie”*

Skład orzekający Izby rozpoznał zarzuty w kolejności jak niżej, nadając im inną niż w odwołaniu numerację.

Skład orzekający Izby – w odniesieniu do wszystkich zarzutów – ustalił, co następuje.

W załączniku nr 1 do SWZ, będącym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (VI.I SWZ), w wierszu WS3 zamawiający wymagał, *„by dostarczone oprogramowanie było oprogramowaniem w wersji aktualnej w dniu poprzedzającym dzień składania ofert”*, zaś w wierszu SKD25 *„Musi obsługiwać nie mniej niż 10 000 jednocześnie odłączonych urządzeń endpoints”*

Obowiązkiem wykonawców, na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia było złożenie m.in. wypełnionego załącznika nr 1A do SWZ (IX.I SWZ), w którym zamawiający ujął, jako jeden z minimalnych parametrów przedmiotu zamówienia – wymogów, aby dostarczone oprogramowanie było oprogramowaniem w wersji aktualnej w dniu poprzedzającym dzień składania ofert (poz. 3 Załącznika nr 1A do SWZ – *„Wykaz parametrów oferowanych lub sposobu spełniania wymagań zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia”*).

Obowiązkiem wykonawców było także złożenie m.in. wypełnionego załącznika nr 1.3, tj. *„Formularza ofertowego”* (XI.I SWZ), w którym w części II *„Informacja o oferowanym oprogramowaniu”* w wierszu trzecim *„Wersja oferowanego przedmiotu zamówienia”* wykonawca miał podać żadaną informację, zaś w wierszu piątym i szóstym odpowiednio *„Rodzaj licencji”* oraz *„Liczba licencji”*

Termin składania ofert upłynął 12 listopada 2021 r.

Odwołujący podał w swoim Formularzu ofertowym w części II wiersz trzeci, iż oferuje oprogramowanie w wersji „Nacview 2.0”, zaś w wypełnionym załączniku 1A do SWZ w poz. 3, że spełnia wymaganie zamawiającego oraz, że „oprogramowanie jest sprzedawane w najnowszej wersji”.

Przystępujący podał w swoim Formularzu ofertowym w części II wiersz piąty (Rodzaj licencji) i szósty (Liczba licencji) odpowiednio: „Niewygasająca (perpetual)” oraz „2 licencje Cx000V VM-Based Appliance, 1000 licencji ClearPass NL AC”

W poz. 25 załącznika nr 1A do SWZ „Musi obsługiwać nie mniej niż 10 000 jednocześnie podłączonych urządzeń (endpoints)” w kolumnach 3 i 4 przystępujący wpisał odpowiednio „Spełnia” oraz „System obsługuje 10 000 jednocześnie podłączonych urządzeń (endpoints)”

Pismem z dnia 29 listopada 2021 r. zamawiający, wskazując iż dostrzegł rozbieżność pomiędzy treścią załącznika nr 1.3 a treścią załącznika nr 1A przystępującego co do liczby zaoferowanych licencji wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, tj. odpowiedzi na pytanie: „czy zaoferowana liczba licencji oprogramowania (systemu) wskazana w formularzu ofertowym (załącznik nr 1.3 SWZ) dla zadania nr 3 jest w stanie obsłużyć 10 000 jednocześnie podłączonych urządzeń (endpoints)?”.

W tym samym dniu przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „W ofercie została wyceniona m.in. licencja: JZ405AAE Aruba ClearPass NL AC 10K CE E-LTU umożliwiająca obsługę 10 000 jednocześnie podłączonych urządzeń (endpoints). Sformułowanie "2 licencji Cx000V VM- Based Appliance, 1000 licencji ClearPass NL AC" zawiera oczywistą omyłkę pisarską i prawidłowo powinno brzmieć: 2 licencji Cx000V VM- Based Appilance, 10000 licencji ClearPass NL AC”.

Pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, uzasadniając swoją czynność w następujący sposób: „Zgodnie z zapisami rozdziału IX. 1 pkt 3 ppkt 1 SWZ dla zadania nr 3, Wykonawca składający ofertę w postępowaniu na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych tj. wykazu minimalnych parametrów wymaganych przez Zamawiającego dla oprogramowania lub sposobu spełniania wymagań zawartych w OPZ, zgodnie z załącznikiem nr 1A SWZ składany wraz z ofertą w celu potwierdzenia parametrów wymaganych w SWZ. Niniejsze środki dowodowe miały potwierdzić zgodność oferowanego oprogramowania z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji poprawności merytorycznej oferty. (...) Po dokonaniu otwarcia ofert w ww. postępowaniu i

weryfikacji złożonych dokumentów, a mianowicie załącznika nr 1A SWZ tj. przedmiotowego środka dowodowego, Zamawiający wezwał pismem z dnia 29-11-2021 r., Wykonawcę do uzupełnienia i wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 06-12-2021 r., Wykonawca we wskazanym przez Zamawiającego zakresie dokonał uzupełnienia i wyjaśnienia treści załącznika nr 1A SWZ załączając do treści pisma odpowiednie dokumenty. W toku badania i oceny oferty Wykonawcy Vol System Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań, Zamawiający, zwrócił się również do producenta oferowanego oprogramowania w celu przesłania specyfikacji technicznej rozwiązania NAC. W odpowiedzi na przesłaną korespondencję elektroniczną producent przesłał Datasheet, w którym zebrane zostały najważniejsze funkcjonalności systemu NACVIEW. Ponadto Zamawiający weryfikując parametry techniczne oferowanego oprogramowania określone w przedmiotowym środku dowodowym, zwrócił się do producenta oprogramowania o wskazanie wersji oprogramowania Nacview oraz daty wprowadzenia do produkcyjnego użytkowania w celu dokonania weryfikacji czy oferowana wersja oprogramowania wskazana w ofercie NACVIEW 2.0. spełnia w tym zakresie wymagania Zamawiającego wskazane w OPZ i przedmiotowych środkach dowodowych tj. Załącznik nr 1A (wymagania Systemu poz. 3). Zamawiający wymagał, by dostarczone (oferowane) oprogramowanie było oprogramowaniem w wersji aktualnej w dniu poprzedzającym dzień składania ofert tj. w dniu 11-11-2021 r. Z treści przesłanej wiadomości e-mail od producenta wynika, iż aktualną wersją oprogramowania NACVIEW jest wersja NACVIEW v2.3.12, dostępna na rynku od około pół roku, co potwierdza wydruk korespondencji elektronicznej z producentem. Powyższe rozumieć należy, że wersja oprogramowania NACVIEW 2.0 nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie ww. wymogu dot. aktualnej w dniu poprzedzającym dzień składania ofert tj. w dniu 11-11-2021 r., wersji oprogramowania.

Zamawiający dokonał również weryfikacji oferty na stronie internetowej producenta z kolejnymi wydanymi wersjami oprogramowania NACVIEW. Zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie producenta <https://nacview.com/pl/blog> wersja 2.1.18 była dostępna od dnia 08-07-2019 r., wersja 2.2 była dostępna od dnia 24-03-2020 r., wersja 2.3 była dostępna od dnia 18-01-2021 r. W związku z powyższym, zaoferowane oprogramowanie w wersji 2.0 nie było aktualną wersją oprogramowania na dzień poprzedzający składanie ofert. Oferowana wersja NACVIEW 2.0 była wersją aktualną przed datą 08-07-2019 r., tzn. jeszcze przed dostępnością na rynku wersji 2.1 .18.

Zamawiający uznał, iż treść ww. oferty Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta niezgodna z warunkami zamówienia to m.in. taka w której przedmiot oferowanego świadczenia nie odpowiada temu opisanemu przez Zamawiającego, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.”

Do zawiadomienia zamawiający załączył korespondencję, na którą się powołał (z 10 i 13 grudnia 2021 r.).

Odrębnym pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Tytułem wstępu skład orzekający Izby podkreśla, że zawiadamiając odwołującego o odrzuceniu jego oferty zamawiający nie wskazał jako podstawę faktyczną tej czynności niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SWZ z tego względu, że zaoferowane oprogramowanie „w najnowszej wersji” nie jest, jak wymagał zamawiający, oprogramowaniem aktualnym w dniu poprzedzającym dzień składania ofert, ale z tego względu, że zaoferowane oprogramowanie Naciew 2.0 nie jest oprogramowaniem aktualnym na dzień poprzedzający dzień składania ofert toteż pominął stanowiska i argumentację uczestników referując do tej kwestii.

Zarzut pierwszy – zaniechania ewentualnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty oraz przedmiotowego środka dowodowego celem wyjaśnienia kwestii związanych z oznaczeniem wersji oferowanego oprogramowania jako „Nacview 2.0” w sytuacji, gdy aktualną na dzień poprzedzający dzień składania ofert pozostawała wersja „Nacview 2.3.13”, a wykonawca jednocześnie oświadczył m.in. w ramach Załącznika nr 1A do SWZ, iż oferuje oprogramowanie aktualne na dzień poprzedzający dzień składania ofert, ponieważ oferowane oprogramowanie jest sprzedawane w najnowszej wersji, czym zamawiający naruszył przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp

oraz

zarzut drugi – zaniechania ewentualnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty oraz przedmiotowego środka dowodowego celem wyjaśnienia kwestii związanych z oznaczeniem wersji oferowanego oprogramowania w sytuacji, gdy zamawiający w zbliżonej sytuacji wezwał do złożenia wyjaśnień przystępującego, naruszając w konsekwencji zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 tej ustawy potwierdziły się.

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

Zgodnie zaś z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp *„Zamawiający poprawia w ofercie: 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”*

Opracowane przez zamawiającego i zaprezentowane w SWZ zasady oceny ofert wykonawców wiążą, na etapie tejże oceny, tak wykonawców, jak i samego autora SWZ, tj. zamawiającego.

Z postanowień SWZ jednoznacznie wynika, że wykonawcy mieli złożyć oświadczenie co do wersji oferowanego oprogramowania oraz, że podstawą weryfikacji miał być wypełniony przez wykonawców załącznik nr 1A do SWZ – to ten dokument miał służyć potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Skoro zamawiający przypisał oświadczeniom własnym wykonawców kluczowe znaczenie, to – w przypadku wątpliwości co do oświadczeń zawartych w ofercie (ich sprzeczności) – winien je wyjaśniać przede wszystkim z wykonawcami.

Zamawiający samodzielnie uznał, na podstawie korespondencji z producentem zaoferowanego przez odwołującego oprogramowania, że wskazana przez odwołującego wersja oprogramowania Nacview 2.0. nie była aktualna w dniu poprzedzającym dzień składania ofert, ponieważ – jak wskazał zamawiający w zawiadomieniu z 5 stycznia 2022 r. – *„aktualną wersją oprogramowania NACVIEW jest wersja NACVIEW v2.3.12”*.

W konsekwencji zamawiający uznał także, że odwołujący, aby spełnić wymóg, winien zaoferować inną niż wskazana w Formularzu ofertowym wersję oprogramowania, tj. winien wskazać *„Nacview v2.3.12”*.

Abstrahując od tego, że odwołujący zakwestionował w odwołaniu ustalenia zamawiającego co do tego, że aktualną w dniu poprzedzającym dzień składania ofert była wersja 2.3.12, wskazując, że była to wersja 2.3.13 i załączając do odwołania na potwierdzenie tegoż oświadczenie producenta z 17 stycznia 2022 r., skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że uznanie przez zamawiającego z jednej strony, że „prawidłową” wersją oprogramowania jest inna niż wskazana przez odwołującego w Formularzu ofertowym oraz z drugiej strony, że oświadczenie odwołującego z załącznika nr 1A do SWZ potwierdza spełnienie parametru/wymogu oraz uszczegóławia, że *„oprogramowanie jest sprzedawane w najnowszej wersji”*, winno doprowadzić zamawiającego do wniosku, że treść oferty odwołującego jest wewnątrznie sprzeczna. Jak trafnie podnosił odwołujący *„Zamawiający nie powinien arbitralnie przyjmować, iż przy takiej niespójności wiążące jest oświadczenie, które rodzi dla Odwołującego negatywne konsekwencje”* (str.15 pierwszy akapit).

Uwzględniając zaś oczywiste dążenie i obowiązek zamawiającego, zgodne z interesem samego zamawiającego, wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnej

z wymaganiami SWZ, zamawiający winien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie tej sprzeczności, tym bardziej, że oświadczeniom własnym wykonawcy zamawiający przypisał kluczowe znaczenie (nie żądając żadnych dokumentów od podmiotów trzecich dotyczących oferowanej wersji oprogramowania).

Treść odwołania (w tym oświadczenia odwołującego z 14 stycznia 2022 r.) oraz oświadczenia odwołującego z rozprawy nie pozostawiają wątpliwości, że odwołujący wyjaśniłby zamawiającemu jaka jest polityka producenta co do sprzedaży kolejnych wersji oprogramowania, że podanie innej wersji oprogramowania było omyłką, tj. zamiast „Nacview 2.0” winien podać „Nacview 2.3.13”

Zamawiający w takiej sytuacji winien:

- po pierwsze, ustalić, czy w okolicznościach sprawy (polityka producenta), identyfikacja zaoferowanego oprogramowania, poprzez opis „*oprogramowanie jest sprzedawane w najnowszej wersji*” oznacza, że może chodzić wyłącznie o oprogramowanie w jednej, konkretnej wersji,
- po wtóre, poddać weryfikacji to, czy rzeczywiście aktualną na dzień poprzedzający dzień składania ofert jest wersja 2.3.13 (czy jednak 2.3.12),
- po trzecie, rozważyć, skoro poprawienie omyłki jest jego ustawowym obowiązkiem, czy rzeczywiście zachodzi którykolwiek przypadek, o którym mowa w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w okolicznościach sprawy, tym bardziej, że wezwanie do wyjaśnień skierował do przystępującego – o czym mowa w dalszej części uzasadnienia – winien skierować wezwanie do złożenia wyjaśnień także do odwołującego, czego zaniechał.

Dostrzec należy, że zarówno w przypadku oferty odwołującego, jak i w przypadku oferty przystępującego wystąpiły rozbieżności pomiędzy takimi samymi dokumentami, tj. oświadczeniami zawartymi w Formularzach ofertowych a oświadczeniami zawartymi w Załączniku nr 1A. W przypadku przystępującego rozbieżność dotyczyła liczby zaoferowanych licencji, zaś w przypadku odwołującego oznaczenia wersji oprogramowania.

W ocenie składu orzekającego Izby oba przypadki są zbliżone, uzasadniając podjęcie podobnych działań zamawiającego sprowadzających się do wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień co do dostrzeżonych, konkretnych niezgodności.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że korespondencja e-mail zamawiającego z producentem, załączona do zawiadomienia z 5 stycznia 2022 r., nie była kompletna (zaczyna się od odpowiedzi z 10 grudnia 2021 r., brak natomiast samego zapytania) i była prowadzona w kontekście konkretnych funkcjonalności (TEAP oraz MPSK), co nie przesądza jeszcze o tym, że wersja 2.3.12 była aktualna na dzień poprzedzający

dzień składania ofert w zakresie innych, wymaganych przez zamawiającego, funkcjonalności.

Zarzut trzeci – zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego omyłki w oznaczeniu wersji oprogramowania oznaczonej omyłkowo w formularzu ofertowym jako „Nacview 2.0.” zamiast prawidłowego oznaczenia „Nacview 2.3.13” w sytuacji, gdy omyłka ta stanowi inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, wobec czego zamawiający miał obowiązek jej poprawienia skład orzekający Izby uznał za przedwczesny wobec tego, że zamawiający nie zwracał się do odwołującego o wyjaśnienia, które zamawiający mógłby poddać ocenie w szczególności co do dopuszczalności dokonania poprawienia oferty odwołującego z zastosowaniem art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, która – co wymaga podkreślenia – wymaga wyrażenia przez wykonawcę zgody na jej poprawienie.

Zarzut trzeci – odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na niespełnienie wymogu dotyczącego aktualnej w dniu poprzedzającym dzień składania ofert wersji oprogramowania, podczas gdy oferta odwołującego spełnia przedmiotowy wymóg, ponieważ obejmuje oprogramowanie sprzedawane w najnowszej wersji, co oznacza, iż oferowana wersja zawsze będzie aktualna – w tym także w dniu poprzedzającym dzień składania ofert, czym zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdził się.

Zarzut ten skład orzekający Izby uznał za zasadny z tego względu, iż uprzednio uznał, że zamawiający winien w stanie faktycznym sprawy poprzedzić ewentualne odrzucenie oferty odwołującego wezwaniem go do złożenia wyjaśnień ze względu na dokonane przez zamawiającego ustalenia oraz wewnętrzną sprzeczność treści oferty odwołującego.

Zarzut czwarty – zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdził się.

Oferta przystępującego, pomimo złożonych przez przystępującego, na żądania zamawiającego, wyjaśnień pozostaje wewnątrznie sprzeczna, ponieważ zamawiający nie dokonał jakiegokolwiek ingerencji w treść tej oferty, tj. nie doprowadził do jej wewnętrznej spójności i zgodności z treścią SWZ. Oznacza to, że taka oferta nie mogła zostać uznana za odpowiadającą wymaganiom SWZ, nie mogła zostać poddana ocenie z zastosowaniem

ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odnosząc się do kwestii zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że *„nie zawiera oznaczenia umożliwiającego dokładną identyfikację oferowanego przez Apius oprogramowania”* (str. 18 trzeciej akapit odwołania), skład orzekający Izby wskazuje, że wymóg identyfikacji licencji w szczególności w części II Formularza ofertowego nie wynika z postanowień SWZ, ponieważ zamawiający, opisując swoje oczekiwania co do licencji wskazał, że oczekuje jedynie podania rodzaju licencji i ich liczby. Takie informacje (licencja wieczysta, system umożliwia na jednoczesną autoryzację 1000 urządzeń) znalazły się w ofercie przystępującego.

Skład orzekający Izby nie nakazał odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ zamawiający winien wyjaśnienie przystępującego poddać ocenie co do dopuszczalności dokonania poprawienia oferty przystępującego z zastosowaniem art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut piąty – bezpodstawnego poprawienia omyłki w ofercie przystępującego w sytuacji, gdy nie zachodziły przesłanki do poprawienia omyłki to zarzut ewentualny złożony przez odwołującego na wypadek *„gdyby zamawiający dokonał poprawienia omyłki – odwołującemu nie została udostępniona korespondencja w tym zakresie”*.

Skoro jednak, jak wynika z dokumentacji postępowania, odpowiedzi na odwołania oraz oświadczenia zamawiającego z rozprawy, zamawiający nie poprawiał oferty przystępującego skład orzekający Izby, zgodnie z dyspozycją odwołującego, pozostawił zarzut bez rozpoznania.

Zarzut szósty – zaniechania udostępnienia odwołującemu całości dokumentacji postępowania do wglądu (a w szczególności zaniechanie udostępnienia ewentualnej korespondencji zamawiającego w odpowiedzi na wyjaśnienia przystępującego z 29 listopada 2021 r.) to zarzut ewentualny złożony przez odwołującego na wypadek, jeżeli zamawiający prowadził z przystępującym korespondencję, tj. w zakresie poinformowania przystępującego o poprawieniu omyłki wskazanej w wyjaśnieniach przystępującego.

Skoro jednak, jak wynika z dokumentacji postępowania, odpowiedzi na odwołania oraz oświadczenia zamawiającego z rozprawy zamawiający nie prowadził z przystępującym żadnej korespondencji w ww. zakresie (nie informował o poprawieniu omyłki w konsekwencji braku ingerencji w treść oferty przystępującego) skład orzekający Izby pozostawił zarzut, zgodnie z dyspozycją odwołującego, bez rozpoznania.

Zarzut naruszenia przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty, czym zamawiający naruszył przepis art. 16 ustawy Pzp potwierdził się.

Art. 16 ustawy Pzp brzmi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

Podniesione przez odwołującego zarzuty dotyczyły etapu prowadzenia postępowania – badania i oceny ofert wykonawców.

W konsekwencji uznania, że poddane rozpoznaniu zarzuty potwierdziły się, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się potwierdził. Skoro bowiem zamawiający dopuścił się w toku badania i oceny ofert obu wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu naruszenia przepisów ustawy, to takie działania i zaniechania zamawiającego nie spełniają standardu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, o którym mowa w art. 16 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby pominął, ze względu na art. 506 ust. 2 ustawy Pzp (*„Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.”*) dokumenty złożone przez odwołującego wyłącznie w języku angielskim (wg opisu z odwołania – załącznik nr 2 „Cennik Nacview” oraz załącznik nr 8 „Dokumentacja techniczna Aruba ClearPass”, a także, wg opisu z rozprawy – dokument na potwierdzenie, iż wersja Nacview 2.0 nigdy nie była wdrożona do obrotu, podpisany przez wiceprezesa zarządu Scan IT sp. z o.o. z Poznania).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 2) lit. a i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: