

**WYROK**  
**z dnia 3 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Andrzej Niwicki**  
**Aneta Mlącka**  
**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant:** **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2020 r. przez wykonawcę: **Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża przez wykonawcę: **Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i:
  - 2.1 zasądza od **Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Dostawę do GDDKiA pakietów subskrypcji usług hostowanych, praw do aktualizacji pakietów oprogramowania i pakietów usług wsparcia technicznego w ramach trzyletniej umowy” – zn. DPZ.DPZ.4-2414.3.2020. Nr ogłoszenia w TED: 2020/S 045-106172

Odwołujący - Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 28 maja 2020 r. odwołanie wskazując przy tym na problemy techniczne na portalu epuap.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy APN Promise, która była niezgodna z siwz i została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do dysponowania wymaganymi przez Zamawiającego osobami. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy APN Promise i umożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez na zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz z uwagi na brak w treści oferty wykonawcy APN Promise wskazania ilości jednostek produktu pn. 6QK-00001 Azure Monetary Commitment (wskazanie niewłaściwej liczby jednostek produktu), wskutek czego oferta ta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, który wymagał 120 jednostek rocznie tego produktu;
2. Art. 26 ust. 3 Pzp - w przypadku, gdyby zarzut dotyczący niezgodności oferty z siwz nie potwierdził się, przez zaniechanie wezwania wykonawcy APN Promise do uzupełnienia wykazu osób z uwagi na to, że wskazana w złożonym przez tego wykonawcę wykazie osoba p. J. P. nie posiada wiedzy, potwierdzonej egzaminem z zakresu pól eksploatacji produktów będących przedmiotem zamówienia ze względu na to, że nabyła ona wiedzę, potwierdzoną egzaminem i certyfikatem, zanim produkty będące przedmiotem zamówienia pojawiły się na rynku.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzucenia oferty APN Promise jako niezgodnej z siwz;
3. W przypadku, gdyby nie potwierdził się zarzut nr 1 i nie zostało uwzględnione żądanie nr 2, wezwania wykonawcy APN Promise do uzupełnienia wykazu osób;

4. Dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut 1

Zamawiający wymagał, m. in. dostarczenia produktu o nazwie 6QK-00001 Azure Monetary Commitment (7 wiersz tabeli w formularzu ofertowym). Produkt ten charakteryzuje się tym, że odpowiada rzeczy oznaczonej co do gatunku (rodzaju). Stanowi swego rodzaju bon na usługi, który użytkownik może dowolnie wykorzystać na zakup usług chmurowych świadczonych w ramach platformy Microsoft Azure. Zależnie od ilości posiadanych bonów (a w przypadku tego produktu - jednostek), Zamawiający może skorzystać z zakupu różnej ilości usług chmurowych, o różnych kosztach. Podobnie jak w przypadku rzeczy oznaczonej co do gatunku, dla określenia, jaki jest zakres świadczenia wykonawcy i czy odpowiada on treści siwz, konieczne jest wskazanie ilości dostarczanych produktów.

Ilość zaoferowanych jednostek została jednoznacznie i prawidłowo wskazana przez Odwołującego jak i wykonawców z 3 i 4 miejsca i wynosiła dokładnie 120 jednostek.

Wpisanie samej nazwy produktu w formularzu ofertowym (nazwa 6QK-00001 stanowi numer katalogowy produktu z cennika Microsoft) określa jedynie, o jaki produkt chodzi tj. Azure Monetary Commitment, ale nie określa ilości produktu. Podanie samej nazwy pozwala jedynie na zidentyfikowanie, że wykonawca zaoferował ten produkt, który zamierzał nabyć Zamawiający, ale nie pozwala na ustalenie, czy produkt ten został zaoferowany w wymaganej przez Zamawiającego ilości.

Dla Zamawiającego, istotne jest, ile takich jednostek otrzyma, bo to liczba jednostek będzie decydować o tym, ile usług chmurowych, będzie mógł zakupić od producenta Microsoft. Znalazło to odzwierciedlenie w wymaganiach określających żądanie zaoferowania produktu 6QK-00001 Azure Monetary Commitment (120 jednostek rocznie) w ilości 3 sztuk.

Potwierdzeniem była zmiana SIWZ z 16.04.2020 roku, gdzie Zamawiający zmienił wymaganie z wcześniejszego 6QK-00001 Azure Monetary Commitment w ilości 1 sztuki. Zmiana ilości sztuk wynikała z faktu, iż umowa ma być podpisana na 3 lata i Zamawiający planuje używanie określonej ilości produktu 6QK-00001 Azure Monetary Commitment w każdym z 3 lat.

Dodatkowo Zamawiający uściślił ile jednostek produktu chce używać w każdym roku umowy (w pierwotnej wersji SIWZ nie określił tej ilości i mogło to prowadzić do wniosku, że zamawia tylko 1 jednostkę 6QK-00001 Azure Monetary Commitment). Pozostali zaoferowali w ofertach prawidłowo 3 sztuki 6QK-00001 Azure Monetary Commitment z uszczegółowieniem 120 jednostek rocznie.

Przedstawiono wyciąg ze zmiany SIWZ (pismo DZP.DZP.4-2414.3.2020 KZP - 56/2020/tb:

## 1. ZMIANA TREŚCI SIWZ

Zmianie ulegają następujące zapisy SIWZ: Zmiana nr 3

W Tomie I SIWZ IDW tabela z pkt 5. otrzymuje brzmienie: dotychczasowy zapis:

Nazwa prod	Opis produktu	ilość
6QK-QQ001	Azure Monetary Commitment	1

zastępuje się następującym:

nazwa prod	opis produktu	
6QK-00001	Azure Monetary Commitment (120 jednostek rocznie)	3

Wykonawca APN Promise zaproponował natomiast 3 sztuki 6QK-00001 Azure Monetary Commitment, bez wskazania w żadnej części oferty liczby jednostek. Oznacza to, że z treść oferty nie odpowiada treści siwz z uwagi na to, że albo wykonawca ten nie określił zakresu swojego świadczenia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i nie ma możliwości ustalenia, czy oferta odpowiada wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do ilości zaoferowanych jednostek, albo wykonawca ten zaoferował 3 jednostki tego produktu w trakcie trwania umowy, a nie wymagane przez Zamawiającego 3 x 120 tj. 360 jednostek produktu. Jest to niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ. Brak wskazania ilości jednostek, oznacza, że oferta wykonawcy APN Promise nie odpowiada treści siwz.

Ani sama Nazwa Produktu (będąca numerem katalogowym produktu 6QK-00001), ani też Opis produktu w formie „Azure Monetary Commitment” nie wskazują na to ile jednostek tego produktu jest oferowanych. Możliwe jest zakupienie różnej ilości jednostek, co ma potwierdzenie w różnych zapytaniach ofertowych lub postępowaniach na rynku.

Nieuprawnione byłoby wezwanie w tym zakresie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy jako nieuprawnione negocjacje treści oferty. Sprowadzałyby się bowiem w istocie do określenia zakresu świadczenia wykonawcy APN Promise po terminie składania ofert. Podobnie za nieuprawnione należy uznać poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zmiana w treści oferty byłaby istotna, gdyż oznaczałaby określenie zakresu świadczenia wykonawcy APN Promise po terminie składania ofert.

Mając na względzie powyższe, należy uznać ofertę wykonawcy APN Promise za niedopowiadającą treści siwz. Z treści oświadczenia składającego się na ofertę wykonawcy APN Promise nie wynika, jaką ilość produktu Azure Monetary Commitment zaoferował, co najwyżej można przyjąć, że zaoferowane zostały 3 sztuki, każda obejmująca 1 jednostkę, co jest niezgodne z wymaganiem Zamawiającego, aby zaoferować 3 sztuki po 120 jednostek

rocznie. Wobec powyższego oferta tego wykonawcy powinna być zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

#### Zarzut nr 2

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. O ile zatem nie potwierdzi się zarzut nr 1 względem oferty APN Promise, należy zwrócić uwagę, że wybór oferty tego wykonawcy był co najmniej przedwczesny z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca APN Promise na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, złożył Wykaz osób składany w celu potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odnośnie jednej ze wskazanych osób tj. p. J. P. złożony został certyfikat, który miał potwierdzać jej wiedzę w odniesieniu do wymagań SIWZ ze strony 5 punkt 7, 7.2. 3) b) tj., że Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, tzn. zespołem ekspertów w liczbie zapewniającej terminowe i prawidłowe wykonanie zamówienia (nie mniejszej niż 2 osoby), z których każdy (ekspert) posiada wiedzę, potwierdzoną egzaminem z zakresu pól eksploatacji Produktów. Produktami wg IPU są „pakiety subskrypcji usług hostowanych, prawa do aktualizacji pakietów oprogramowania i pakiety usług wsparcia technicznego” czyli produkty wskazane w Tabeli w punkcie 5 SIWZ.

Certyfikat, którym legitymuje się p. J. P. został uzyskany 23 września 2009 roku (Datę of achievement: 09/23/2009). Ten fakt wyklucza by Pani J. posiadała wiedzę, potwierdzoną egzaminem z zakresu pól eksploatacji Produktów ponieważ część z produktów będących przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu po prostu jeszcze nie istniała i są to np. produkty o nazwach AAD-33200, AAD-33204 i AAD-33168 czyli produkty z pakietu znanego aktualnie pod nazwą Microsoft 365 (wcześniej Office 365), którego to pierwsza wersja w formie subskrypcji (czyli zbioru aplikacji i usług dostępnych z serwerów Microsoft z których korzystanie wiąże się z miesięczną/roczną opłatą w zależności od wybranego abonamentu) powstała w 2011 roku czyli 2 lata po uzyskaniu certyfikatu przez p. J. P. . Tym samym wiedza p. J. P. potwierdzona egzaminami i certyfikatami nie mogła dotyczyć pól eksploatacji wszystkich produktów, które były przedmiotem zamówienia. W konsekwencji, stwierdzić należy, że wykonawca APN Promise nie wykazał, że dysponuje wymaganymi przez Zamawiającego osobami posiadającymi wiedzę, potwierdzoną egzaminem z zakresu pól eksploatacji Produktów, a tym samym, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Dowód: na okoliczność dat wprowadzenia produktów Microsoft 365/Office 365 przedstawia wydruki ze stron internetowych (Załącznik nr 6 do odwołania).

Wobec powyższego, jeśli oferta wykonawcy APN Promise nie podlega odrzuceniu, wykonawca ten powinien zostać wezwany do uzupełnienia Wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, z uwagi na to, że wykaz złożony na wezwanie Zamawiającego nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę APN Promise.

Załączono: /.../ 5. Kopia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

6. Informacja o dacie wejścia na rynek produktów Microsoft/Office 365.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że zarzuty zawarte w odwołaniu oraz wnioski Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie w żadnym zakresie i wnosi o oddalenie odwołania w całości,

Odnosząc się do treści zarzutów Zamawiający wskazał, jak poniżej.

Zarzut 1

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść, nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na brak -w treści oferty Wykonawcy Promise S.A., „Przystępującego”, wskazania ilości produktu, nazwą: 6QK-00001 Azure Monetary Commitment (wskazanie niewłaściwej liczby jednostek produktu)i wskutek czego oferta ta według Odwołującego jest niezgodna z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ, który wymagał 120 jednostek rocznie tego. produktu

Ad zarzut nr 1

zgodnie z Tomu I SIWZ, Instrukcja dla Wykonawców (dalej jako IDW) wyraźnie jakie- produkty mają być dostarczone do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w jakich ilościach oraz przez jaki okres czasu. Wymieniony w Wierszu 7 Produkt pod nazwą 6QK-00001 Azure Monetary Commitment (120 rocznie), określał precyzyjnie wymaganą przez Zamawiającego roczną ilość jednostek. Zdaniem Zamawiającego czynienie zarzutu Zamawiającemu, że w Formularzu Ofertowym złożonym przez firmę APN Promise brak jest wskazania zapisu o 120 jednostek rocznie i tym samym oferta ta z tego wyłącznie powodu niezgodna jest z SIWZ należy uznać za nietrafiony, zważywszy na fakt, że dokument ten dopuszczał w zaproponowanym wzorze rozwiązania równoważne, które Zamawiający precyzyjnie opisał w przedmiocie zamówienia. Wykonawca składając ofertę nie był więc zobligowany do wskazywania konkretnej wartości jednostek rocznie, bo taka informacja była zawarta w SIWZ. Wykonawcy składając oferty w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z pkt 2 formularza oferty (formularz nr 2.1 do IDW) oświadczyli, zapoznali się z wszystkimi wyjaśnieniami i zmianami treści SIWZ i że „uznają się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania”. Podkreślić należy, że zaproponowany wzór Formularza Ofertowego

nie stanowi samodzielnego dokumentu i należy czytać go w łącznie z SIWZ i jego zmianami. W ocenie Zamawiającego dokonany przez Przystępującego opis kwestionowanej przez Odwołującego pozycji nie powoduje niezgodności z SIWZ. Przy przedmiotowej pozycji brak jest bowiem jakichkolwiek Innych informacji, które świadczyły by o niezgodności/sprzeczności oferty Przystępującego z postanowieniami SIWZ (np. oferowanie innego nierównoważnego produktu, czy w innej niż przewidzianej w SIWZ liczbie jednostek rocznych np. „60” zamiast wymaganych „120-tu”), Zamawiający nie powziął jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że wszyscy Wykonawcy złożyli oferty na ten sam produkt oraz nie wymagał od nich przepisywania treści OPZ do kolumny nr 2 opis produktu, lecz jedynie podania informacji, które umożliwiłyby zidentyfikowane oferowanego produktu, który jednak musi pozostać w zgodzie z SIWZ.

Zarzut nr 2

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu alternatywne naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, gdyby zarzut dotyczący niezgodności oferty z SIWZ nie potwierdził się poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób z uwagi na to, że wskazana w złożonym przez tego wykonawcę wykazie osoba p. J. P. nie posiada wiedzy, potwierdzonej egzaminem z zakresu pól eksploatacji produktów będących przedmiotem zamówienia ze względu na to, że nabyła ona wiedzę, potwierdzoną egzaminem i certyfikatem zanim produkty będące przedmiotem zamówienia pojawiły się na rynku.

ad. zarzut nr 2

Zamawiający zgodnie z postanowieniami Tomu I SIWZ, (IDW) w pkt 7.2.3b) określił, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują zespołem ekspertów w liczbie zapewniającej terminowe i prawidłowe wykonanie zamówienia (nie mniejszej niż 2 osoby), z których każdy (ekspert) posiada wiedzę, potwierdzoną egzaminem z zakresu pól eksploatacji Produktów. Komisja Przetargowa badając oferty przetargowe po przesłaniu dokumentów od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) nie znalazła podstaw, aby zakwestionować wskazany certyfikaty, zważywszy na fakt, że wiedza ekspertów była potwierdzona egzaminem z zakresu pól eksploatacji Produktów. Zaznaczyć należy, że zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu dokonany w pkt 7.2.3b) SIWZ (IDW) Zamawiający nie wymagał złożenia aktualnych egzaminów na wszystkie produkty, a jedynie potwierdzenia, że osoby wskazane przez Wykonawcę posiadają wiedzę „potwierdzoną egzaminem z zakresu pól eksploatacji Produktów”, Wbrew interpretacji Odwołującego, certyfikat egzaminu jednego z ekspertów, choć wystawiony przed datą wejścia w życie niektórych Produktów stanowiących przedmiot zamówienia nie stanowi o tym, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż warunek ten miał charakter „ogólny”, zgodnie z jego brzmieniem wystarczające było posiadania jakiegokolwiek egzaminu z zakresu pól produktów będących przedmiotem zamówienia. Czynniony przez Odwołującego wywód zawarty w zarzucie stanowi zatem w ocenie Zamawiającego niedozwoloną



nadinterpretację opisu warunku w SIWZ, która zdaniem Zamawiającego została wytworzona wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego swoje przystąpienie zgłosił wykonawca A.P.N. Promise S.A. w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Uzasadził stanowisko w złożonym piśmie.

Uzasadził stanowisko, jak niżej.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

1. Zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ Odwołujący opiera na braku wskazania ilości jednostek produktu pn. 6QK-00001 Azure Monetary Commitment (wskazania niewłaściwej liczby jednostek), wskutek czego — zdaniem Odwołującego — oferta ta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, który wymagał 120 jednostek rocznie.

Należy zwrócić uwagę na trudność w postawieniu tego zarzutu przez Odwołującego w postaci braku możliwości określenia, czy niezgodność oferty polega na „braku wskazania ilości jednostek” czy „wskazania niewłaściwej liczby jednostek” Odwołujący przy tym tendencyjnie pomija, że Zamawiający wymagał określenia oferowanej ilości w 3. kolumnie tabeli znajdującej się w pkt 4 formularza oferty. Wymóg ten jest adekwatny do sposobu określenia przez Zamawiającego zamawianej ilości w pkt 5 („Przedmiot zamówienia”) IDW (Tom I SIWZ, s. 3). Zamawiający zamieścił tam tabelę, powoływaną przez Odwołującego na s. 4 odwołania, w której w 3. kolumnie określił zamawianą ilość produktu.

Przystępujący złożył ofertę, w 3. kolumnie „ilość” wpisał liczbę 3, zgodnie ze zmianą wymagania Zamawiającego co do ilości (zmiana treści SIWZ z 16 kwietnia 2020 r.). Przystępujący zwraca przy tym uwagę, że dodana w poz. 7 tabeli, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia (pkt 5 IDW), informacja „(120 jednostek rocznie)” znajduje się w kolumnie 2 „Opis Produktu”. Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, kolumna ta służyła do Opisu Produktu, który został dokonany przez zamawiającego poprzez wskazanie oprogramowania firmy Microsoft. Jednocześnie w pkt 5.2 Zamawiający dopuścił zaoferowanie oprogramowania równoważnego, dlatego też z rozmysłem we wzorze oferty pozostawił tabelę niewypełnioną.

Przystępujący złożył ofertę na wymagane — jako podstawowe — produkty Microsoft, oferując je w liczbie wymaganej przez Zamawiającego, uwzględniającej zmianę SIWZ z 16 kwietnia 2020 r. Jednocześnie w pkt 1 i 2 oferty oświadczył, że składa ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ oraz że zapoznał się z SIWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. W pkt 11 oferty Przystępujący oświadczył również, że z SIWZ i zobowiązuje do zawarcia umowy zgodnej z ofertą i na warunkach określonych w SIWZ.

Nie sposób zatem przyjąć za słuszne stanowiska Odwołującego jakoby Przystępujący zaoferował „3 sztuki, każda obejmująca 1 jednostkę” (s. 5, akapit 4). Wniosek taki w żaden sposób nie wynika z treści oferty Przystępującego i określonych w tym postępowaniu wymagań Zamawiającego. Tym samym, jak wskazał Zamawiający, zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ jest całkowicie nie trafiony. Oferta przystępującego jest zgodna z treścią SIWZ, wobec czego nie ma również podstaw do jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo Przystępujący zwraca uwagę, że zgodnie z wymaganym przez Zamawiającego oświadczeniem (pkt 5 formularza oferty) Przystępujący (tak jak pozostali wykonawcy) oświadczyli, że posiadają aktualny status Licensing Solution Providers (LSP), co oznacza, że zasadniczo warunki cenowe oferowanych przez nich produktów są zbliżone. Biorąc pod uwagę ceny za Azure Monetary Commitment zaoferowane przez wykonawców w tym postępowaniu nie sposób uznać, że Przystępujący zaoferował „3 sztuki obejmujące 1 jednostkę”. I tak:

Wykonawca SoftwareOne sp. z o.o. — 174 480,00 zł

Odwołujący - 174, 050,40 zł

Wykonawca Crayon Polska sp. z o.o. — 171 769,50 zł

Przystępujący — 170 209,23 zł

Na marginesie już tylko Przystępujący wskazuje, że za zasadnością tego zarzutu nie może w żaden sposób przemawiać również okoliczność, że pozostali wykonawcy wypełnili tabelę w formularzu oferty, przepisując dokładnie tabelę z pkt 5 Tom I IDW. Jest to tylko wyraz ich działań i w żadnym razie okoliczność ta nie dyskredytuje oferty Przystępującego.

II. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób, twierdząc, że wskazana w nim p. J. P. nie posiada wiedzy, potwierdzonej egzaminem z zakresu pól eksploatacji produktów będących przedmiotem zamówienia ze względu na to, że nabyła ona wiedzę, potwierdzoną egzaminem i certyfikatem zanim produkty będące przedmiotem zamówienia pojawiły się na rynku.

Przystępujący zwraca uwagę na treść warunku dotyczącego potencjału osobowego wykonawców, określoną w pkt 7.2.3.b IDW (s. 5). Zamawiający wymagał, by każdy ekspert posiadał „wiedzę potwierdzoną egzaminem z pól eksploatacji Produktów”. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku w pkt 9.7. lb IDW (s. 6) wymagał złożenia wykazu osób (Formularz 3.4, s. 30 IDW), w którym wymagał podania nazwy posiadanego egzaminu (sam certyfikat nie był wymagany na etapie postępowania).

Przystępujący w wykazie osób wskazał p. J. P., która posiada wiedzę potwierdzoną egzaminem, pn. Microsoft Certified Technology Specialis Volume Licensing Specialist, Large Organizations (tłum. Certyfikowany przez Microsoft Specjalista ds. Zbiorowego Licencjonowania, Duże Organizacje). Dodatkowo dołączył certyfikat, wydany w dniu 23

września 2009 r. (nadal aktualny). Odwołujący na jego podstawie formułuje tezę, że certyfikat ten wyklucza, by p. J. P. posiadała wymaganą przez Zamawiającego wiedzę z Microsoft 365 (wcześniej Office 365). Jednocześnie Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przedkłada wydruki ze stron internetowych, z których jasno wynika, że Office 365 jest produktem „łączącym” Microsoft Office, Microsoft SharePoint Online, Microsoft Exchange Online (zał nr 6 do odwołania), został zaprojektowany, aby „połączyć istniejące już usługi online” (wydruk z Wikipedii).

Zatem sam Odwołujący dostarcza dowód potwierdzający posiadaną przez p. J. P. wiedzę z zakresu pól eksploatacji Produktów Microsoft, oferowanych przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu. Oczywiste jest, że Microsoft rozwija swoje produkty, co nie powoduje braku wiedzy przez osobę, która zdała egzamin Specjalisty ds. Zbiorowego Licencjonowania Produktów Microsoft, o produktach, które powstały z połączenia czy udoskonalenia wcześniejszych. Gdyby przyjąć za uzasadnione stanowisko Odwołującego, należałoby kwestionować ważność/aktualność np. Prawa Jazdy, wydanego przed zmianą prawa oruchu drogowym czy też wiedzę lub kompetencje radcy prawnego w zakresie przepisów, które weszły w życie po zdanym egzaminie radcowskim.

Podsumowując, za niezasadny należy uznać zarzut odwołania dotyczący niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Jak wyżej szczegółowo wykazano, oferta Przystępującego odpowiada wszystkim wymaganiom SIWZ, w tym uwzględnienia wymaganą postanowieniami SIWZ ilość jednostek produktu pn. 6QK-00001 Azure Monetary Commitment. Przystępujący wykazał również, że osoba wskazana w wykazie osób, na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 7.2.3.b IDW (s. 5), posiada wymaganą wiedzę potwierdzoną egzaminem z pól eksploatacji Produktów. Stąd też zarzut zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób również nie znajduje uzasadnienia.

Strony i uczestnik postępowania przedstawili na rozprawie stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że niesporne jest określenie produktu z istotną zmianą w tym zakresie dokonaną 16 kwietnia br. przez precyzyjne określenie wymogu ilościowego z zakresie przedmiotu zamówienia. Zauważył, że również pozostali wykonawcy, umiejscowieni na pozycji 3 i 4 w rankingu, zaoferowali sporny produkt, w zgodzie z wymogami SIWZ. Jedynie Przystępujący nie wskazał w formularzu ofertowym liczby jednostek produktu, czyli nie zaoferował wymaganej przez Zamawiającego liczby jednostek. Z oferty APN wynika, że oferuje on produkt firmy Microsoft z wadą wyżej wskazaną, a zatem nie ma znaczenia argumentacja Zamawiającego przedstawiona w piśmie odnosząca się do oferowanego produktu równoważnego. Ponownie podkreślił, iż określenie w SIWZ wymaganej liczby jednostek nie zwalniało wykonawców z wymogu wskazania produktu oferowanego i jego ilości.

Zauważył, że niewystarczające jest złożenie ogólnej deklaracji o zgodności oferty z wymogami SIWZ, a niezbędna jest konkretyzacja złożonego oświadczenia. W konsekwencji oferta, w której nie podano liczby jednostek jest niezgodna z SIWZ. Podobnie jak byłaby niezgodna w przykładach podanych przez Zamawiającego w piśmie tj. przy podaniu innej liczby jednostek. Odnośnie zarzutu 2 podtrzymał stanowisko. Przypomniał treść wymogu IDW pkt 7.2.3b zauważając, że niewystarczające jest przedstawienie ogólnego dokumentu potwierdzającego kwalifikacje. Tym samym zakwestionował twierdzenie Zamawiającego na końcu jego pisma, iż warunek miał charakter ogólny i z jego treści wynika, iż wystarczające było posiadanie egzaminu dotyczącego pól eksploatacji produktu/.../.

Przypomniał, że istotą sporu jest wskazanie zakresu oczekiwanej przez Zamawiającego usługi w porównaniu z zakresem usługi zaoferowanej przez Przystępującego. Wykazana różnica stanowi o niezgodności treści oferty z SIWZ. Przypomniał, że wszyscy wykonawcy są profesjonalistami i tacy być powinni przygotowując oferty.

Wskazał, że pola eksploatacji odnoszone są do konkretnych produktów zdefiniowanych w dokumentacji, a nieistniejących w dacie uzyskania przedstawionego certyfikatu. Wskazał na kolejne istotne zmiany w produktach Microsoft w kolejnych latach.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem przedstawionym w pisemnej odpowiedzi. Przypomniał, że w sprawie sporne jest, czy wykonawcy musieli wpisać do swojego formularza liczbę jednostek rocznie i uznał, że takiego obowiązku nie było. Brak wskazania tej liczby nie oznacza, że złożona oferta jest niezgodna z SIWZ. Tej oceny nie zmienia fakt, że inni wykonawcy przepisali w ofercie opis produktu wraz z liczbą jednostek rocznie. Ponadto zgodność oferty z SIWZ została potwierdzona własnym oświadczeniem wykonawcy.

Odnośnie drugiego zarzutu zauważył, że wymóg nie dotyczył konkretnego produktu, na co może wskazywać stanowisko Odwołującego, lecz zakresu pól eksploatacji. Przedstawiony przez Przystępującego dokument w tym zakresie potwierdza spełnienie warunku ze specyfikacji.

Stwierdził, że oceniając ofertę Przystępującego nie miał wątpliwości, iż zaoferowano mu produkt zgodny z wymogami SIWZ.

Przystępujący stwierdził, że oczywiście niewystarczające dla oceny zgodności oferty z SIWZ jest samo złożenie oświadczenia o takiej zgodności. Wskazał na sporny przedmiot zamówienia w ilości 3 sztuk i wymaganej liczbie 120 jednostek rocznie. Zauważył, że zaoferował produkt Microsoft stwierdzając, że w razie ewentualnego zaoferowania produktu równoważnego wykonawca musiałby samodzielnie i szczegółowo opisać przedmiot oferowany. Przystępujący zaoferował produkt Microsoft w ilości i liczbie zgodnie z wymogami z uwzględnieniem zmian

w SIWZ. Potwierdzeniem wielkości (liczby) produktu jest przedstawione w piśmie porównanie cen dla tej pozycji, tym samym odmienne stwierdzenie w tym zakresie w odwołaniu jest błędne. Odnośnie drugiego zarzutu uznał go za niezasadny. Podkreślił, że wskazana wiedza i kwalifikacje są ważne w ramach ewolucji i zmian w produkcie, tak jak miało to miejsce w sprawie rozpatrywanej i złożył wydruk ze strony Microsoft o aktualności certyfikatu dla pani J. P. jako osoby aktualnie i nadal certyfikowanej. W podsumowaniu stwierdził, iż zaoferowany produkt jest jednoznacznie zidentyfikowany, co oznacza, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty, a co najwyżej mogą zachodzić przesłanki do ewentualnego poprawienia omyłki pisarskiej polegającej na wpisaniu w całości opisu produktu wskazanego przez Zamawiającego. Czynność taką ocenił jednak jako zbędną.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia aktualne w dniu składania ofert, treść oferty złożonej zamawiającemu przez przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji przez odwołującego, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty, której treść, nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na brak w treści oferty Wykonawcy Promise S.A. tj. przystępującego, wskazania ilości produktu stosownie do wymagań przedstawionych w SIWZ, który wymagał 120 jednostek rocznie tego produktu Izba ustaliła, co następuje.

W SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców wskazano, jakie produkty mają być dostarczone Zamawiającemu, w jakich ilościach oraz przez jaki okres. W formularzu ofertowym w pkt 4. przedstawiono tabelę oferowanych produktów. Przedmiotem zarzutu i oceny jest wymieniony w wierszu 7 produkt, w kolumnie 2 nazwanej „Opis produktu”, pod nazwą 6QK-00001 Azure Monetary Commitment (120 jednostek rocznie). Opis ten określał wymaganą przez Zamawiającego roczną ilość jednostek. W Formularzu Ofertowym złożonym przez firmę

APN Promise (przystępującego) brak jest pełnego zapisu ze wskazaniem wprost za treścią specyfikacji 120 jednostek rocznie, natomiast produkt ten został jednoznacznie wskazany jako ten, który był preferowany i podstawowy, nie zaś równoważny, co dopuszczono w tym postępowaniu.

Skład orzekający uznaje, że wykonawca składając ofertę, wskazał prawidłowo produkt, jak i jego ilość; tę wartość w liczbie 3 podano w kolejnej kolumnie pn. „ilość”. W ocenie Izby dokonany przez Przystępującego opis kwestionowanej przez Odwołującego pozycji nie powoduje niezgodności oferty z SIWZ. Brak jest danych, które świadczyłyby o niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ, w tym oferowanie produktu w innej niż przewidzianej i wymaganej w SIWZ liczbie jednostek. W szczególności nie ma podstaw do uznania za poprawne twierdzenia odwołującego, że wobec niedokonania pełnego wpisu w kolumnie opis produktu, wykonawca zadeklarował dostarczenie jednej sztuki, czy też jakoby „3 sztuki, każda obejmująca 1 jednostkę”. Stwierdzić należy, że opis produktu, który był wzorcowym (podstawowym) nie musiał w pełni przenosić treści siwz. inaczej sytuacja wygląda, gdy oferowany jest produkt równoważny, którego równoważność należałoby w ofercie wykazać i szczegółowo opisać. Izba podziela tym samym stanowisko zamawiającego i przystępującego zauważając, że za poprawnością stanowiska przemawia dodatkowo treść kwestionowanej oferty w zakresie warunków cenowych. Niespornie warunki cenowe oferowanych produktów przez wykonawców w niniejszym postępowaniu są zbliżone. Ceny za Azure Monetary Commitment są porównywalne, tym samym naturalny jest wniosek, że wszystkie oferty, w tym przystępującego dotyczą tej samej wielkości (liczby) oferowanego produktu, zgodnej z wymogami i potrzebami zamawiającego.

Dodatkowo jedynie skład orzekający stwierdza, przyznając w tym zakresie rację odwołującemu, że dla stwierdzenia zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz nie jest wystarczająca sama deklaracja wykonawcy, ujęta w rutynowym oświadczeniu z formularza ofertowego, że „zapoznaliśmy się z siwz oraz wyjaśnieniami i zmianami siwz przekazanymi przez zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.”

Natomiast, jak wyżej wskazano, na zgodność oferty w sprawie wskazuje wynik całościowej analizy jej treści. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie zastosowania przepisu, nie potwierdził.

W odniesieniu do alternatywnego zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp w przypadku, gdyby zarzut dotyczący niezgodności oferty z SIWZ nie potwierdził się, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób z uwagi na to, że wskazana w złożonym przez tego wykonawcę wykazie osoba p. J. P. nie posiada wiedzy, potwierdzonej egzaminem z zakresu pól eksploatacji produktów będących przedmiotem zamówienia ze

względu na to, że nabyła ona wiedzę, potwierdzoną egzaminem i certyfikatem zanim produkty będące przedmiotem zamówienia pojawiły się na rynku, skład orzekający uznał zarzut za niezasadny.

Zamawiający w IDW w pkt 7.2.3b) określił, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują zespołem ekspertów w liczbie zapewniającej terminowe i prawidłowe wykonanie zamówienia (nie mniejszej niż 2 osoby), z których każdy (ekspert) posiada wiedzę, potwierdzoną egzaminem z zakresu pól eksploatacji Produktów. Przypomnieć należy, że zgodnie z opisem warunku Zamawiający nie wymagał złożenia aktualnych egzaminów na wszystkie produkty, a jedynie potwierdzenia, że osoby wskazane przez Wykonawcę posiadają wiedzę „potwierdzoną egzaminem z zakresu pól eksploatacji Produktów”. Izba uznała, że wbrew interpretacji Odwołującego, certyfikat egzaminu jednego z ekspertów, jakkolwiek wystawiony przed datą wejścia w życie niektórych produktów stanowiących przedmiot zamówienia nie stanowi o tym, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Warunek udziału ten miał charakter ogólny i wystarczające było posiadania egzaminu z zakresu pól produktów będących przedmiotem zamówienia.

Przystępujący w wykazie osób wskazał p. J. P., która posiada wiedzę potwierdzoną egzaminem, pn. Microsoft Certified Technology Specialis Volume Licensing Specialist, Large Organizations oraz dodatkowo dołączył certyfikat, wydany w dniu 23 września 2009 r. Dokument ten jest nadal aktualny, co dowiedziono stosownym potwierdzeniem przez złożenie wydruku ze strony internetowej Microsoft.

Wymagana wiedza i kwalifikacje są ważne w ramach ewolucji i zmian w produkcie, tak jak miało to miejsce w sprawie rozpatrywanej.

Tym samym uznano za dowiedzione, iż wykazano posiadanie przez p. J. P. wiedzy z zakresu pól eksploatacji produktów Microsoft, oferowanych przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu. Niesporne jest, że przedmiotowe produkty są przedmiotem rozwoju i zmian, co nie powoduje braku u osoby, która zdała egzamin Specjalisty ds. Zbiorowego Licencjonowania Produktów Microsoft, o produktach, które powstały z połączenia czy udoskonalenia wcześniejszych.

Podsumowując, za niezasadny należy uznać zarzut odwołania dotyczący niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, jak i zarzut braku potwierdzenia przez ten podmiot spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W świetle dokonanych ustaleń, orzeczono jak w sentencji niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) z uwzględnieniem udokumentowanych rachunkiem poniesionych uzasadnionych kosztów.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....