

Sygn. akt: KIO 1235/18

WYROK
z dnia 9 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **Comparex Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie,**

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

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comparex Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie :**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comparex Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od przez wykonawcy **Comparex Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa oprogramowania, subskrypcji oraz aktualizacji do komputerów typu desktop, urządzeń mobilnych, serwerów oraz oprogramowania bazodanowego firmy Microsoft wraz z usługami wsparcia technicznego (dostawa w ramach odnowienia Umowy Enterprise)”.

Nr sprawy ZP/2018/04/0053/PS.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 118-269352 w dniu 22 czerwca 2018 r.

W dniu 12 czerwca 2018 r. drogą elektroniczną Zamawiający przesłał wykonawcy Comparex Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „Comparex”) informację o poprawieniu jego oferty. Natomiast w dniu 15 czerwca 2018 r. Zamawiający również drogą elektroniczną przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W dniu 21 czerwca 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

1. z dnia 12 czerwca 2018 r., polegającej na poprawieniu w Formularzu „Oferta cenowa” (dalej: „Formularz cenowy”) w ofercie Odwołującego innej omyłki w postaci niezgodności oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”),
2. z dnia 15 czerwca 2018 r., polegającej na unieważnieniu prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez bezpodstawne poprawienie w Formularzu cenowym w ofercie Odwołującego innej omyłki w postaci niezgodności oferty z siwz,

2. art. 87 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty przed dokonaniem jej zmiany,
3. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy, przez unieważnienie postępowania, pomimo braku podstaw określonych w przepisie, tj. pomimo możliwości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
4. w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo iż stanowiła ona najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienia czynności poprawienia w Formularzu cenowym w ofercie Odwołującego innej omyłki w postaci niezgodności oferty z siwz, a w konsekwencji również czynności wezwania Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie ww. omyłki,
- dokonania oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu,
- ewentualnie o wezwanie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień w przedmiocie metody kalkulacji przez Odwołującego w ofercie cen jednostkowych za „Rozszerzenia” - TrueUp w świetle metod pobierania tego rodzaju opłat przez Microsoft,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał:

I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Odwołujący podnosił, że pismem z dnia 12 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu treści jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. o poprawieniu w treści Formularza cenowego innej omyłki w postaci niezgodności oferty z siwz, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dokonał zmian cen jednostkowych w odniesieniu do cen, zawartych w kolumnach 7, 8 i 9 tabeli cenowej, tj. cen jednostkowych za pierwszą, drugą i trzecią rocznicę umowy, które zdaniem wykonawcy Comparex, zgodnie z postanowieniami siwz, stanowią ceny jednostkowe za tzw. „Rozszerzenia”. Dokonane zmiany polegały na wpisaniu w ww.

kolumnach formularza cenowego 1/3 cen podanych w kolumnie 5 (tj. cen jednostkowych w okresie trwania umowy wynoszącym trzy lata). Oznacza to, iż Zamawiający wpisał w kolumnach 7, 8, i 9 uśrednione ceny roczne, wynikające z podzielenia przez 3 „cen trzyletnich” z kolumny 5. Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie wyjaśnił przy tym, na czym miała polegać omyłka Odwołującego w określeniu cen jednostkowych w kolumnach 7, 8 i 9 formularza cenowego oraz czego dotyczy niezgodność pomiędzy treścią oferty a treścią siwz, której dopuścił się rzekomo Odwołujący, w szczególności z jakim zapisem siwz są niezgodne ww. wyliczenia cen jednostkowych i dlaczego mają one charakter omyłki. Zamawiający ograniczył się tylko do poprawienia poszczególnych cen jednostkowych w 7, 8 i 9 kolumnach tabeli. W ocenie Odwołującego dokonana zmiana była bezzasadna, bowiem nie została spełniona żadna z przesłanek określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i brak było podstaw do poprawienia jego oferty w powyższym zakresie.

Wykonawca Comparex podnosił, że specyfikacja nie zawiera zapisów determinujących sposób wyliczenia cen jednostkowych oferowanych w kolumnach 7-9 formularza ofertowego. Odwołujący twierdził natomiast, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga stwierdzenia rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią siwz podczas, gdy Zamawiający nie wskazał jednak w zawiadomieniu na rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji, co wynika z faktu, iż specyfikacja nie zawiera metody określenia cen jednostkowych dla Rozszerzeń. Brak takiej metody uniemożliwia dyskwalifikację przyjętej przez wykonawcę metody ustalenia cen jednostkowych, a w konsekwencji stwierdzenie istnienia rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji.

Odwołujący podkreślał, że warunkiem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest również stwierdzenie, iż rozbieżność wynika z omyłki (oczywistej lub nieoczywistej), czyli iż treść oferty nie odpowiada woli wykonawcy. Tymczasem Zamawiający nie ustalił, czy wartości cen jednostkowych dla Rozszerzeń pozostają w sprzeczności z wolą wykonawcy oraz źródła takiego stanu rzeczy, w tym w szczególności nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Wykonawca Comparex podnosił, że wynikiem omyłki i jej poprawienia nie może być istotna zmiana w ofercie. Tymczasem Zamawiający dokonał zmian cen jednostkowych dla Rozszerzeń realizowanych w ramach zakupów dodatkowych, gdzie cena zakupu stanowi essentialia negotii czynności prawnej odpłatnej. Odwołujący wskazywał przy tym, że wpisanie takich a nie innych cen jednostkowych w kolumnach 7-9 formularza cenowego nie stanowiło jego omyłki, a tym bardziej omyłki powodującej niezgodność z siwz. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie wskazał na jakikolwiek konkretny zapis specyfikacji, skutkiem czego jest to, że wykonawca Comparex nie może ustosunkować się bliżej do kwestionowanej decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Co więcej, dokonane poprawienie

Formularza cenowego powoduje istotną zmianę w treści oferty Odwołującego i oznacza faktycznie istotną zmianę warunków oferty. Odwołujący wskazywał, że zgodnie z § 11 ust. 7 wzoru umowy zawartym w siwz wynagrodzenie za Rozszerzenia jest płatne z góry na rzecz wykonawcy, jeżeli zgodnie z warunkami Producenta są one płatne z góry. Opłaty związane z Rozszerzeniami (TrueUp) są pobierane przez Microsoft z góry i kalkulowane jako opłaty zmienne w zależności od okresu pozostającego do końca bieżącego okresu danej rejestracji pod umową Enterprise Agreement (tu okres 35 miesięcy), według zasady, że im krótszy okres do zakończenia rejestracji, tym opłata jest niższa. Tym samym opłaty pobierane przez Microsoft dla poszczególnych lat obowiązywania Umowy Enterprise i jej rejestracji są największe w pierwszym roku a najmniejsze w trzecim, gdyż w miarę upływu czasu skróceniu ulega okres licencyjny. Natomiast Zamawiający dokonał faktycznie ich uśrednienia, powodując istotną zmianę w treści oferty Odwołującego. Wykonawca Comparex twierdził, że Zamawiający nie może jednak dokonywać zmian w ofercie z powołaniem się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w sposób dowolny, a jednocześnie nie może to prowadzić do wytworzenia nowego oświadczenia woli. Odwołujący wyjaśniał, że pismem z dnia 13 czerwca 2018 r. zażądał uchylecia przez Zamawiającego czynności poprawienia oferty, a wobec dokonania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania w piśmie z dnia 15 czerwca 2018 r. odmówił wyrażenia zgody na poprawienie oferty.

II. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy

Zdaniem Odwołującego Zamawiający jednocześnie dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty przed dokonaniem jej zmiany. W ocenie wykonawcy Comparex skoro Zamawiający miał wątpliwości co do cen Rozszerzeń podanych w ofercie Odwołującego, to powinien był jego wezwać do złożenia wyjaśnień i na ich podstawie ostatecznie stwierdzić, czy istnieje podstawa do zastosowania trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

III. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy

Odwołujący wyjaśniał, że pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu prowadzonego postępowania z powołaniem się na treść art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy. Zdaniem Zamawiającego istniała istotna wada postępowania powodująca niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, związana z odmiennym wypełnieniem przez Odwołującego i drugiego wykonawcę formularza cenowego w kolumnach 7, 8 i 9 (tzn. Odwołujący podał ceny jednostkowe za

„Rozszerzenia” - TrueUp stosowane przez Microsoft w dokumentacji i cenniku umowy Enterprise Agreement, natomiast wykonawca A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „APN” lub „Przystępujący”) ceny uśrednione - w analogiczny sposób, jaki zastosował Zamawiający, poprawiając ofertę Odwołującego). Według Zamawiającego formularz cenowy nie umożliwiał wpisania wszystkich niezbędnych danych ofertowych, czego konsekwencją jest brak możliwości porównania ofert złożonych w postępowaniu i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, co ma stanowić o wadzie prowadzonego postępowania.

Zdaniem Odwołującego rozpoznawane postępowanie nie było jednak obarczone tego rodzaju wadą, która uniemożliwiłaby zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wyjaśnił zresztą, jakiego naruszenia przepisów ustawy miał się dopuścić oraz dlaczego ewentualna umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu.

W ocenie Odwołującego, stawki podane przez niego w formularzu cenowym zostały oparte na mechanizmie kalkulacji opłat przez Microsoft i jest to prawidłowy sposób ich określenia w świetle przedmiotu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Bowiem, jak już wskazywał Odwołujący, zgodnie z § 11 ust. 7 wzoru umowy, wynagrodzenie za Rozszerzenia (TrueUp) jest płatne z góry na rzecz wykonawcy, jeżeli zgodnie z warunkami Producenta są one płatne z góry. Przy czym opłaty związane z Rozszerzeniami są faktycznie pobierane przez Microsoft z góry i kalkulowane jako opłaty zmienne w zależności od okresu pozostającego do końca bieżącego okresu danej rejestracji pod umową Enterprise Agreement (według zasady, że im krótszy okres do zakończenia rejestracji, tym niższa opłata). Wobec tego ich uśrednienie w sposób dokonany przez Zamawiającego oraz drugiego z wykonawców nie znajdowało oparcia w siwz.

Zdaniem Odwołującego nawet jeśli przygotowany przez Zamawiającego Formularz cenowy nie umożliwiał uzyskania wszystkich danych cenowych w sposób zgodny z intencją Zamawiającego, to i tak Zamawiający mógł skorzystać z procedury wyjaśnień treści oferty opisanej w art. 87 ust. 1 ustawy. Braki w formularzu cenowym oferty nie uniemożliwiały zatem wykonawcom złożenia ważnej oferty i dokonania jej oceny. W konsekwencji, nawet jeśli braki w formularzu cenowym uniemożliwiający porównanie ofert miałyby stanowić o wadzie postępowania, to w ocenie Odwołującego nie jest to wada istotna, skoro wykonawcy mają możliwość składania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Nie ma ona zatem wpływu na możliwość oceny ofert i wyłonienia najkorzystniejszej oferty oraz zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca Comparex twierdził, że Zamawiający wskazał, iż dostrzeżona wada polega na tym, iż w ofertach obu wykonawców nie znajdują się wszystkie niezbędne dane wymagane aby: (i) dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej oraz (ii) zrealizować umowę na

przedmiot zamówienia, przy czym Zamawiający określił następujące niezbędne dane oferty, stwierdzając iż Załącznik 2a nie umożliwiał wpisania poniższych pozycji:

- 1) cena jednostkowa netto wraz aktualizacjami w okresie obowiązywania umowy;
- 2) ceny za produkty zakupione w ramach TrueUp (Rozszerzenie) kolejnych latach;
- 3) wysokość ceny jednostkowej rocznych opłat za produktu (gdzie chodzi o raty cen z pkt 1 jako podlegających zakupowi ratalnemu)
- 4) procentowa wysokość upustu na oprogramowanie dodatkowe.

Odwołujący podnosił, że niewątpliwe oferty obu wykonawców zawierały ceny jednostkowe (pkt 1 powyżej), gdyż ceny te znajdowały się w kolumnie 5 Załącznika nr 2a, oraz zawierały wartość upustu z pkt 4 powyżej, która zgodnie z siwz została zamieszczona przez obu wykonawców w formularzach ofert.

Zamawiający stwierdził obecność ceny za TrueUp dla 3 lat (pkt 2 powyżej) Załączniku 2a do oferty Odwołującego, natomiast w ofercie APN Zamawiający stwierdził zamieszczenie wartości rat dla cen jednostkowych (poz. 3). Z lakonicznego uzasadnienia Zamawiającego można przyjąć, iż Zamawiający stwierdził:

1. w ofercie Odwołującego brak określenia wartości 3 rat rocznych dla cen jednostkowych (pkt 3 powyżej),
2. w ofercie APN brak wartości trzech opłat TrueUp (pkt 2 powyżej).

W opinii Odwołującego brak w jego ofercie wartości rat nie stanowi wady oferty Odwołującego albowiem nie zachodziła konieczność zdefiniowania tych wartości w ofercie. Zgodnie z § 11 ust. 4 wzoru zamówienia należności za produkty nabywane przez Zamawiającego na podstawie § 1 ust. 1 wzoru umowy (tj. tych produktów, które Zamawiający nabywa w liczbie opisanej w OPZ, i Załączniku nr 2a do oferty za ceny jednostkowe wskazane w kolumnie 5 Załącznika) opłacane są przez Zamawiającego w ratach.

Wykonawcy Comparex wyjaśniał, że przedmiotem zamówienia jest pełnienie przez wykonawcę funkcji odsprzedawcy w rozumieniu Umowy Enterprise Agreement, zawartej przez Zamawiającego z Microsoft, zatem treść umowy na realizację zamówienia jest pochodną w stosunku do warunków Umowy Enterprise Agreement oraz dokumentacji Microsoft związanych z Umową Enterprise Agreement, w tym dokumentem Rejestracji. Powyższa okoliczność została potwierdzona przez Zamawiającego w powiadomieniu o unieważnieniu postępowania, cyt.: „Wynik ilorazu miał stanowić podstawę do wyliczenia wartości raty rocznej zgodnie z § 11 ust. 4 Umowy stanowiącego Załącznik nr 3 siwz oraz

zasadami umowy Enterprise Agreement opisanymi w dokumencie Rejestracja Enterprise pkt 4 Warunki Płatności”.

W opinii Odwołującego powołany przez Zamawiającego pkt 4 Rejestracji określa metodę rozliczeń w sposób następujący: „W przypadku zamówienia początkowego lub zamówienia na odnowienie Zarejestrowany Podmiot Stowarzyszony może uiścić płatność z góry albo rozłożyć płatność na części w okresie obowiązywania właściwej Rejestracji. W przypadku wybrania płatności z góry Microsoft wystawi fakturę Odsprzedawcy właściwemu dla Zarejestrowanego Podmiotu Stowarzyszonego na pełną kwotę po zaakceptowaniu tej Rejestracji. W przypadku rozłożenia na płatności na części, o ile nie podano inaczej Microsoft wystawi faktury Odsprzedawcy właściwemu dla Zarejestrowanego Podmiotu Stowarzyszonego w trzech równych częściach rocznych. Pierwsza część zostanie zafakturowana po zaakceptowaniu przez Microsoft niniejszej Rejestracji, a dalsze części będą fakturowane w każdą kolejną rocznicę Rejestracji. Kolejne zamówienia będą fakturowane po zaakceptowaniu zamówienia”. Jak wynika z postanowienia pkt 4 Rejestracji, standardową metodą rozliczenia opłat ratalnych jest rozliczenie w formie równych rat w liczbie odpowiadających liczbie lat obowiązywania Rejestracji. Zamawiający potwierdził taką metodę płatności ratalnych dokonując poprawienia oferty Odwołującego, tj. dzieląc ceny jednostkowe na trzy równe opłaty roczne czym potwierdził, iż w sprawie niniejszej ma zastosowanie standardowe rozliczenie ratalne z pkt 4 Rejestracji oraz potwierdzając oczywistość takiego sposobu rozliczenia.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, nie jest prawidłowe stanowisko Zamawiającego:

1. że brak w ofercie Odwołującego wartości opłaty ratalnej przesądza wadzie w postaci niemożności realizacji zamówienia, ponieważ sposób rozliczenia opłaty w formie 3 równych rat rocznych wynika z postanowień Rejestracji jako elementu Umowy Enterprise, co Zamawiający potwierdził powołując się pkt 4 na Rejestracji, a także dokując próby poprawienia oferty Odwołującego, działając w błędzie iż dokonuje poprawienia oferty w zakresie opłat ratalnych choć poprawiał opłaty TrueUp;
2. że oferta Odwołującego nie zawiera niezbędnego elementu oferty w postaci wartości rat rocznych dla cen jednostkowych, albowiem wartość rat podlega automatycznemu ustaleniu na podstawie zaoferowanych cen jednostkowych i podzielnia ich na 3 równe raty stosownie do regulacji pkt 4 Rejestracji co w oczywisty sposób czyni określenie wartości rat rocznych w ofercie zbędnym skoro model płatności cen jednostkowych jest oczywisty;
3. Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na braki ofert obydwu wykonawców, gdyż:

(i) kryteria oceny ofert nie obejmowały wartości rat rocznych dla cen jednostkowych, jak również kryteria nie obejmowały wartości opłat rocznych za Rozszerzenia, lecz jedynie wartości brutto oferty oraz wartości upustów dla zamówień dodatkowych (pkt XIX siwz);

(i) wada oferty APN w postaci braku określenia wartości opłat TrueUp jako nienadająca się do uzupełnienia przesądza o konieczności odrzucenia oferty APN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w dniu zakończenia badania ofert, co eliminuje możliwość dokonania porównania oferty APN z ofertą Odwołującego.

Kolejno Odwołujący wyjaśniał, że pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na treść art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazując również na fakt, iż Zamawiający został powiadomiony przez Odwołującego pismem z dnia 24 maja 2018 roku o prawidłowej metodzie zastosowania wzoru i zgodnie powołaną metodą przy przyjęciu metody wskazanej przez Odwołującego Zamawiający musiałby przyznać wykonawcy APN 0,0315 pkt w kryterium upustu zamiast 3,10 pkt jak pierwotnie oczekiwał.

Odwołujący podnosił, że w piśmie z dnia 24 maja 2018 r. wskazał Zamawiającemu, iż zgodnie postanowieniami pkt XIX pkt 3 ppkt 2) siwz, definiującego kryterium oceny ofert, którym jest procentowa wysokość upustu na oprogramowanie dodatkowe do wzoru na obliczenie „U” w pozycji „Upust oferty badanej” należy uwzględnić wartość upustu wyrażoną w procentach, co oznacza, obliczenie punktów oferty wykonawcy APN w tym kryterium należy dokonać przez podzielenie wartości upustu 31,50 % przez 100 a następnie pomnożyć przez 10 pkt, co wynika z poniższy postanowień siwz:

U - kryterium „Procentowa wysokość upustu na oprogramowanie dodatkowe, tj. produktów z katalogu Microsoft - waga 10%, w którym punkty zostaną przeliczone w następujący sposób:

$$U = \frac{\text{Upust oferty badanej}}{100} \times 10 \text{ pkt}$$

W konsekwencji do licznika powyższego wzoru należy wstawić wartość procentową upustu, tj. wartość procentową (X%) a nie jedynie stopę procentową (X). Wynika to z:

1. definicji kryterium jako „procentowa wysokość upustu”,
2. wyrażenia „upust oferty badanej” gdzie upust musi się wyrażać wartością procentową (X%) nie samą stopą (X) albowiem tylko wartość procentowa odniesiona do ceny

pozwała na ustalenie ceny po upuście (tak więc cenę jednostkową po upuście oblicza się w ilorazie $X\% \times \text{cena}$ a nie $X \times \text{cena}$).

Poszczególne kroki rozliczeń pozwalają na uzyskanie następujących wykonów:

dalej:

$$U = \frac{31,50\%}{100} \times 10 \text{ pkt}$$

dalej:

$$U = 0,3150\% \times 10 \text{ pkt}$$

dalej:

$$U = 0,0315 \text{ pkt}$$

Po zaokrągleniu (XIXI.5 siwz)

$$\mathbf{U = 0,032 \text{ pkt}}$$

Odwołujący twierdził, że w piśmie z dnia 15 czerwca 2018 r. Zamawiający przyznał iż przedstawiona przez niego kalkulacja jest poprawna pod względem matematycznym lecz uznał iż nie jest w stanie dokonać porównania ofert w powyższym kryterium, przy czym stanowiska tego nie uzasadnił.

Odwołujący podnosi, iż zamieszczony w pkt XIX pkt 3 siwz wzór rozliczenia wartości „U” pozwala na wykonanie poprawnych obliczeń liczby punktów obydwu wykonawców tj.

1. dla wartości upustu zaoferowanego przez Odwołującego w wysokości 0% - wartość punktów wynosi 0 pkt;
2. dla wartości upustu zaoferowanego przez wykonawcę APN w wysokości 31,5% - wartość punktów wynosi 0,032 po zaokrągleniu z 0,0315 pkt.

Zdaniem Odwołującego jest więc oczywiste, iż ustalony w specyfikacji wzór pozwala na dokonanie porównania ofert w kryterium „U” a Zamawiający i wykonawcy pozostają tym wzorem związani. Tylko i wyłącznie wadliwość wzoru polegająca na niemożności uzyskania poprawnych wyników operacji matematycznych powodowałaby niemożność dokonania porównania ofert w przedmiotowym kryterium.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2018 r. w formie elektronicznej przesłał do Izby oraz Odwołującego i Przystępującego pismo, zawierające odpowiedź na odwołanie, w którym wnosil o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśniał m. in., że:

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do siwz - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) przedmiot zamówienia składa się z dwóch elementów: zamówienia początkowego i zamówień dodatkowych. Przedmiot zamówienia początkowego został określony w Tabeli 1.1. OPZ (specyfikacja ilościowa zamówienia początkowego). Tabela wyszczególnia 23 produkty firmy Microsoft. Produkty te dzielą się na:

- 1) aktualizacje (kontynuacje) posiadanych licencji, określane jako „Software Assurance”;
- 2) zakup nowych licencji, nazywany „License/ Software Assurance” lub „Subscriptions” oraz
- 3) świadczenie usług wsparcia technicznego, nazwanych „Services” (pkt II ppkt 1)- 5) OPZ).

Realizacja zamówienia początkowego została z góry przewidziana w umowie. Zamawiający zamawia, a wykonawca zobowiązuje się do zrealizowania zamówienia początkowego na z góry określonych warunkach. Specyfikacja ilościowa zamówienia początkowego określa dokładną liczbę zamawianych sztuk każdego z produktów w podziale na spółki. Terminy wykonania zamówienia początkowego zostały ściśle określone w § 2 ust. 1 pkt 1) - 4) Załącznika nr 3 do siwz - Wzór Umowy.

Zamówienia dodatkowe dzielą się na Rozszerzenia (TrueUp) oraz Oprogramowanie dodatkowe. Rozszerzenia (TrueUp) obejmują 15 produktów firmy Microsoft, określonych w Tabeli 1 .2. OPZ. Produkty te dotyczą wyłącznie zakupu nowych, dodatkowych licencji (License/ Software Assurance, Subscriptions). Z kolei przedmiot zamówień dodatkowych na Oprogramowanie dodatkowe obejmuje inne niż wskazane w pkt III Tabela 1 .1 i 1.2. OPZ licencje zawarte w zestawieniu Microsoft Price List. Licencje te zostaną określone szczegółowo dopiero w składanych przez Zamawiającego zamówieniach dodatkowych. Zamówienia dodatkowe na Rozszerzenia i Oprogramowanie dodatkowe miały być realizowane wedle zapotrzebowania, na podstawie składanych przez Zamawiającego zleceń sporządzanych na formularzu zamówienia dodatkowego (por. § 1 ust. 3 Wzoru Umowy).

Zamawiający nie określił ani liczby sztuk zamawianych produktów ani terminów udzielania zamówień dodatkowych, choć wskazał ich maksymalną wartość.

Zasady wynagradzania Wykonawcy zostały określone we Wzorze Umowy. Zgodnie ze Wzorem Umowy wynagrodzenie za wykonanie zamówienia początkowego Wykonawca otrzyma za każdy rok trwania umowy. Ponieważ umowa ma trwać 3 lata wynagrodzenie za wykonanie zamówienia początkowego będzie płatne w 3 ratach (§ 1 ust. 4 Wzoru Umowy). Natomiast Wynagrodzenie za zrealizowane Zamówienia dodatkowe na Rozszerzenia będzie wypłacane co najmniej raz w roku, przy czym licencje, które zgodnie z warunkami licencyjnymi Microsoft, wymagają płatności z góry zostaną opłacone niezwłocznie po odbiorze zamówienia dodatkowego i przekazaniu faktury (§ 11 ust. 7 Wzoru Umowy).

Zgodnie z załącznikiem nr 2a do siwz — Formularz cenowy wykonawcy mieli w dwóch tabelach cenowych zaoferować ceny za produkty wchodzące w zakres zamówienia początkowego wyszczególnione w Tabeli 1.1. OPZ. Pierwsza tabela cenowa odnosiła się do zapotrzebowania Zamawiającego, druga do zapotrzebowanie Polskiego LNG S.A. W kolumnie 5 tabel cenowych wykonawcy mieli podać cenę jednostkową produktu za cały okres trwania umowy. Z kolei w kolumnie 6 należało wskazać iloczyn liczby sztuk produktu oraz ceny jednostkowej produktu za cały okres trwania umowy. W kolumnach 7, 8 i 9 tabel cenowych zamieszczonych w Formularzu cenowym wykonawcy mieli zaoferować ceny jednostkowe odpowiednio za pierwszy, drugi i trzeci rok trwania umowy (pierwsza, druga i trzecia rocznica umowy). Zgodnie z założeniem Zamawiającego ceny te miały posłużyć Zamawiającemu do wyliczenia rocznych rat wynagrodzenia za zamówienie początkowe zgodnie z § 11 ust. 4 Wzoru Umowy.

Zdaniem Zamawiającego z definicji Rozszerzeń zawartej we Wzorze Umowy zamówienia dodatkowe na Rozszerzenia miały być udzielane po cenie zaoferowanej w złożonej ofercie za produkty wyszczególnione w Tabeli 1.1 OPZ. Zamawiający potwierdził to w odpowiedzi na pytanie nr 2 z 14 maja 2018 r., cyt.: „Zamówienia dodatkowe w ramach TrueUp będą realizowane po cenach przedstawionych w ofercie Wykonawcy (Załącznik nr 2a do SIWZ Formularz cenowy) na produkty wyspecyfikowane w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr I do SIWZ).” Innymi słowy, w opinii Zamawiającego zamówienia dodatkowe na Rozszerzenia miały być realizowane na bazie cen jednostkowych co zamówienie początkowe,.

Zamawiający wyjaśniał, że badając ofertę Odwołującego zauważył, że suma zaoferowanych cen jednostkowych za pierwszy, drugi i trzeci rok trwania umowy nie jest równa zaoferowanej w kolumnie 5 cenie jednostkowej za cały okres trwania umowy wynoszący 3 lata. Zamawiający potraktował to jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z siwz, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i pismem z 12 czerwca 2018 r. dokonał

zmiany cen jednostkowych za każdy rok trwania umowy wpisując w tych kolumnach 1/3 ceny jednostkowej za cały okres trwania umowy. Odwołujący w piśmie z 13 czerwca 2018 r. zażądał uchylenia czynności poprawienia omyłki. Według niego zgodnie z postanowieniami siwz w kolumnach 7, 8 i 9 tabel cenowych należało podać ceny jednostkowe za Rozszerzenia, a nie ceny jednostkowe za każdy rok trwania umowy. Jednocześnie stwierdził, że siwz nie zawiera zapisów determinujących sposób wyliczenia cen jednostkowych oferowanych w kolumnach 7, 8 i 9. Brak takiej metody uniemożliwia dyskwalifikację przyjętej przez Odwołującego metody ustalenia cen jednostkowych, a w konsekwencji stwierdzenie istnienia rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią siwz. Odwołujący zwrócił uwagę, że opłaty związane z Rozszerzeniami są pobierane przez Microsoft z góry i kalkulowane jako opłaty zmienne w zależności od okresu pozostającego do końca bieżącego okresu rejestracji pod umową Enterprise Agreement, według zasady, iż im krótszy okres do zakończenia rejestracji opata jest niższa. Tym samym opłaty pobierane przez Microsoft dla poszczególnych lat obowiązywania Umowy Enterprise i jej rejestracji są największe w pierwszym roku a najmniejsze w trzecim, gdyż w miarę upływu czasu skróceniu ulega okres licencyjny. W konsekwencji stawki jednostkowe podane przez Odwołującego oparte są na analogicznym mechanizmie kalkulacji opłat przez Microsoft.

Po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego Zamawiający doszedł do wniosku, że Formularz cenowy nie pozwalał na wpisanie wszystkich niezbędnych danych, które umożliwiałyby określenie wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia i wybór oferty najkorzystniejszej. Doprowadziło to do sytuacji, w której złożone oferty nie są porównywalne, każdy bowiem z oferentów wypełnił Formularz cenowy w inny sposób. Wykonawca APN wskazał w kolumnach 7, 8 i 9 tabeli, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, ceny jednostkowe stanowiące podstawę do wyliczenia wartości raty rocznej wynagrodzenia za zamówienie początkowe. Natomiast Odwołujący w kolumnach 7, 8 i 9 tabeli wskazał ceny jednostkowe stanowiące wynagrodzenie za Rozszerzenia w kolejnych latach umowy. W rezultacie Zamawiający nie jest w stanie porównać ofert złożonych w postępowaniu i dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, co stanowi o wadzie postępowania.

W konsekwencji powyższego Zamawiający pismem z 15 czerwca 2018 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazał, iż postępowanie dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę na jeszcze jedną wadę postępowania, która polega na nieprecyzyjnym przedstawieniu w siwz sposobu wyliczenia punktów w ramach kryterium „Procentowa wysokość upustu na oprogramowanie

dodatkowe". Zamawiającego zamierzał podstawić w liczniku wzoru podanego w siwz wartość bezwzględną udzielonego rabatu. Tymczasem Odwołujący w piśmie z 24 maja 2018 r. przedstawił inny sposób odczytania postanowień siwz. W jego ocenie do wyliczenia punktacji należy podstawić procentową wartość udzielonego rabatu, co prowadziłoby do sytuacji w której Przystępujący otrzymałby 0,0315 pkt zamiast 3,10 pkt za udzielenie upustu w wysokości 31,5%.

Zamawiający podnosił, że tabele cenowe zamieszczone w Formularzu cenowym stanowią transpozycję specyfikacji ilościowej zamówienia początkowego zamieszczonej w Tabeli 1.1. OPZ. Każda z pozycji tabel cenowych odzwierciedla odpowiednią pozycję Tabeli 1.1. zarówno co do nazwy i numeru katalogowego produktu, jak i ilości. Dostrzegalne różnice w układzie tabel wynikają jedynie z tego, że Tabela 1.1. OPZ obejmuje łączne zapotrzebowanie Zamawiającego i Polskiego LNG S.A. z podziałem na każdą ze spółek, natomiast w Formularzu cenowym została przekształcona w dwie tabele cenowe, z których jedna odnosi się wyłącznie do zapotrzebowania Zamawiającego, natomiast druga wyłącznie do zapotrzebowania Polskiego LNG S.A. Ponieważ z 23 rodzajów produktów zestawionych w Tabeli 1.1. OPZ aż 14 było zamawiane wyłącznie na potrzeby Zamawiającego, jeden zaś wyłącznie na potrzeby Polskiego LNG S.A., tabela cenowa przedstawiająca zapotrzebowanie Zamawiającego obejmuje 22 rodzaje produkty, natomiast tabela cenowa obrazująca zapotrzebowanie Polskiego LNG S.A. obejmuje 9 rodzajów produktów.

Zamawiający podkreślał, że Tabela 1.1. OPZ nie jest specyfikacją ilościową zamówień dodatkowych na Rozszerzenia. Specyfikacja zamówień dodatkowych na Rozszerzenia jest zawarta w Tabeli 1.2. OPZ. Obie tabele różnią się między sobą, również w odniesieniu do wyszczególnionych w nich produktów. Jak wskazano Tabela 1.1. OPZ obejmuje 23 produkty. Tymczasem Tabela 1.2. OPZ zawiera jedynie 15 produktów. Dodatkowo spośród 15 produktów objętych Tabelą 1.2. OPZ tylko 8 stanowi przedmiot zamówienia początkowego (pozycje 2 - 4, 6, 9 i 13 — 15). Większość pozycji Specyfikacji ilościowej przedmiotu zamówienia początkowego to aktualizacje (kontynuacje) posiadanych licencji (11 pozycji) oraz usługi wsparcia technicznego (2 pozycje). Tymczasem przedmiotem Rozszerzeń jest wyłącznie zakup nowych, dodatkowych licencji. Powyższe oznacza, że w przypadku gdyby Zamawiający rzeczywiście miał intencję, aby w kolumnach 7-9 tabel cenowych wykonawcy podali wycenę licencji za TrueUp, musiałby wykreślić z Formularza cenowego kolumny 7-9 dla 14 produktów oraz dodać 6 produktów z Tabeli 1.2 (pozycje 5, 7, 8, i 10-12 Tabeli 1.2).

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący mija się z prawdą twierdząc, że siwz nie zawiera zapisów determinujących sposób wyliczenia cen jednostkowych oferowanych w kolumnach 7, 8 i 9. Specyfikacja jest oświadczeniem woli, dlatego Formularz cenowy należy

tłumaczyć z uwzględnieniem zasad interpretacji oświadczeń woli. W tym miejscu, dla potrzeb uwzględnienia wskazanej kwestii Zamawiający wskazywał, jakie okoliczności bierze się pod uwagę dokonując tej wykładni oraz jakie skutki wywierają one na ocenę stanu faktycznego, będącego jej przedmiotem. Zgodnie z art. 65 § 1 Kc „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostały, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Z perspektywy niniejszej sprawy najbardziej istotne znaczenie ma zasada interpretacji oświadczeń woli z uwzględnieniem okoliczności w jakich złożone zostały (okoliczności towarzyszące).

W opinii Zamawiającego w celu dokonania prawidłowej interpretacji opisu kolumn 7, 8 i 9 Formularza cenowego istotnym jest uwzględnienie następujących okoliczności stanowiących kontekst językowy:

1. Formularz cenowy obejmował produkty objęte przedmiotem zamówienia początkowego; wskazuje to, że w kolumnach 7, 8 i 9 Formularza cenowego należało podać ceny jednostkowe dla zamówienia początkowego, a nie dla zamówień dodatkowych na Rozszerzenia;
2. Zamawiający nie narzucił we Wzorce Umowy, że roczne raty wynagrodzenia mają być równe; oznacza to, że do wyliczenia wartości poszczególnych rat niezbędne było podanie w Formularzu cenowym cen jednostkowych za pierwszy, drugi i trzeci rok umowy.

Zdaniem Zamawiającego okoliczności te nasuwają wniosek, że Zamawiający wymagając wskazania w kolumnach 7, 8 i 9 Formularza cenowego cen jednostkowych netto odpowiednio za pierwszą, drugą i trzecią rocznicę umowy oczekiwał podania cen jednostkowych za pierwszy, drugi i trzeci rok trwania umowy, które miały posłużyć do wyliczenia rat wynagrodzenia za zamówienie początkowe.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący wywodzi z odpowiedzi na pytanie nr 2 z 14 maja 2018 r., że Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w Formularzu cenowym należało zamieścić stawki za Rozszerzenia. Nic bardziej mylnego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący doszukuje się w odpowiedzi na pytanie nr 2 treści, która nie była w niej zawarta i nie wynika z kontekstu pytania. Tymczasem z udzielonej odpowiedzi wynika jedynie, że zamówienia dodatkowe na Rozszerzenia będą realizowane po tych samych cenach jednostkowych co dla zamówienia początkowego. Dokładnie to samo wynika z definicji Rozszerzenia zawartej we Wzorce Umowy. Nie można z tej odpowiedzi wyprowadzać wniosku, że w Formularzu ofertowym należało podać osobne ceny jednostkowe na te same produkty dla zamówienia początkowego i dla zamówienia dodatkowego na Rozszerzenia.

Zamawiający twierdził, że nieprzypadkowo kryteria oceny ofert obejmowały wyłącznie cenę za zamówienie początkowe oraz wysokość upustu na Oprogramowanie dodatkowe.

Powód, dla którego Zamawiający nie uwzględnił przy ocenie ofert cen na Rozszerzenia był prosty. Zamawiający założył, że ceny jednostkowe za Rozszerzenia są takie same jak ceny jednostkowe za zamówienie początkowe. Dlatego przyjęta przez Odwołującego metoda ustalenia cen jednostkowych uniemożliwia porównanie ofert i wybór ofert najkorzystniejszej. Trzeba w tym miejscu zauważyć, że podane przez Odwołujące ceny jednostkowe za Rozszerzenia w pierwszym roku trwania umowy są znacząco wyższe, niż ceny jednostkowe dla zamówienia początkowego za cały okres trwania umowy. Również zaoferowane ceny za Rozszerzenia w drugim roku trwania umowy są zwykle wyższe od cen jednostkowych dla zamówienia początkowego (np. pozycja 12 Formularza cenowego). Taka metoda ustalania cen jednostkowych narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Odwołujący może zaoferować niższe ceny jednostkowe dla zamówienia początkowego zakładając, że zrekompensuje to sobie w cenach za Rozszerzenia.

Zdaniem Zamawiającego nie można również zgodzić się z Odwołującym, że złożona przez niego oferta zawiera wszystkie konieczne dane cenowe. Po pierwsze, Zamawiający nie zastosował metody podziału wynagrodzenia za zamówienie początkowe na trzy równe raty. Przeciwnie, wymagał podania cen jednostkowych dla zamówienia początkowego za każdą rocznicę umowy. Odwołujący nie wyszczególniając tych cen złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz. Po drugie, jak już wskazano wyżej, Formularz cenowy nie obejmował 6 produktów będących przedmiotem Rozszerzeń (pozycje 5, 7, 8, i 10- 12 Tabeli 1.2). W konsekwencji złożona przez Odwołującego oferta nie zawiera wszystkich koniecznych cen jednostkowych dla Rozszerzeń. Brak ten obciąża Zamawiającego, który niewłaściwie zredagował Formularz cenowy. Ponadto Zamawiający w sposób dwuznaczny określił w siwz sposób wyliczenia punktów w ramach kryterium „Procentowa wysokość upustu na oprogramowanie dodatkowe”. Zamawiający zamierzał podstawić w liczniku wzoru podanego w SIWZ wartość bezwzględną udzielonego rabatu. Tymczasem Odwołujący w piśmie z 24 maja 2018 r. przedstawił inny sposób odczytania postanowień siwz. W jego ocenie do wyliczenia punktacji należy podstawić procentową wartość udzielonego rabatu, co prowadziłoby do sytuacji, w której Przystępujący otrzymałby 0,0315 pkt zamiast 3,10 pkt za udzielenie upustu w wysokości 31,5%. Brak precyzji w formułowaniu kryteriów oceny ofert narusza zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone w pisma procesowych oraz na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania oraz w piśmie „odpowieź na odwołanie” (zreferowano powyżej).

Izba wskazuje, że w toku rozprawy do Izby złożono następujące dowody:

1. Kopię „Przewodnika po stosowanym przez Microsoft procesie TRUE-UP”,
2. Kopię „Rejestracji Enterprise (Pośrednia)” w wersji z lipca 2016 r.,
3. Wyciąg z cennika Microsoft w wersji anglojęzycznej bez tłumaczenia na język polski.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Analiza treści przepisu art. 93 ust. 1 Pzp wprost prowadzi do wniosku, że katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający jest zobligowany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności, skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 Pzp, jak i powinien brać pod uwagę okoliczności, związane z unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest czynnością obligatoryjną względem Zamawiającego w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Czynność unieważnienia postępowania w oparciu o ww. przepis wymaga kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o

udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wobec tego stwierdzić należy, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy odnosi się do wady występującej w postępowaniu, która musi mieć charakter istotny oraz musi być wadą nieusuwalną.

Osią sporu w zakresie rozpoznawanego zarzutu jest stwierdzenie, czy Zamawiający był uprawniony do unieważnienia prowadzonego postępowania, powołując się przy tym na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

W rozpoznawanej sprawie Izba stanęła na stanowisku, że wystąpiły okoliczności obligujące Zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W szczególności okolicznością taką była wskazywana przez Zamawiającego nieporównywalność ofert, złożonych przez obu wykonawców w ramach rozpoznawanego postępowania, ponieważ każdy z nich wypełnił Formularz cenowy w inny sposób. Wykonawca APN wskazał w kolumnach 7, 8 i 9 tabeli ceny jednostkowe netto, stanowiące podstawę do wyliczenia wartości raty rocznej wynagrodzenia za zamówienie początkowe. Natomiast Odwołujący w kolumnach 7, 8 i 9 tabeli wskazał ceny jednostkowe stanowiące wynagrodzenie za Rozszerzenia w kolejnych latach umowy. W konsekwencji powyższego Zamawiający nie był w stanie porównać ofert złożonych w postępowaniu i dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba stwierdziła, że przyczyny takiego stanu rzeczy należy upatrywać w wadliwych i nieprecyzyjnych postanowieniach specyfikacji. Po pierwsze wskazać należy na konstrukcję i treść załącznika nr 2a do siwz – Formularza cenowego, w którym Zamawiający posłużył się następującymi określeniami:

- w kolumnie nr 7 -„Cena jednostkowa netto (pierwsza rocznica umowy)”,
- w kolumnie nr 8 -„Cena jednostkowa netto (druga rocznica umowy)”,
- w kolumnie nr 9 -„Cena jednostkowa netto (trzecia rocznica umowy)”.

Izba stanęła na stanowisku, że powołany opis jest na tyle ogólny, że jedynie na jego podstawie, bez żadnych dodatkowych wskazówek, nie sposób stwierdzić, czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien w kolumnach 7, 8 i 9 wpisać cenę jednostkową, odnoszącą się do raty rocznej wynagrodzenia za zamówienie początkowe jak uczynił to Przystępujący, czy też może jak Odwołujący wskazać ceny jednostkowe stanowiące wynagrodzenie za Rozszerzenia w kolejnych latach umowy. W tym miejscu

podkreślić należy, że Zamawiający w żadnym innym miejscu specyfikacji nie uregulował dodatkowo tej kwestii.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy twierdził, że konstruując w ten sposób treść Formularza cenowego jego intencją było uzyskanie od wykonawców informacji na temat poszczególnych cen jednostkowych netto w rozbiciu na trzy raty roczne wynagrodzenia za zamówienie początkowe. W szczególności Zamawiający wskazywał na § 11 ust. 4 wzoru umowy, zgodnie z którym wynagrodzenie za zamówienie początkowe miało być płatne w trzech ratach, bez wskazania, że mają to być raty w równej wysokości.

Izba uznała, że postanowienia specyfikacji, a w szczególności treść Formularza cenowego nie pozwala na uznanie, że Zamawiający przekuł wskazywane intencje na prawidłową i jednoznaczną treść specyfikacji, czemu Zamawiający nie przeczył, wręcz przeciwnie wskazując na własne zaniedbania. W treści pisma z dnia 15 czerwca 2018 r. Zamawiający przyznał, że „nie było możliwe wskazanie przez Wykonawców w ofercie wszystkich niezbędnych informacji, które umożliwiłby wybór najkorzystniejszej oferty (zgodnie z zapisami SIWZ) oraz realizację przedmiotowego zamówienia”. Również Odwołujący zdaje się dostrzegać pewną wadliwość, gdyż w treści odwołania stwierdził, że: „nawet jeśli przygotowany przez Zamawiającego formularz cenowy nie umożliwił uzyskania wszystkich danych cenowych w sposób zgodny z intencją Zamawiającego, to i tak Zamawiający mógł skorzystać z procedury wyjaśnień treści oferty opisanej w art. 87 ust. 1 ustawy”.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający mógł w tym przypadku zastosować przepis art. 87 ust. 1 Pzp i wystąpić do wykonawców o wyjaśnienia treści złożonych ofert. W ocenie Izby takie działanie Zamawiającego stałoby w oczywistej sprzeczności z treścią przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający co prawda może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Nie mniej jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcami negocjacji dotyczących złożonych ofert. Zdaniem Izby w sytuacji mielibyśmy do czynienia z niedopuszczalnymi negocjacjami pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, które w oczywisty sposób prowadziłyby do wytworzenia bądź zmiany treści złożonych przez nich ofert i powodowały naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego w zakresie interpretacji postanowień specyfikacji przez pryzmat uregulowań zawartych w dokumentach firmy Microsoft, które zostały przedłożone przez Odwołującego w toku rozprawy.

W pierwszej kolejności Izba wyjaśnia, że zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) strona lub uczestnik postępowania, który

powołuje się na dokumenty sporządzone w języku obcym przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Wobec tego Izba uznała za uzasadniony wniosek Zamawiającego o nie dopuszczenie dowodu, złożonego przez Odwołującego, w postaci wyciągu z cennika Microsoft z uwagi na przedstawienie go w wersji anglojęzycznej bez tłumaczenia na język polski. Za nietrafne należy uznać stanowisko Odwołującego, który twierdził, że znajdują się w nim jedynie nazwy własne i oznaczenia techniczne, które nie wymagają tłumaczenia, ponieważ za takie nie mogą być uznane chociażby opisy kolumn znajdujące się w cenniku. Jeśli zaś chodzi o pozostałe dowody, tj. „Przewodnik po stosowanym przez Microsoft procesie TRUE-UP” oraz „Rejestracja Enterprise (Pośrednia)” to Izba stwierdziła, że mają one charakter ogólnych zasad współpracy pomiędzy firmą Microsoft i jej klientami. Natomiast w toku rozprawy Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, że będą one, właśnie w tym kształcie, miały zastosowanie do umowy zawieranej z Zamawiającym.

Niezależnie od powyższego należy również wskazać na okoliczności związane z ułomnym opisem jednego z kryteriów oceny ofert - „Procentowa wysokość upustu na oprogramowanie dodatkowe” - któremu Zamawiający w treści siwz przypisał wagę 10%. W związku z tym wykonawca w tym kryterium powinien przy maksymalnym upuście otrzymać 10 pkt. Jednak uwzględniając opis jak również sposób wyliczenia przedstawiony przez Zamawiającego wykonawca przy 100% upuście mógł otrzymać maksymalnie 1 pkt, co potwierdza nie tylko treść odwołania ale również oświadczenia Stron oraz Przystępującego, złożone w toku rozprawy. Biorąc pod uwagę powyższe niezaprzeczalnym jest, że omawiane kryterium zostało opisane w błędny sposób, gdyż nie umożliwia wykonawcom przy maksymalnym upuście uzyskania maksymalnej liczby punktów, a jedynie niewielką ich część tj. 1 pkt na 10 pkt.

W tym miejscu niejako dodatkowo należy wskazać na inne błędy i uchybienia postępowania, do których odwoływał się Zamawiający, polegające na tym, że Zamawiający nie przetransponował wszystkich produktów, znajdujących się w OPZ do treści Formularza cenowego, co spowodowało, Odwołujący w toku rozprawy oświadczył, że nie ujął ich w swojej ofercie, ponieważ nie było to wymagane treścią załącznika nr 2a do siwz. W ocenie Zamawiającego powyższe stanowi podstawę do odrzucenia jego oferty.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że przedstawione powyżej rozważania prowadzą do wniosku, że kumulatywnie ziściły się wszystkie przesłanki wywierające skutek w postaci unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba nie dopatrzyła się również w działaniach Zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zgodnie, z którym Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, który twierdził, że: „Badając ofertę Odwołującego Zamawiający zauważył, że suma zaoferowanych cen jednostkowych za pierwszy, drugi i trzeci rok trwania umowy nie jest równa zaoferowanej w kolumnie 5 cenie jednostkowej za cały okres trwania umowy wynoszący 3 lata. Zamawiający potraktował to jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP i pismem z 12 czerwca 2018 r. dokonał zmiany cen jednostkowych za każdy rok trwania umowy wpisując w tych kolumnach 1/3 ceny jednostkowej za cały okres trwania umowy”. Z powyższych wyjaśnień jasno wynika, że Zamawiający treść oferty Odwołującego, zawartą w Formularzu cenowym w kolumnach 7, 8 i 9, odniósł do zamówienia podstawowego w poszczególnych latach realizacji umowy. Dopiero z pisma z dnia 13 czerwca 2018 r., w którym Odwołujący zażądał uchylecia czynności poprawienia omyłki pozyskał informację, że w ww. kolumnach wykonawca Comaprex podał ceny jednostkowe za Rozszerzenia, a nie ceny jednostkowe za każdy rok trwania umowy. Biorąc pod uwagę wzajemną niewiedzę Stron w zakresie różnicy w rozumieniu postanowień specyfikacji oraz moment uzyskania przez Zamawiającego wskazówek w zakresie interpretacji oferty Odwołującego w zakresie Formularza cenowego w kolumnach 7, 8 i 9 trudno czynić Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający pozostając w niezachwianym przekonaniu, że w ww. kolumnach wykonawca Comparex podał ceny za pierwszy, drugi i trzeci rok trwania umowy, odnoszące się do zamówienia podstawowego nie mógł jednocześnie przypuszczać, że ceny te dotyczą innej materii, tj. cen jednostkowych za Rozszerzenia w każdym roku trwania umowy. Wobec tego Izba w tej sytuacji nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 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).

.....