

,Sygn. akt: KIO 891/23

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2023 r. przez wykonawcę M. S.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe „WIP” M. S.-G. z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Tarnowskie Góry

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy M. S.-G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe „WIP” M. S.-G. z siedzibą w Rybniku oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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

Gmina Tarnowskie Góry (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Dostawa sprzętu komputerowego” (Numer referencyjny: BZP.271.5.2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 15 lutego 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00095961/01.

Wartość wskazanego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

29 marca 2023 r. wykonawca M. S.-G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe „WIP” M. S.-G. z siedzibą w Rybniku (dalej: „Odwołujący” oraz „PWH WIP”) wniosła odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Gmina Tarnowskie Góry zobowiązana jest na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: FHU HORYZONT K. L. z siedzibą w Gorlicach (dalej: „FHU HORYZONT”) jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 3;

b) czynności odrzucenia oferty Odwołującego – dotyczy części nr 3;

c) zaniechania dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu – dotyczy części nr 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w części nr 3, w sytuacji gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności zakłada dostawę pakietu biurowego zgodnego z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia w cenie oferty;
- 2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie w części nr 3 wyboru oferty wykonawcy FHU HORYZONT, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

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

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp PWH WIP podniósł, że opis wymaganego w Postępowaniu pakietu biurowego nie jest wyczerpujący. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wskazał na oprogramowanie „typu Office H&B” oraz przedstawił wymagania jedynie w zakresie legalności oprogramowania. Opis przedmiotu zamówienia w zakresie pakietu biurowego nie zawiera żadnych wymagań w zakresie funkcjonalnym, użytkowym, w szczególności brak jakichkolwiek zapisów dotyczących aktualizacji, wsparcia telefonicznego, czy też możliwości wykorzystania rozwiązań chmurowych. PWH WIP zauważył, że Gmina Tarnowskie Góry obecnie stoi na stanowisku, że przedmiotowy opis nie zawiera nazwy własnej i wskazuje jedynie na typ produktu. Jednakże, kierując wezwaniem do wyjaśnień w zakresie pakietu biurowego, Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż oczekuje wykazania równoważności w stosunku do produktu referencyjnego. Odwołujący podniósł, że w celu potwierdzenia parametrów oferowanego pakietu biurowego Zamawiający wymagał jedynie złożenia oświadczenia z wykorzystaniem wzoru formularza. Gmina Tarnowskie Góry nie wymagała złożenia żadnych dodatkowych dokumentów. Odwołujący dwukrotnie wskazał, iż oferuje następujący pakiet biurowy: OpenOfficePL Standard 2022 Plus. Kolejno wykonawca PWH WIP wskazał, że w dniu 6 marca 2023 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że pytania Gminy Tarnowskie Góry nie miały żadnego umocowania w postanowieniach Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”). Żaden element opisu przedmiotu zamówienia nie stanowi bowiem wymagania w zakresie wsparcia telefonicznego (i powiązania z „całym okresem korzystania z produktu”), sposobu aktualizacji czy stosowania szczegółowo specyfikowanych rozwiązań chmurowych. Odwołujący zaznaczył, że w udzielonej odpowiedzi wyjaśnił, iż zaoferowane przez niego oprogramowanie biurowe OpenOfficePL posiada telefoniczne wsparcie producenta, możliwość ewentualnego upgrade'u z zachowaniem plików i ustawień oraz możliwość zapisu dokumentów w kilku rodzajach „chmur”. W ocenie PWH WIP Zamawiający dokonał bezpodstawnej czynności odrzucenia oferty złożonej przez M. S.-G.. Odwołujący podkreślił, że twierdzenia Gminy Tarnowskie Góry w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu jego oferty nie są prawdziwe. PWH WIP zaznaczył, że dostawa i użytkowanie zaoferowanego pakietu biurowego nie będzie wiązało się z żadnymi dodatkowymi kosztami, innymi niż cena oferty. Z żadnego punktu

oferty nie wynika, iż Zamawiający będzie musiał ponieść jakiegokolwiek inne koszty niż cena ofertowa, nie może być więc mowy o niezgodności oferty z § 3 ust. 2 Projektu umowy (dalej: „PU”). Odwołujący potwierdził, iż wynagrodzenie określone w ofercie obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją umowy, w tym również koszty załadunku i rozładunku oraz dostawy transportem wykonawcy. Nadto PWH WIP zauważył, że Gmina Tarnowskie Góry zaniechała w tym zakresie jakiegokolwiek procedury wyjaśnień czym naruszyła również art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wzywał bowiem do wyjaśnień w zakresie równoważności i funkcjonalności oprogramowania, nigdy zaś nie przeprowadził procedury wyjaśnień w zakresie domniemanych dodatkowych kosztów a tzw. „weryfikację” przeprowadził oglądając ogólną ofertę handlową produktu na wskazanej przez siebie stronie internetowej. Odwołujący wskazał również, że w związku z zaoferowanym przez niego pakietem biurowym OpenOfficePL Standard 2022 koszty zapewnienia oprogramowania (realizacji umowy) zostały uwzględnione w cenie oferty. Zdaniem PWH WIP przedstawiane przez Zamawiającego informacje dotyczące sposobu sprzedaży określone przez producenta (a nie dystrybutora) w ogólnej ofercie internetowej nie mają żadnego związku i wpływu na treść złożonej oferty. Odwołujący wyjaśnił, iż warunki licencjonowania oraz dostawy oprogramowania są ustalane indywidualnie w toku negocjacji pomiędzy PWH WIP a producentem oprogramowania, przy czym podkreślenia wymaga, iż nie są oparte na standardowych warunkach dystrybucji opisanych w ogólnej ofercie handlowej zamieszczonej na stronie internetowej. Nadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako podstawę ustalenia niezgodności wskazuje § 3 ust. 2 PU. Jednak oferta nie narusza przedmiotowego punktu bowiem obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją umowy, a Gmina Tarnowskie Góry nie będzie musiał ponosić żadnych dodatkowych kosztów. Odwołujący podkreślił, że niezgodność oferty nie może być oparta na domniemaniach i insynuacjach Zamawiającego. Żaden punkt oferty nie wskazuje, że Gmina Tarnowskie Góry będzie musiała ponosić jakieś dodatkowe koszty, wręcz przeciwnie w ofercie zawarto m.in. oświadczenie, zgodnie z którym wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym SWZ oraz jej załączników, a także oświadczenie, iż cena ofertowa zawiera wszelkie koszty wykonania zamówienia. Z ostrożności Odwołujący wyjaśnił również, że zaoferowany pakiet biurowy OpenOfficePL Standard 2022 Plus spełnia wszystkie wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia tzn. jest to pakiet biurowy typu „Office H&B”, jest fabrycznie nowy, nieużywany i nieaktywowany nigdy wcześniej oraz pochodzący z legalnego źródła sprzedaży – bezpośrednio od jego producenta. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wskazał żadnych innych wymagań funkcjonalnych lub użytkowych. Nie może zatem tych wymagań kreować na etapie badania i oceny ofert. Dodatkowo zdaniem PWH WIP jeżeli uznać, że sformułowanie „typu Office H&B” stanowi wskazanie na konkretny produkt to Gmina Tarnowskie Góry nie może kreować warunków

równoważności na etapie badania i oceny ofert. Stosowne orzecznictwo w tym zakresie zostało zawarte przez M. S.-G. w wyjaśnieniach z dnia 9 marca 2023 r. Jeśli natomiast uznać, że mamy do czynienia z klasycznym opisem przedmiotu zamówienia, to tym bardziej wymagania nie zawarte w opisie przedmiotu zamówienia nie mogą stanowić podstawy do badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty. Skoro zatem Zamawiający nie opisał żadnych wymagań w zakresie aktualizacji, wsparcia telefonicznego, czy też możliwości wykorzystania rozwiązań chmurowych to nie mogą one stanowić jakiegokolwiek podstawy do weryfikacji i oceny złożonej oferty. W ocenie Odwołującego oferowany pakiet biurowy w ogóle nie musi zapewniać przedmiotowych funkcjonalności. PWH WIP podkreślił, że tym samym, kwestia oferowania przez producenta oprogramowania tych funkcjonalności, w tym dodatkowego wsparcia, za opłatą nie ma jakiegokolwiek wpływu na badanie i ocenę ofert, pomijając fakt, że zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami oferowane oprogramowanie jest objęte wsparciem producenta i jednocześnie zgodnie z treścią oferty „cena ofertowa zawiera wszystkie koszty wykonania zamówienia”. Ponadto Odwołujący zauważył, iż wybrany wykonawca FHU HORYZONT w żadnym miejscu oferty nie określił nawet jaki pakiet biurowy oferuje, czyli Odwołująca ponosi konsekwencje swojej rzetelności w ramach której dokładnie określiła cały zakres przedmiotowy składanej oferty.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (podobnie jak zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania ofert, uwzględniającego wyżej wymienione czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego w ocenie PWH WIP zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę bezprawności odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto PWH WIP nadmienił, że wykonawca FHU HORYZONT nie może być stawiany ponad innych wykonawców i preferowany przez Zamawiającego, poprzez wybór jego oferty po bezprzedmiotowym odrzuceniu oferty Odwołującego, co stanowi rażące naruszenie zasad określonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

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

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

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

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

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

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

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia w zakresie części nr 3 jest dostawa sprzętu komputerowego na potrzeby Urzędu (Wydział I).

Opis przedmiotu zamówienia dla części nr 3 (dalej: „OPZ”) stanowi Załącznik nr 2C do SWZ.

W ramach części nr 3 zamówienia wymagana jest dostawa zestawów stacjonarnych (2 szt.) oraz zestawów komputerowych AIO (14 sztuk).

W odniesieniu do obu rodzajów zestawów Zamawiający ustanowił analogiczne wymagania dotyczące pakietu biurowego:

„Pakiet biurowy
Typu Office H&B

Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia fabrycznie nowego oprogramowania nieużywanego oraz nie aktywowanego nigdy wcześniej na innym urządzeniu oraz pochodzącego z legalnego źródła sprzedaży – co Zamawiający może zweryfikować pod kątem spełnienia wymogu jakości i legalności oprogramowania.

Dopuszczalna jest elektroniczna wersja”.

Odwołujący w Załączniku nr 1C do SWZ pn. „Oświadczenie wykonawcy potwierdzające spełnienie wymaganych parametrów określonych w Zał. Nr 2C do SWZ – Opisie przedmiotu zamówienia” odnośnie zestawów stacjonarnych oraz zestawów komputerowych AIO wskazał, iż zaoferuje następujący pakiet biurowy:

„OpenOfficePL Standard 2022 Plus - zawierający :

Writer - edytor tekstu, Calc - arkusz kalkulacyjny, Impress - program do tworzenia prezentacji Draw program do tworzenia grafiki, Base program bazodanowy, Math edytor formuł matematycznych, Mozilla Thunderbird - klient poczty i grup dyskusyjnych oraz elektroniczny kalendarz, Rednotebook - program do organizowania notatek”.

Ponadto w Formularzu oferty PWH WIP złożył następujące oświadczenia:

„1. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym specyfikacją warunków zamówienia i jej załączników:

(...)

4. Oświadczamy, że w całości i bez zastrzeżeń akceptujemy warunki zawarte we wzorze umowy będącej częścią składową do specyfikacji warunków zamówienia i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

5. Oświadczam(y), że cena ofertowa zawiera wszelkie koszty wykonania zamówienia.

6. Oświadczamy, iż oferujemy przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami i warunkami opisanymi w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” oraz określonymi przez Zamawiającego w SWZ”.

Zgodnie z § 3 ust. 2 PU „Wynagrodzenie określone w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją umowy, w tym również koszty załadunku i rozładunku oraz dostawy transportem Wykonawcy”.

Pismem z dnia 6 marca 2023 r. Gmina Tarnowskie Góry wezwała wykonawcę PWH WIP do złożenia wyjaśnień treści oferty, kierując m.in. następujące pytania:

„3) Ciężar wykazania, że proponowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania Zamawiającego, spoczywa na Wykonawcy, który te rozwiązania oferuje. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest wykazać się szczególną starannością przy składaniu oferty, aby udowodnić Zamawiającemu spełnianie wymagań. W związku z faktem, że Wykonawca jako pakiet biurowy wskazał OpenOffice 2022 Plus, Zamawiający wnosi o wskazanie

równoważności oferowanego produktu w niniejszym zakresie:

- czy oferowany produkt posiada telefoniczne wsparcie bez konieczności obciążania Zamawiającego dodatkowymi kosztami przez cały okres korzystania z produktu?
- czy oferowany produkt posiada możliwość przeprowadzania aktualizacji pakietu biurowego bez konieczności jego odinstalowywania z komputera?
- czy tworzone dokumenty mogą być zapisywane bezpośrednio w i'cloud?"

W udzielonej odpowiedzi Odwołujący wskazał, co następuje:

„(...) W zakresie zaoferowanego pakietu biurowego ponownie oświadczam, iż przedmiot naszej oferty spełnia wymagania wynikające z dokumentów zamówienia, w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia, Opisu przedmiotu zamówienia oraz Projektu umowy. Zwracam uwagę, że Zamawiający wymagał pakietu biurowego ustalając dla niego warunki jako „Typu Office H&B” połączone ze zobowiązaniem dostarczenia fabrycznie nowego oprogramowania nieużywanego oraz nie aktywowanego nigdy wcześniej na innym urządzeniu oraz pochodzącego z legalnego źródła sprzedaży i z dopuszczeniem wersji elektronicznej. Żadne inne parametry nie zostały przez Zamawiającego wyznaczone. Za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej należy przypomnieć, iż produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Należy także wskazać, że opisywanie przedmiotu zamówienia przez użycie nazwy własnej (jeżeli jako taką uznamy zapis „Typu Office H&B”) wymaga określenia warunków równoważności. To wyłącznie przez pryzmat tych warunków może być dokonywana ocena w zakresie zaoferowanego produktu równoważnego. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie określił żadnych wymagań równoważności w zakresie – technicznego wsparcia, wymogu i sposobu aktualizacji pakietu, zapisu dokumentów w icloud, które w żądaniu wyjaśnień na etapie oceny ofert definiuje. Z ostrożności jednak wyjaśniamy, iż zaoferowane oprogramowanie biurowe OpenOfficePL posiada telefoniczne wsparcie producenta, możliwość ewentualnego upgrade'u z zachowaniem plików i ustawień oraz możliwość zapisu dokumentów w kilku rodzajach „chmur” (...).”

24 marca 2023 r. Gmina Tarnowskie Góry poinformowała wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach części nr 3 tj. wykonawcy tj. wykonawcy K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: FHU HORYZONT K. L. z siedzibą w Gorlicach oraz o ofertach odrzuconych, w tym oferty Odwołującego. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty wykonawcy PWH WIP: „Zamawiający w dniu 06.03.2023 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanego przez Wykonawcę pakietu biurowego OpenOffice 2022

Plus. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) dla części nr 3 wymagał, aby zestawy komputerowe posiadały pakiet biurowy „typu Office H&B”. Zgodnie z zapisami OPZ (załącznik nr 2C do SWZ): „Wszelkie nazwy własne znajdujące się w poniższym opisie przedmiotu zamówienia – np. dotyczące urządzeń lub ich komponentów, a także oprogramowania zostały przywołane jedynie przykładowo i nie mogą być w żaden sposób traktowane jako konkretne formy ich nabycia, użycia, czy promocji. Powołanie przykładowej nazwy własnej w opisie przedmiotu zamówienia nie może być interpretowane jako ocena właściwości danego urządzenia czy programu komputerowego, ani tym bardziej jako przesłanka uznania ich za lepsze od innych analogicznych urządzeń czy innego porównywalnego oprogramowania.” Wobec powyższego Zamawiający nie używał w opisach wprost nazwy własnej ani innych określeń o których mowa w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, które wymagałyby wskazania przez Zamawiającego kryteriów równoważności. Wymagany pakiet biurowy miał być „typu Office H&B”, czyli pakiet biurowy o właściwościach (parametrach) nie gorszych od wskazanego w dokumentach postępowania. Zgodnie z zapisami projektu umowy (załącznik nr 4C do SWZ), Zamawiający nie może być obciążony dodatkowymi kosztami w zakresie korzystania z przedmiotu zamówienia o czym mowa w §3 ust. 2 projektu umowy: „Wynagrodzenie określone w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją umowy, w tym również koszty załadunku i rozładunku oraz dostawy transportem Wykonawcy”. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia czy zaoferowany pakiet biurowy OpenOffice 2022 Plus posiadania bezkosztowe telefoniczne wsparcia przez cały okres, możliwość aktualizacji pakietu bez konieczności jego odinstalowywania z komputera oraz zapisywanie tworzonych dokumentów bezpośrednio w i’cloud. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca oświadczył, że zaoferowane oprogramowanie biurowe OpenOfficePL posiada telefoniczne wsparcie producenta, możliwość ewentualnego upgrade’u z zachowaniem plików i ustawień oraz możliwość zapisu dokumentów w kilku rodzajach „chmur” i generalnie spełnia wymagania wynikające z dokumentów zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający dokonał weryfikacji złożonego oświadczenia Wykonawcy sprawdzając, czy zaoferowany pakiet biurowy OpenOffice 2022 Plus spełnia wymogi postawione w SWZ, OPZ i w warunkach umowy. Po weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego ustalono, że warunek bezkosztowego wsparcia nie został spełniony, ponieważ dystrybutor oferowanego oprogramowania jednoznacznie wskazuje, że „Integralną część pakietu OpenOfficePL stanowi profesjonalna pomoc techniczna (12/24/36 miesięcy BOX/ESD, 6 miesięcy wersja OEM)” (link: <https://openoffice.com.pl/produkt/openofficepl-standard-2022/>) oraz wykazuje czasookresy za które można wykupić usługę obsługi technicznej (link: <https://openoffice.com.pl/produkt/openofficepl-standard-2022/>), co jednoznacznie przerzuca koszty przyszłego wsparcia technicznego na Zamawiającego co jest niezgodne z zapisami §3 ust. 2 projektu umowy (załącznik nr 4C do SWZ). W rezultacie dokonanej weryfikacji ww.

produkt nie spełnia warunków wymaganych przez Zamawiającego w dokumentach SWZ. W związku z powyższym oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwanej w dalszej części ustawą Pzp, albowiem jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

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

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

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

Stosownie do brzmienia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania w pierwszej kolejności zasadnym jest wskazanie, że „(...) Przedmiotem rozważań KIO, a w konsekwencji także sądu mogą być jedynie te decyzje zamawiającego (i ich uzasadnienie), które zamawiający podjął i przekazał uczestnikom postępowania przetargowego. To treść i forma tych ówczesnych decyzji zamawiającego wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez KIO, a skargi przez sąd. Słuszne jest więc dokonanie rozstrzygnięcia w oparciu o to co (i jak) zamawiający zakomunikował wykonawcom w trakcie postępowania przetargowego. Ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego musi być dokonana wyłącznie w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Jest to kwestia fundamentalna, bo to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego.

Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (...); (...) Prawidłowe działania zamawiającego powinny zawsze polegać na powoływaniu w decyzjach o odrzuceniu danej oferty konkretnych przyczyn, z powodu których zamawiający się na to decyduje. Jeśli zamawiający uważa, iż wykonawca popełnił konkretne błędy, to te konkretne uchybienia powinny być zostać wyraźnie wskazane w treści decyzji o odrzuceniu oferty. Nie jest natomiast prawidłowe zachowanie zamawiającego, który najpierw odrzuca ofertę, a dopiero później (na etapie postępowania przed KIO, albo sądem) wskazuje nowe podstawy faktyczne i prawne tej decyzji (...)" (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 16 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 108/21).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego musi być dokonana wyłącznie w oparciu o uzasadnienie wyżej wymienionej czynności zawarte w piśmie Gminy Tarnowskie Góry z dnia 24 marca 2023 r. Skoro bowiem w tym piśmie Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty PWH WIP, to również tam powinien był przedstawić pełne uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez Gminę Tarnowskie Góry do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie. Wobec powyższego Izba oceniała zasadność zarzutów odwołania jedynie w kontekście stanowiska Zamawiającego, które przekazał PWH WIP przy odrzuceniu jego oferty tj. z pominięciem argumentacji dotyczącej pracowników oraz ich przeszkolenia, kwestii związanych z aktualizacją programu i procesem jej przeprowadzenia, a także w zakresie gwarancji zachowania ciągłości działania programu. Późniejsze „uzupełnianie” przez Gminę Tarnowskie Góry jej wcześniejszej decyzji o wspomniane kwestie było spóźnione i jako takie pozostawało bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy.

Przystępując zatem do badania prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy wskazać, co następuje. Analiza treści uzasadnienia faktycznego i prawnego wyżej wymienionej czynności pozwala na stwierdzenie, że wyłączną przyczyną odrzucenia oferty PWH WIP, która została zakomunikowana temu wykonawcy, był brak spełnienia przez zaoferowany pakiet biurowy OpenOfficePL Standard 2022 Plus warunku bezkosztowego wsparcia, co – w ocenie Zamawiającego – jednoznacznie przerzuca koszty przyszłego wsparcia technicznego na Gminę Tarnowskie Góry i jest niezgodne z postanowieniem § 3 ust. 2 PU (Załącznik nr 4C do SWZ). Zamawiający wskazał, że w rezultacie dokonanej weryfikacji zaoferowany produkt nie spełnia warunków wymaganych w dokumentach SWZ.

W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. (zob. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022). Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga więc wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 marca 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 543/22 stwierdziła, że „Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca - zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 Prawa zamówień publicznych, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez niego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentacji zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe”.

Biorąc pod uwagę powyższe zasadnym jest przyjęcie, że Zamawiający nie dokonał opisu warunków postawionych odnośnie wymaganego programu biurowego w sposób precyzyjny i wyczerpujący. W dokumentach zamówienia na próżno szukać jakiegokolwiek zapisu odnośnie wsparcia technicznego (w tym jego czasookresu), w szczególności takiego wymagania nie sposób upatrywać w treści postanowienia § 3 ust. 2 PU, na który Gmina Tarnowskie Góry powołała się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Należy podkreślić, że stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu rozumienia dokumentacji postępowania, którego nie ujawniono wprost w treści dokumentacji postępowania. Aby odrzucenie

oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp było zasadne konieczne jest bowiem wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia.

Kolejno Izba wskazuje, że w pełni podziela stanowisko przedstawione przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania na obronę jego oferty. Zauważenia wymaga w szczególności, że wykonawca PWH WIP zarówno na etapie wyjaśnień, jak i odwołania oraz rozprawy konsekwentnie potwierdzał, że zaoferował pakiet biurowy ze wsparciem technicznym, które zostało uwzględnione w cenie oferty. Celem wykazania tej okoliczności Odwołujący przedłożył oświadczenie producenta zaoferowanego pakietu oprogramowania potwierdzające, że wskazany w ofercie pakiet dedykowany jest dla Urzędu Miasta w Tarnowskich Górach i obejmuje pięcioletnie wsparcie (dowód nr 2). Ponadto z oświadczeń zawartych przez Odwołującego w Formularzu oferty – zacytowanych w poczynionych przez Izbę ustaleniach faktycznych – wprost wynika, że cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją umowy, a zatem Zamawiający nie będzie musiał ponosić żadnych dodatkowych kosztów. Oferta nie narusza więc § 3 ust. 2 PU, na który powołuje się Gmina Tarnowskie Góry w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty PWH WIP. Biorąc pod uwagę powyższe, twierdzenie Gminy Tarnowskie Góry, iż dostawa i użytkowanie zaoferowanego przez Odwołującego pakietu biurowego będzie wiązało się z dodatkowymi kosztami, innymi niż cena oferty, nie mogło się ostać. Po raz kolejny należy bowiem podkreślić, że niezgodność oferty nie może być oparta na domniemaniach i insynuacjach Zamawiającego. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że z opisu na stronie internetowej producenta oferowanego oprogramowania – powoływanej przez Gminę Tarnowskie Góry w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty PWH WIP – wynika, że integralną część pakietu OpenOfficePL stanowi profesjonalna pomoc techniczna, a zatem produkt ten można zakupić wyłącznie ze wsparciem technicznym. Oznacza to, że cena pakietu biurowego w każdej z wymienionych opcji zawiera wsparcie techniczne, jednak jego czasookres odpowiednio wpływa na cenę produktu. Mając na uwadze wszystko powyższe, w sytuacji gdy Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia żadnych wymagań odnośnie wsparcia technicznego, w tym jego czasookresu, zarzuty odnośnie oferty Odwołującego były całkowicie bezpodstawne. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że w kontekście rozpoznawanej sprawy istotna jest okoliczność, iż wykonawca FHU HORYZONT w żadnym miejscu w ofercie nie określił jaki pakiet biurowy oferuje. Słusznie zatem podniósł Odwołujący, że zachowanie Zamawiającego jest dalekie od respektowania zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, gdyż z jednej strony bezpodstawnie odrzucił on ofertę PWH WIP z uwagi na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, pomimo dokładnego określenia całego zakresu przedmiotowego oferty, a z drugiej strony wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, z której nie wynika jaki konkretnie produkt został zaoferowany.

Wobec tego, że potwierdził się zarzut z pkt 3 lit. a) petitum odwołania Izba uznała, że na uwzględnienie zasługuje również zarzut z pkt 3 lit. b) petitum odwołania, który ma charakter wynikowy.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący: