

WYROK

z dnia 25 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

(1) Advanced Business Systems Sp. z o.o., (2) Maxto Sp. z o.o. S.K.A., adres dla pełnomocnika: ul. Pułkownika Dąbka 8, 30-732 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Okręgowy w Zamościu, ul. Akademicka 1, 22-400 Zamość**

przy udziale:

- A. wykonawcy **SANSEC Poland S.A., ul. Bolesława Prusa 2, 00-493 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Virtual Technologies IT sp. z o.o., ul. Damrota 6/301, 40-022 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 1 oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Sąd Okręgowy w Zamościu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Advanced Business Systems Sp. z o.o., (2) Maxto Sp. z o.o. S.K.A., adres dla pełnomocnika: ul. Pułkownika Dąbka 8, 30-732 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

2.1 Zasadza od **Sądu Okręgowego w Zamościu** na rzecz wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Advanced Business Systems Sp. z o.o., (2) Maxto Sp. z o.o. S.K.A., adres dla pełnomocnika: ul. Pułkownika Dąbka 8, 30-732 Kraków** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Zamościu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Okręgowy w Zamościu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa i wdrożenie: serwerów, macierzy, sprzętu sieciowego UTM, terminali, systemu backupu, drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych, systemu kolejkowego, elektronicznej tablicy ogłoszeń, czytelni akt elektronicznych, systemu do wirtualizacji stacji roboczych i serwerów”, Znak sprawy: G-2270-5/17 dalej „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2017r. pod numerem 2017/S 085-165328*

Odwołujący - Konsorcjum firm: Advanced Business Systems Sp. z o.o. w Krakowie - Lider Konsorcjum i Maxto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. - 32-085 Modlniczka - Członek Konsorcjum, wniósł odwołanie od czynności unieważnienia Postępowania w zakresie części nr 1.

Zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył przepisy:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie Postępowania pomimo, że Postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
 - 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- W związku z zarzutami wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania może spowodować uznanie oferty za najkorzystniejszą.

Informację o unieważnieniu Postępowania Odwołujący otrzymał w dniu 4 lipca 2017r.

UZASADNIENIE

I. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA - ART. 93 UST. 1PKT 7 USTAWY PZP

1. Zamawiający decyzję o unieważnieniu postępowania uargumentował następująco: Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający niedostatecznie szczegółowo opisał wymagania odnośnie licencji w środowisku zwirtualizowanym dla programu biurowego. Uczynił to w opisie przedmiotu zamówienia

zawartym w SIWZ - opis dla części i „Oprogramowanie biurowe -120 szt.” Jednocześnie Zamawiający, wyjaśniając w dniu 26 maja 2017 r, treść SIWZ, odpowiadając na pytania nr 22 - 23, wskazał że; „Zamawiający wymaga dostarczenia oprogramowania Office 2016 lub równoważny, które będzie spełniać wymagania producenta oprogramowania w zakresie możliwości wykorzystania oprogramowania w środowisku terminalowym”. Przy takiej odpowiedzi na pytanie, opis przedmiotu zamówienia w zakresie programu biurowego zawarty w SIWZ jest niezgodny z powyższą odpowiedzią na pytanie, a Zamawiający nie dokonał w tym zakresie wyraźnej modyfikacji SIWZ. W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty o różnej treści (uwzględniające lub nie wyjaśnienia Zamawiającego), które nie są porównywalne, a tym samym uniemożliwią Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w chwili obecnej, ze względu na etap prowadzonego postępowania (po złożeniu ofert) nie ma możliwości poprawienia czynności Zamawiającego w inny sposób niż poprzez unieważnienie postępowania.

2. Z decyzją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Decyzja ta jest wadliwa i narusza art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. art. 146 ust. 6 ustawy Pzp oraz pozostałe wskazane w decyzji o unieważnieniu Postępowania przepisy.

3. Przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu:

- 1) musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania),
- 2) wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Żadna z tych przesłanek nie zaszła w Postępowaniu.

4. Zamawiający wadliwości Postępowania nie dopatruje się w treści udzielonych odpowiedzi na pytania, lecz wywodzi ją z faktu, że Zamawiający nie dokonał „wyraźnej modyfikacji SIWZ”, co z kolei, w ocenie Zamawiającego, skutkuje złożeniem nieporównywalnych ofert, ponieważ niektóre oferty uwzględniły treść odpowiedzi na pytania, a niektóre nie. Część wykonawców zaoferowała bowiem oprogramowanie biurowe Microsoft Office Standard 2016 - spełniające wymagania Zamawiającego, tj.:

- 1) Konsorcjum AB Systems
- 2) Virtual Technologies IT Sp. z o.o. ul. Damrota 6/301 40-022 Katowice (dalej: „Virtual”)

Zaś część wykonawców zaoferowała oprogramowanie Microsoft Office 2016 Home and Business PL, które nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego, tj.:

- 1) SANSEC Poland S.A. ul. Bolesława Prusa 2 00-493 Warszawa (dalej: „SANSEC”)
- 2) SUNTAR Sp. z o.o. ul. Boya Żeleńskiego 5b 33-100 Tarnów (dalej: „SUNTAR”).

5. Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, bowiem jest ono sprzeczne z ustawą Pzp, treścią SIWZ, praktyką udzielania zamówień publicznych i wymaganiami, aby wykonawcy działali z należytą starannością. Twierdzenie, że Zamawiający nie dokonał „wyraźnej modyfikacji SIWZ” można natomiast rozpatrywać dwojako - jako brak wyrażenia w odpowiedzi na pytania w sposób jednoznaczny i zrozumiały oczekiwań względem przedmiotu zamówienia lub jako brak dokonania odrębnej czynności zatytułowanej „zmiana SIWZ”, zakładając, że same odpowiedzi na pytania, z zasady, nie mogą stanowić zmiany SIWZ. W ocenie Odwołującego, każde z tych założeń jest wadliwe. Ponadto, Zamawiający nie udowodnił, że fakt złożenia wadliwych ofert przez niektórych wykonawców jest efektem, nie dokonania „wyraźnej modyfikacji SIWZ”, a nie wynikiem świadomego działania lub błędu co do spełniania przez oferowany pakiet biurowy poprawienie zdefiniowanych (z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania) wymagań Zamawiającego - np. błędnego przekonania, że Microsoft Office 2016 Home and Business PL spełnia wymóg działania w środowisku terminalowym.

6. Treść udzielonych odpowiedzi na pytania była bardzo precyzyjna i nie wymagała w zasadzie żadnego wysiłku interpretacyjnego:

Pytania:

22. W części 1 zamawiający pisze o zakupie 442 szt. terminali. Czy w związku z tym należy przyjąć że oprogramowanie Office o którym mowa również w cz.1 będzie wykorzystywane w środowisku terminalowym i w związku z tym powinno spełniać wymagania producenta oprogramowania w zakresie możliwości wykorzystywania oprogramowania w środowisku terminalowym?

23. Jeśli oprogramowanie Office będzie wykorzystywane w środowisku terminalowym, to czy w związku z tym powinno spełniać wymagania producenta oprogramowania w zakresie możliwości wykorzystywania oprogramowania w środowisku terminalowym.

Odpowiedzi:

Ad 22-23. Zamawiający wymaga dostarczenia oprogramowania Office 2016 lub równoważny, które będzie spełniać wymagania producenta oprogramowania w zakresie możliwości wykorzystywania oprogramowania w środowisku terminalowym.

Zatem w związku z faktem, że zakres przedmiotu zamówienia obejmował dostarczenia 442 szt. terminali, wykonawca zadający pytanie miał wątpliwość, czy oprogramowanie biurowe ma obejmować także możliwość jego wykorzystania w środowisku terminalowym.

Zamawiający rozwiął wątpliwości udzielając pozytywnej odpowiedzi, czym doprecyzował swoje wymagania. Odpowiedź ta była bardzo prosta, konkretna i płynęło z niej jednoznaczne wymaganie w stosunku do przedmiotu zamówienia i treści oferty. Zrozumienie tego wymagania nie wymagało od wykonawców żadnego wysiłku interpretacyjnego, a jego skutki dla przygotowywanej oferty były oczywiste.

7. Warto także podkreślić, że w Postępowaniu nie zadano ponadprzeciętnej liczny pytań. Co więcej, zdecydowana większość odpowiedzi na pytania podtrzymywała wymagania Zamawiającego. W zasadzie nie było zbyt wielu odpowiedzi na pytania, które skutkowały merytoryczną zmianą czy doprecyzowaniem wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wielu przypadkach (np. odpowiedź na pytanie 20 z 26 maja 2017r.), podobnie jak w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 22 i 23, Zamawiający udzielał odpowiedzi na inne pytania w podobny sposób - zmieniając treść SIWZ, doprecyzowując swoje wymagania, lecz nie dokonując odrębnych zmian SIWZ. Zatem odpowiedź na pytanie 22 i 23 nie stanowiła jakiegoś wyjątku w sposobie udzielania odpowiedzi na pytania przez Zamawiającego, co ewentualnie pozwalałoby twierdzić, że to spowodowało, że zmiana dokonana tą odpowiedzią „umknęła” niektórym wykonawcom.

8. Co więcej, zarówno wykonawca SUNSEC, jak i SUNTAR zaoferowali macierze uwzględniające metodę COW dopuszczoną dopiero w odpowiedzi na pytanie 20 z dn. 26 maja 2017r. (także bez dokonywania odrębnej zmiany SIWZ):

SANSEC Poland S.A. - Fujitsu ET DX200 S4

Suntar sp. z o.o. - Fujitsu Technology Solutions Eternus DX200 S4

Zatem nie sposób uznać, aby wykonawcy Ci nie przeanalizowali także odpowiedzi na sąsiednie pytanie 22 i 23, skoro nie ulega wątpliwości, że zapoznali się z odpowiedzią na pytanie 20 (zawartą w tym samym zestawie pytań i odpowiedzi) i zaoferowali dopuszczoną w niej technologię. Powyżej wskazane macierze, nie spełniały pierwotnych wymogów SIWZ w zakresie snapshotów, gdyż Zamawiający wymagał pierwotnie macierzy dyskowej o parametrach: „Kopie migawkowe muszą być wykonywane metodą tzw. bez prealokacji przestrzeni dyskowej. Kopie migawkowe nie mogą być wykonywane metodą COW(ang. Copy On Write)”, a w wyjaśnieniach z dnia 26 maja 2017r., wskazał w odpowiedzi na pytanie 20: „Pomimo, iż na rynku jest wielu producentów, którzy oferują rozwiązania zgodne z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuszcza rozwiązanie macierzowe posługujące się metodą COW, która nie wymaga fizycznej prealokacji przestrzeni do składowania danych”.

Dopiero więc wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 26 maja 2017 r. dały możliwość zaoferowania macierzy Fujitsu DX200 S4, jako spełniające wymagania SIWZ w zakresie snapshotów.

9. Udzielone odpowiedzi na pytania stanowią immamentną część dokumentacji przetargowej i powinny być wzięte pod uwagę przez każdego z wykonawców. Z samej istoty wyjaśnień wynika, że mają one wpływ na interpretację postanowień SIWZ i załączników do niej oraz powinny być uwzględnione przy sporządzaniu oferty i realizacji zamówienia. Tak też Zamawiający postanowił w pkt 9.14 SIWZ:

„Wszelkie modyfikacje, uzupełnienia i ustalenia oraz zmiany, w tym zmiany terminów, jak również pytania Wykonawców wraz z wyjaśnieniami stają się integralną częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.

Wszelkie prawa i zobowiązania Wykonawcy odnośnie wcześniej ustalonych terminów będą podlegały nowemu terminowi.”

Zatem, jeśli dany wykonawca nie uwzględnił odpowiedzi na pytania, to działał w sposób niezgodny z pkt 9.14 SIWZ i takie działanie nie zasługuje na ochronę. Gdyby każdy z wykonawców respektował, jak wymaga tego wskazane postanowienie SIWZ, treść udzielonych odpowiedzi na pytania, to wszyscy wykonawcy złożyli by porównywalne oferty, zgodne z treścią SIWZ. Gdyby każdy z wykonawców dochował należytej staranności, to wiedziałby, jakie są wymagania Zamawiającego, Nie sposób zatem doszukiwać się usprawiedliwienia czy wytłumaczenia faktu złożenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ w okoliczności, że Zamawiający nie dokonał odrębnej względem udzielonej odpowiedzi na pytanie zmiany SIWZ.

10. Sama okoliczność, że Zamawiający nie opisał dodatkowo, że dokonuje zmiany/modyfikacji SIWZ nie ma znaczenia, bowiem decydujące znaczenie ma treść udzielonej odpowiedzi, Konieczne jest stwierdzenie, za wyrokiem z 28.01.2015 r., sygn. akt: KIO 110/15: „(...) podkreślenia wymaga, że rzeczą zamawiającego jest wprowadzenie w postępowaniu jasnych, jednoznacznych i niesprzecznych reguł postępowania, które nie będą dawały jego uczestnikom pola do odgadywania i snucia domysłów co było zamiarem zamawiającego i jaki jest wymagany przedmiot zamówienia..

11. Należy podkreślić, że Zamawiający nie jest konsekwentny w swoim stanowisku. Zamawiający w wezwaniach do wyjaśnień, które wystosowywał do wykonawców sam wskazywał, że dokonał zmiany SIWZ w odpowiedzi na pytania 22 i 23 z dn. 26.05.2017r.

Dla przykładu w wezwaniu do firmy SUNTAR z dn. 26.06.2017r. Zamawiający wskazał: Zamawiający w SIWZ wymagał: Pakiet biurowy Microsoft Office 2016 Home and Business PL licencja bezterminowa lub równoważny zawierający: edytor tekstów arkusz kalkulacyjny, program do prezentacji, klient pocztowy wraz z kalendarzem.

W wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 26.05.2017r, Zamawiający zmienił zapis na:

„Zamawiający wymaga dostarczenia oprogramowania Office 2016 lub równoważny, które będzie spełniać wymagania producenta oprogramowania w zakresie możliwości wykorzystywania oprogramowania w środowisku terminalowym. ”

Proszę o podanie nazwy, wersji i numeru katalogowego zaoferowanego oprogramowania biurowego?

Analogiczne wezwania Zamawiający wystosował do pozostałych wykonawców.

12. Żaden z wykonawców w odpowiedzi na tak postawione pytanie/prośbę o wyjaśnienia Zamawiającego nie polemizował z nim, ani nie kwestionował stanowiska Zamawiającego, co do faktu dokonanej zmiany. Wszyscy wykonawcy mieli świadomość dokonanej zmiany, a w każdym razie mieć powinni, co wynika z obowiązku dochowania należytej staranności oraz z pkt. 9.14 SIWZ, Jak już wskazano powyżej, treść ofert pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali oprogramowanie biurowe nie spełniające wymagań pracy w środowisku terminalowym uwzględniała inne zmiany dokonane w wyniku odpowiedzi na pytania, co wskazuje, że jednak zapoznali się oni z udzielonymi odpowiedziami.

13. W konsekwencji, twierdzenie Zamawiającego, że złożono nieporównywalne oferty w zakresie części nr 1 Postępowania i jest efektem braku dokonania odrębnej, „wyraźnej” zmiany SIWZ jest nieuzasadnione. Wykonawcy, którzy zaoferowali oprogramowanie bez możliwości pracy w środowisku terminalowym, zwyczajnie złożyli oferty niezgodne z treścią SIWZ, które powinny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Można jedynie domniemywać jakie były powody zaoferowania przez tych wykonawców oprogramowania Microsoft Office 2016 Home and Business PL. Być może wykonawcy Ci chcieli zoptymalizować koszty, oferując znacznie tańsze oprogramowanie, które jednak finalnie nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego, czego wykonawcy Ci mogli nie sprawdzić na etapie składania ofert i nie mieć stosownej wiedzy w tym zakresie. Sam Zamawiający zwrócił się do producenta oprogramowania z prośbą o wyjaśnienie przedmiotowej kwestii.

14. Zarówno wykonawca SUNSEC, jak i SUNTAR złożyli oferty niezgodne z SIWZ w innym jeszcze zakresie. Decyzja o unieważnieniu Postępowania, dodatkowo prowadziłyby do dania tym wykonawcom szansy wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu.

15. Zamawiający jako przepisy przez niego naruszone, wskazał art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Przepisy te nie zostały naruszone, bowiem opis przedmiotu zamówienia w związku z odpowiedziami na pytania 22 -23 nie stał się niejednoznaczny, niewyczerpujący, ani nie naruszał uczciwej konkurencji, wręcz przeciwnie. Sam Zamawiający wadliwości nie dopatruje się w treści udzielonych odpowiedzi na pytania, lecz wywodzi ją z faktu, że nie dokonał „wyraźnej modyfikacji SIWZ”. Zatem stanowisko sprowadza się do twierdzenia, że sam fakt dokonania odrębnej zmiany zatytułowanej „zmiana/modyfikacja

SIWZ" skutkuje koniecznością unieważnienia Postępowania. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, treść udzielonych odpowiedzi na pytania była bardzo precyzyjna i nie wymagała w zasadzie żadnego wysiłku interpretacyjnego. Aby była ona „wyraźna” nie było konieczne komunikowanie jej w jakiś odrębny, dodatkowy sposób. Nie sposób również podzielić tezy o naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, bowiem każdy z wykonawców znał treść udzielonych odpowiedzi na pytania, miał tyle samo czasu, aby przygotować i złożyć ofertę, zatem znajdował się w takiej samej sytuacji, jak pozostali wykonawcy. Również nie sposób podzielić tezy o naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Nawet gdyby wyboru dokonano, to nie sposób uznać, że ten przepis został by naruszony, ponieważ jego naruszenie było by konsekwencją naruszenia pozostałych wskazanych powyżej przepisów, które nie miało miejsca. Jednocześnie dokonane unieważnienie postępowania narusza zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ w sposób nieuprawniony daje szansę konkurencyjnym wykonawcom wobec Odwołującego na złożenie korzystniejszej oferty w kolejnym postępowaniu.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W jego ocenie czynność unieważnienia postępowania w części I została przeprowadzona prawidłowo i nie ma podstaw, by powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zamawiający wskazał, co następuje

1/ zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie Postępowania pomimo, że Postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający stwierdza, że w jego ocenie doszło do naruszenia przepisów regulujących udzielenie zamówienia, polegających na braku jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia oraz braku dokonania jednoznacznej zmiany treści siwz w związku z wyjaśnieniem treści siwz.

Dnia 26 maja 2017 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące oprogramowania Office wykorzystywanego w środowisku terminalowym w części I postępowania.

Biorąc pod uwagę treść zapytań zamawiający dokonał zmiany pierwotnej treści siwz w brzmieniu: „Pakiet biurowy Microsoft Office 2016 Home and Business PL licencja bezterminowa lub równoważny zawierający: edytor tekstów, arkusz kalkulacyjny, program do prezentacji, klient pocztowy wraz z kalendarzem”, wymagając dostarczenia oprogramowania

Office 2016 lub równoważnego. Zamawiający podkreśla, że powyższych odpowiedzi na zapytanie 22 i zapytanie 23 nie można uznać za doprecyzowanie lub wyjaśnienie niejasnych dla wykonawcy treści siwz, lecz stanowią one zmianę jej treści.

W wyroku KIO 917/10 Izba stwierdziła, że „w przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści specyfikacji lub ogłoszenia, a tylko uszczegółwiają tam znajdujące się postanowienia, zamawiający może poprzestać tylko na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji specyfikacji czy nie publikować zmian w ogłoszeniu. Zamawiający nie musi także za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą stosować się do wyjaśnień. Jednakże zastosowanie formuły mówiącej o modyfikacji specyfikacji w określonym fragmencie jest wskazane, bowiem rozwiewa jakiegokolwiek wątpliwości i kieruje uwagę odbiorcy na modyfikowane postanowienia, nawet gdy czyta on wyjaśnienia bez najwyższej koncentracji. Wyjaśnienia treści specyfikacji służą doprecyzowaniu, rozwinięciu kwestii wynikających z postanowień w celu przedstawienia ich całościowego rozumienia, niesprecyzowanych z różnych przyczyn na etapie tworzenia SIWZ”.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy pzp na zamawiającym ciążył obowiązek zmiany treści siwz.

Jednocześnie w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał czynności zmiany treści siwz (do której był zobowiązany w przedmiotowej sprawie) wadliwie zaniechał on wydłużenia terminu składania ofert ograniczając potencjalnym wykonawcom czas na prawidłowe przygotowanie oferty, zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W ocenie zamawiającego zaniechanie czynności modyfikacji treści siwz przy jednoczesnym braku wydłużenia terminu składania ofert skutkowało niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie zamawiającego zmiana treści siwz nie prowadząca do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu nakładała na zamawiającego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert z uwagi na to, że doszło do zmiany, w której był niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

W przedmiotowej sprawie zaszła konieczność wydłużenia terminu na składanie ofert w związku ze zmianą treści siwz, a czego zamawiający nie dokonał ograniczając podstawową zasadę wskazaną w ustawie, tj. równego traktowania wykonawców. W ocenie zamawiającego brak modyfikacji treści siwz pociągający za sobą brak wydłużenia terminu na składanie ofert skutkowało niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Na zamawiającym ciążył obowiązek równego traktowania wykonawców oraz zapewnienie jasnych i precyzyjnych warunków do przygotowania i złożenia prawidłowej oferty. Zgodnie z wyrokiem KIO 134/17 „Wykonawca,

który zainteresowany jest udziałem w danym zamówieniu publicznym, musi mieć pełną jasność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia w taki sposób, aby bez żadnych wątpliwości mógł ustalić jego szczegółowy zakres, która to wiedza ma następnie wpływ na dokonanie wyceny zamówienia. Istotnym jest również element związany z terminem realizacji prac czy czasem świadczenia usługi, albowiem tylko jednoznaczne jego wskazanie daje podstawę do określenia ceny ofertowej oraz kalkulacji ryzyk związanych z realizacją tego przedmiotu zamówienia. Aby wykonawca posiadał pełnię wiedzy, zamawiający zobligowany jest do opisanie wszystkich elementów związanych z realizacją zamówienia, które to elementy nie mogą być interpretowane przez wykonawców w sposób dowolny, który dodatkowo, na późniejszym etapie, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będą mogły być interpretowane przez zamawiającego za stratą bądź pokrzywdzeniem wykonawcy. Także w wyroku KIO 1389/14 wskazano „obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści siwz nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny”. W świetle powyższego zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania w Części I chcąc wyeliminować sytuację, w której brak odpowiednich działań z jego strony (brak zmiany treści siwz i brak wydłużenia terminu składania ofert w związku z koniecznością przygotowania oferty i uwzględnienia w niej zmodyfikowanych wymagań) mógł skutkować nierównym traktowaniem wykonawców oraz ograniczeniem konkurencji.

Wskazane okoliczności dot. braku zmiany treści siwz oraz braku wydłużenia terminu składania ofert są wadami niemożliwymi do usunięcia. Te wady postępowania mają charakter trwały, rzeczywiście wystąpiły i powodują niemożliwość zawarcia nie podlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający zauważa, iż modyfikacja siwz w związku z zapytaniem wykonawców oraz wydłużenie terminu składania ofert możliwe jest jedynie przed terminem otwarcia ofert.

II. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przypomina, że brak jednoznacznej i wyraźnej modyfikacji mógł prowadzić do zaburzenia równego traktowania wykonawców. W jego ocenie opis przedmiot zamówienia mógł być interpretowany w dwojaki sposób. Nadto wykonawcy mogli nie mieć wystarczającego czasu na przygotowanie oferty.

W ocenie zamawiającego wykonawcy mogli mieć niewystarczający czas na przygotowanie oferty uwzględniające postawione wymogi.

W trosce o równe traktowanie wykonawców unieważnił postępowanie w części I z uwagi na to, że brak unieważnienia przerzuciłoby na wykonawców konsekwencje zaniechania czynności, do których był zobligowany przepisem art. 38 ust. 4 i 6 ustawy pzp. Nieunieważnienie postępowania prowadziło do odrzucenia ofert wykonawców, którzy nie zostali w sposób dostateczny poinformowani o zmianach siwz oraz nie mieli czasu na dostosowanie ofert do nowych warunków wynikających ze zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał, że wszelkie niejasności i sprzeczności w treści siwz nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu i skutkować ewentualnym odrzuceniem oferty.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili w trakcie rozprawy stanowiska.

Odwołujący podtrzymał stanowisko z odwołania. Wskazał na zmiany dokonane przez Zamawiającego w SIWZ w drodze udzielenia wyjaśnień i odpowiedzi na pytania, w tym odpowiedź na pytanie 1, 10, 13 14, 20, 22 i 23.

Zauważył, że oferty Przystępujących zawierały rozwiązania, które stały się zgodne z wymogami Zamawiającego po udzieleniu odpowiedzi na pytanie 20. Stwierdził, iż wyjaśnienia zawarte w odpowiedziach na pytanie 22 i 23 były zrozumiałe, nie budziły jakichkolwiek wątpliwości, natomiast wymogi w nich zawarte nie zostały spełnione, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego, który uzyskał informację w tym zakresie od producenta oprogramowania.

Odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie zauważył, że Zamawiający przedstawił argumentów dotyczących potrzeby przedłużenia terminu składania ofert, te jedna nie zostały ujęte w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania. Oceniał, że termin na przygotowanie i złożenie ofert, liczony także od dnia dokonanych zmian, był dla wykonawców wystarczający i wynosił 13 dni. Podkreślił, że Zamawiający nie wykazał odmiennych okoliczności w tym zakresie. Zauważył, że postanowienia SIWZ, treść wyjaśnień, treść pytań i odpowiedzi na pytania oraz żądań do złożenia wyjaśnień przez wykonawców nie były w postępowaniu kwestionowane. Stwierdził, że decyzję o wyniku postępowania Zamawiający podjął w interesie 2 wykonawców, a tym samym naruszył zasadę równości.

Wskazał na przykładowe orzecznictwo dotyczące dopuszczalności dokonywania zmian w treści SIWZ w drodze wyjaśnień i odpowiedzi na pytania. Stwierdził, że w obecnym postępowaniu żaden z Przystępujących nie może uzyskać zamówienia z uwagi na miejsce w rankingu lub niezgodność oferty z SIWZ, stąd też wykonawcy ci podejmują czynności

zmierzające do udziału w ewentualnym kolejnym postępowaniu. Podkreślił, iż w toku postępowania nie popełniono wad uprawniających do jego unieważnienia.

Zamawiający podtrzymał w całości stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie, a tym samym wskazał na zasadność podjętej decyzji o unieważnieniu postępowania.

Przystępujący Sansec wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na dokonaną przez Zamawiającego zmianę OPZ i odpowiedzi na pytania 22 i 23 w sposób niejednoznaczny. Zauważył także, że nastąpiła istotna zmiana opisu, co skutkuje koniecznością przedłużenia terminu na przygotowanie oferty. Stwierdził, że czynności Zamawiającego doprowadziły do przygotowania i złożenia w postępowaniu ofert, które były nieporównywalne. Czynność unieważnienia postępowania zapobiegła naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Wskazuje na orzeczenia KIO 2390/16 i 469/15 oraz uchwałę KIO KD 36/14 dotyczące zmiany SIWZ i ewentualnego przedłużania terminu składania ofert oraz orzeczenie 479/17 i 1522/16 dotyczące unieważnienia postępowania jako obowiązku Zamawiającego.

Przystępujący Virtual Technologies podzielił stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnienia dotyczące jej treści, jak również stanowiska stron i przystępujących do postępowania odwoławczego, 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. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na interes w ubieganiu się o udzielenie mu zamówienia i ewentualnie jego realizacji.

Przedmiotem rozpoznania jest czynność unieważnienia przez Zamawiającego postępowania dla części pierwszej.

Decyzję o unieważnieniu postępowania zamawiający argumentował następująco:

Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający niedostatecznie szczegółowo opisał wymagania odnośnie licencji w środowisku

zwirtualizowym dla programu biurowego. Uczynił to w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ - opis dla części i „Oprogramowanie biurowe -120 szt.” Jednocześnie Zamawiający, wyjaśniając w dniu 26 maja 2017 r, treść SIWZ, odpowiadając na pytania nr 22 - 23, wskazał że; „Zamawiający wymaga dostarczenia oprogramowania Office 2016 lub równoważny, które będzie spełniać wymagania producenta oprogramowania w zakresie możliwości wykorzystania oprogramowania w środowisku terminalowym”. Przy takiej odpowiedzi na pytanie, opis przedmiotu zamówienia w zakresie programu biurowego zawarty w SIWZ jest niezgodny z powyższą odpowiedzią na pytanie, a Zamawiający nie dokonał w tym zakresie wyraźnej modyfikacji SIWZ. W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty o różnej treści (uwzględniające lub nie wyjaśnienia Zamawiającego), które nie są porównywalne, a tym samym uniemożliwiają Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w chwili obecnej, ze względu na etap prowadzonego postępowania (po złożeniu ofert) nie ma możliwości poprawienia czynności Zamawiającego w inny sposób niż poprzez unieważnienie postępowania.

Uzupełniając uzasadnienie swojej decyzji w toku postępowania odwoławczego zamawiający wskazał także na fakt niedokonania jednoznacznej modyfikacji treści siwz stosownie do art. 38 ust. 4 ustawy pzp oraz brak przedłużenia terminu składania ofert na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy pzp.

Skład orzekający wskazuje w tym miejscu, że następcze rozszerzenie podstaw faktycznych i prawnych dokonanych czynności zamawiającego co do zasady nie jest dopuszczalne.

Dokonując oceny zasadności czynności unieważnienia, Izba uznaje, że decyzja o unieważnieniu jest wadliwa i narusza art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. art. 146 ust. 6 ustawy Pzp oraz pozostałe wskazane w decyzji przepisy.

Przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Nie wykazano, by którakolwiek z tych przesłanek zaszła w postępowaniu.

Zamawiający wadliwość wywodzi z faktu, że Zamawiający nie dokonał „wyraźnej modyfikacji SIWZ”, co z kolei, skutkuje złożeniem nieporównywalnych ofert, ponieważ niektóre oferty uwzględniły treść odpowiedzi na pytania, a niektóre nie. Część wykonawców zaoferowała

bowiem oprogramowanie spełniające wymagania Zamawiającego, a część wykonawców zaoferowała oprogramowanie, które nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, bowiem jest ono sprzeczne z ustawą Pzp, treścią SIWZ i wymaganiem, aby wykonawcy działali z należytą starannością. Twierdzenie, że Zamawiający nie dokonał „wyraźnej modyfikacji SIWZ” można natomiast oceniać albo jako brak wyrażenia w odpowiedzi na pytania w sposób jednoznaczny i zrozumiały oczekiwań względem przedmiotu zamówienia lub jako brak dokonania odrębnej czynności zatytułowanej: zmiany SIWZ. Zamawiający nie udowodnił, że fakt złożenia wadliwych ofert przez niektórych wykonawców jest efektem nie dokonania wyraźnej modyfikacji SIWZ, a nie wynikiem błędu oferenta co do spełniania przez oferowany pakiet biurowy poprawnie zdefiniowanych z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania wymagań Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego treść udzielonych odpowiedzi na pytania, w tym na pytanie 22 i 23 była precyzyjna i nie wymagała dodatkowej interpretacji.

W odniesieniu do wskazanych odpowiedzi, jak i pozostałych, wykonawcy nie zgłaszali zastrzeżeń, w szczególności nie użyto środków ochrony prawnej. Można zatem założyć, że były one, zwłaszcza dla profesjonalnych wykonawców, zrozumiałe.

Jest przy tym niesporne, że niektóre oczekiwania zamawiającego zawarte w wyjaśnieniach i odpowiedziach na pytania nie znalazły odzwierciedlenia w treści niektórych ofert.

Należy ponadto podkreślić, że udzielane odpowiedzi na pytania stanowią immamentną część dokumentacji przetargowej i powinny być wzięte pod uwagę przez każdego z wykonawców. Z samej istoty wyjaśnień wynika, że mają one wpływ na interpretację postanowień SIWZ i załączników do niej oraz powinny być uwzględnione przy sporządzaniu oferty i realizacji zamówienia. Okoliczność tę potwierdził zamawiający w postanowieniu pkt 9.14 SIWZ o treści: „Wszelkie modyfikacje, uzupełnienia i ustalenia oraz zmiany, w tym zmiany terminów, jak również pytania Wykonawców wraz z wyjaśnieniami stają się integralną częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.

Wszelkie prawa i zobowiązania Wykonawcy odnośnie wcześniej ustalonych terminów będą podlegały nowemu terminowi.”

Gdyby zatem każdy z wykonawców respektował, jak wymaga tego wskazane postanowienie SIWZ, treść udzielonych odpowiedzi na pytania, to wszyscy wykonawcy złożyli by porównywalne oferty, zgodne z treścią SIWZ. Trudno zatem doszukiwać się usprawiedliwienia czy wytłumaczenia faktu złożenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ w okoliczności, że Zamawiający nie dokonał odrębnej względem udzielonej odpowiedzi na pytanie zmiany SIWZ i twierdzeniem, że to z przyczyn leżących po stronie zamawiającego niektóre oferty nie były w swej treści zgodne z treścią siwz.

Zamawiający jako przepisy regulujące prowadzenie postępowania, które zostały przez niego naruszone, wskazał art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, przepisy te nie zostały naruszone, bowiem opis przedmiotu zamówienia w związku z odpowiedziami na pytania 22 -23 nie stał się niejednoznaczny, niewyczerpujący, ani nie naruszał uczciwej konkurencji. Skoro treść udzielonych odpowiedzi na pytania była precyzyjna i nie wymagała interpretacji nie było konieczne przedstawienie jej w formie odrębnego dokumentu o nazwie „zmiana specyfikacji”.

Nareszcie wobec powołania zasady równości wykonawców z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, należy zauważyć, że każdy z wykonawców znał treść udzielonych odpowiedzi na pytania, miał tyle samo czasu, aby przygotować i złożyć ofertę, zatem znajdował się w takiej samej sytuacji, jak pozostali. Nie nastąpiło także naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nie doszło do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W takim stanie postępowania uznano, że unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp było niezasadne z uwagi na przedstawione okoliczności faktyczne i prawne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: