

Sygn. akt: KIO 1446/18

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie, PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie, PGE EJ1 Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie, organizatorem postępowania jest PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **A.P.N Promise S.A., ul. Domaniewska 44A, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** i 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., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Podmioty wspólnie udzielające zamówienia: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie, PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie, PGE EJ1 Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie, organizatorem postępowania jest PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę licencji Microsoft. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 czerwca 2018 r. pod pozycją 2018/S 105-240508.

W dniu 23 lipca 2018 r. wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wobec czynności Zamawiającego z dnia 13 lipca 2018 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty Odwołującego pozostaje w zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),

a konsekwencji:

2) art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo braku podstaw określonych w tym przepisie, nie wystąpienie sytuacji, w której nie złożono żadnej oferty podlegającej odrzuceniu.

Uzasadniając zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp Odwołujący za błędne uznał stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 13 lipca 2018 r., w którym Zamawiający stwierdził:

„W analizowanym przypadku wyjaśnienia COMPAREX z 04.07.2018 r. oznaczają, iż wykonawca ten wycenił i zaoferował inne produkty niż były wymagane w SIWZ. Organizator Postępowania wymagał wyceny i dostawy produktów o numerach: AAA-10726, 7MK-00002, 9K3-00002. COMPAREX w tym przypadku wycenił inne produkty niż wymagał Organizator Postępowania. Organizator Postępowania nie znajduje uzasadnienia dla zaproponowania przez Wykonawcę innych produktów niż produkty wymagane w SIWZ, tj. produkty o numerach: AAA-10726, 7MK-0029K3-00002. W ocenie Organizatora Postępowania produkty te można zakupić w trakcie trwania Umowy w sprawie zamówienia. Co więcej COMPAREX zaoferował wymagane przez Zamawiającego produkty w ramach Opcji i nie zgłosił żadnych zastrzeżeń w tym zakresie. ”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią wzoru formularza ofertowego (załącznik nr 1 do wzoru oferty zawartym w SIWZ) („Wzór Formularza”) oraz treścią § 1 ust. 2 pkt a) - c) i ust. 3 wzoru umowy zawartego w Załączniku nr 7 do SIWZ („Wzór Umowy”), Zamawiający wymagał zaoferowania produktów Microsoft (cyt. §1 ust. 2: „licencji (w rozumieniu zapewnienia udzielenia licencji), subskrypcji (w rozumieniu prawa do terminowego pobierania, instalowania, korzystania, uruchamiania, używania i uzyskiwania dostępu), uaktualnień (Software Assurance) produktów firmy Microsoft Corporation (zwanym dalej łącznie „Oprogramowaniem Microsoft”) i usług dotyczących Oprogramowania Microsoft (Premier Support)”, których zakup miał być dokonywany w czterech odrębnych trybach:

- (a) w ramach zakupu inicjalnego obejmującego produkty o konkretnym numerze katalogowym producenta i ilości zdeterminowanej w Załączniku nr 5 Wzoru Umowy (pochodna oferty Odwołującego) (§ 1 ust. 2 (a) Wzoru Umowy);
- (b) w ramach co rocznych zakupów uzupełniających produktów wymienionych w Załączniku nr 5 Wzoru Umowy nabywanych przez Zamawiającego określanych przez Zamawiającego jako TrueUp (§ 1 ust. 2 (b) Wzoru Umowy)
- (c) w ramach zakupów produktów Microsoft innych niż wymienione w Załączniku nr 5 (a więc nie wymienionych we Wzorze Formularza i nie podlegających identyfikacji w ofercie) (§ 1 ust. 2 (c) Wzoru Umowy)
- (d) w ramach zakupów opcyjnych produktów ujętych w Załączniku nr 5 Wzoru Umowy.

Odwołujący zaznaczył, że tryb zakupu powołany z pkt (c) nie ma związku z istotą postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że zaoferował Zamawiającemu w ofercie produkty AAA-10726, 7MK-00002, 9K3- 00002, co wynika wprost z oferty Odwołującego (wypełnionego formularza do oferty przygotowanego na podstawie Wzoru Formularza). W konsekwencji Odwołujący:

(a) zaoferował Zamawiającemu produkty AAA-10726, 7MK-00002, 9K3-00002 na potrzeby zakupu inicjalnego (pkt (a) powyżej, tak jak Zamawiający wymagał we Wzorze Formularza;

(b) zaoferował Zamawiającemu produkty AAA-10726, 7MK-00002, 9K3-00002 na potrzeby zakupu opcyjnego (pkt (d) powyżej, tak jak Zamawiający wymagał we Wzorze Formularza, co Zamawiający przyznał z piśmie z dnia 13 lipca 2018 r.

Odwołujący podkreślił, że w zakresie produktów Microsoft dla zakupu inicjalnego oraz opcyjnego oferta Odwołującego pozostaje w pełnej zgodności z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący domniemywa, iż powoływana przez Zamawiającego niezgodność dotyczy produktów nabywanych w trybie z pkt (b) (czyli § 1 ust. 2 pkt (b) Wzoru Umowy), tj. produktów nabywanych w ramach tzw. TrueUP. Odwołujący stwierdził, że rozumie powyższy motyw w ten sposób, iż w subiektywnym postrzeganiu Zamawiającego, Zamawiający oczekiwał, aby produkty Microsoft nabywane w ramach rocznych zakupów aktualizujących miały numery katalogowe takie same, jak numery produktów z zakupu inicjalnego. Odwołujący uznał taki (ewentualny) pogląd Zamawiającego za błędny z dwóch powodów:

Powód 1

Zamawiający w SIWZ, a w szczególności we Wzorze Formularza nie zawarł wymagania, aby produkty zakupywane w ramach zakupów aktualizujących (TrueUp) miały mieć takie same oznaczenie w katalogu Microsoft, jak produkty z zakupu inicjalnego.

Powód 2

Produkty Microsoft nabywane w ramach zakupów aktualizacyjnych (TrueUp) zgodnie z cennikiem Microsoft mają zwykle odmienne numery katalogowe niż produkty Microsoft

zakupione w ramach zakupu inicjalnego.

Odwołujący wyjaśnił, że to Zamawiający jest stroną umów Enterprise Agreement, Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) i Microsoft Select Plus (zdefiniowanych w pkt 2.17- 2.19 SIWZ), co też Zamawiający potwierdza w pkt 4 Preambuły Wzoru Umowy, a umowy te stanowią odpowiednio Załącznik nr 4, 6 i 7 Wzoru Umowy. Oznacza to, że oznaczenie produktów Microsoft jest wyłączną domeną Microsoft i to Microsoft decyduje jakie numery katalogowe nadaje poszczególnym produktom lub ich rozszerzeniom. Procedura nabywania produktów TrueUp jest przedmiotem regulacji Umowy Enterprise Agreement oraz Rejestracji stanowiących Załącznik nr 6 i 7 do Wzoru Umowy o standardowych brzmieniach narzuconych przez Microsoft.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z treścią Umowy Enterprise, Rejestracji oraz postanowień dotyczących Produktów wydanych przez Microsoft 1 lipca 2018, licencje TrueUp są licencjami na produkty identyczne, jak produkty podstawowe, a jedyna różnica pomiędzy nimi dotyczy trybu nabycia licencji, których konsekwencją jest odmienny numer katalogowy Microsoft. Specyfika nabycia produktu Microsoft w ramach TrueUp polega na tym, iż w ramach tego trybu Zamawiający może nabywać dodatkowe licencje nabyte w ramach zamówienia podstawowego (inicjalnego), ale rozliczać je w sekwencjach rocznych. Jeżeli zatem Zamawiający nabędzie w ramach zamówienia inicjalnego 100 szt. produktu 395-02504 pod nazwą ExchgSvrEnt ALNG SA MVL, to w okresie obowiązywania Umowy Enterprise i jej Rejestracji (okres 3 lat) możliwe jest przekroczenie liczby 100 produktów i okoliczność ta nie będzie stanowić naruszenia warunków licencyjnych Microsoft (a w konsekwencji autorskich praw majątkowych Microsoft), gdyż z odpowiednim wyprzedzeniem przed końcem każdego roku obowiązywania Umowy Enterprise i jej Rejestracji Zamawiający może zgłosić dodatkową liczbę licencji i uiścić za nią odpowiednią opłatę. Licencje nabywane w trybie TrueUp nabywane są *ex post* i rozliczane w każdym z trzech lat obowiązywania Umowy Enterprise i jej Rejestracji odmienną stawką, która staje się z roku na rok niższa, gdyż licencje wygasają z upływem 3 letniego okresu obowiązywania Umowy Enterprise i jej Rejestracji. Ponieważ licencje te nabywane są w powyższym szczególnym trybie, cennik Microsoft przewiduje odmiennie numery katalogowe dla produktu zakupywanego inicjalnie na okres 3 lat (czyli w trybie określonym w § 1 ust. 1 (a) Wzoru

Umowy, a odmienne numery dla produktu nabywanego w trybie TrueUp (czyli w trybie określonym w § 1 ust. 2 (b) Wzoru Umowy). Z racji nabywania produktów TrueUp w toku obowiązywania Umowy Enterprise i jej Rejestracji, czyli na coraz krótsze okresy, cennik Microsoft przewiduje degresywne stawki licencje za produkty typu TrueUp. W konsekwencji, jak wyjaśnił Odwołujący, zgodnie w warunkami Microsoft, zaoferowanie produktów TrueUP względem produktów objętych inicjalnym zamówieniem, następuje przeważnie z zastosowaniem odmiennych numerów katalogowych niż numery produktów inicjalnych, stąd, zdaniem Odwołującego, w braku odmiennych regulacji SIWZ, odmienność numerów katalogowych zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 4 lipca 2018 r. nie może być traktowana jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący zauważył, że oceniając ofertę APN Promise S.A. Zamawiający dokonał obliczeń wymaganych pkt 19.3 SIWZ dla TrueUp dla produktu inicjalnego Onpremis - 9EM-00270 - WinSvrSTDCore ALNG SA MVL2lic CoreLic biorąc pod uwagę ceny produktu Lic+SA, tj: 9EM-00562 - WinSyrSTDCore ALNGLicSAPk MYL 2Lic CoreLic. Wskazuje to, w opinii Odwołującego, że Zamawiający uznaje, iż w ramach TrueUp dostarczane są Zamawiającemu produkty o innym numerze katalogowym, niż produkt inicjalny i taki stan rzeczy pozostaje w zgodności z SIWZ. Jak zaznaczył Odwołujący, Zamawiający uznał, iż cena dla TrueUp dla produktu 9EM-00270 - WinSvrSTDCore ALNG SA MVL2lic dla drugiego roku obowiązywania Umowy po zastosowaniu rozliczenia z pkt 19.3 SIWZ nie powinna być wyższa niż 107,20 Euro, a dla trzeciego nie wyższa niż 88 euro. Tymczasem w cenniku Microsoft brak jest cen TrueUp dla powyższego produktu. APN Promise S.A. zaoferowała Zamawiającemu w ramach TrueUp produkt Lic+SA tj: 9EM-00562 - WinSyrSTDCore ALNG LicSAPk MYL 2Lic CoreLic, co wynika ze zgodności opłat za drugi i trzeci rok z cenami za ten produkt przeliczony zgodnie z art. 19.3 SIWZ.

Odwołujący przedstawił rozliczenie ceny produktu Lic+SA tj: 9EM-00562 - WinSyrSTDCore ALNG LicSAPk MYL 2Lic CoreLic bazując na cenniku Microsoft:

- (i) pierwszy rok: 127.20 Euro (przed upustem: 159 Euro)
- (ii) drugi rok: 107.20 Euro (przed upustem: 134 Euro)
- (iii) trzeci rok: 88 Euro (przed upustem: 110 Euro).

Jak podkreślił Odwołujący, zawarte w piśmie Zamawiającego wartości maksymalne cen dla drugiego i dla trzeciego roku są zgodne z kwotami zawartymi w pkt (ii) i (iii), co wskazuje na to, iż kalkulowano produkt Lic+SA tj: 9EM-00562 - WinSyrSTDCore ALNG LicSAPk MYL 2Lic CoreLic.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż jeżeli Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, iż Odwołujący winien zaoferować produkty o innych numerach katalogowych niż określił w wyjaśnieniach, a jednocześnie Zamawiający miał na myśli inne numery katalogowe produktów niż produkty objęte zakupem inicjalnym, to z braku wskazania w decyzji z dnia 13 lipca 2018 r. takich konkretnych numerów katalogowych uznać należy, iż Zamawiający nie wskazał w decyzji z dnia 13 lipca 2018 r. skonkretyzowanej wady oferty Odwołującego, co uniemożliwiało Zamawiającemu zastosowanie sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający nie może w toku postępowania odwoławczego uzupełniać podstaw faktycznych decyzji o odrzuceniu oferty.

Odwołujący stwierdził ponadto, że z racji bezprawności odrzucenia oferty Odwołującego, nie ziszcili się przesłanki unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu ukończenia procedury oceny ofert, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Przedmiotem zamówienia jest zakup licencji i uaktualnień dla posiadanych licencji stanowiskowych i serwerowych w ramach programu Microsoft Enterprise (lub równoważnych) na okres 3 lat, z mocą obowiązywania od dnia 1 maja 2018 r. W Załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający wymienił produkty wchodzące w zakres zamówienia wskazując

ich numer, nazwę oraz liczbę. Zamawiający opracował również załącznik do Formularza Oferty stanowiący tabelę do wypełnienia przez wykonawców, w którą wpisał numery, nazwy i liczbę produktów oraz wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia w zakresie ceny jednostkowej netto, wartości netto w okresie 3 lat, ceny jednostkowej netto w True-Up 1 rok, w True-Up 2 rok, w True-Up 3 rok.

Odwołujący złożył ofertę zawierającą ww. tabelę wypełniając miejsca pozostawione do wypełnienia przez Zamawiającego, tj. w zakresie cen i nie modyfikując tabeli w zakresie nazw i numerów produktów.

Pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia dotyczące „cennika, znajdującego się na stronie 10 złożonej Oferty w zakresie wartości True`upów dla roku 1-go, 2-go i 3-go w pozycjach dotyczących produktów subskrypcyjnych, tj. produktów o numerze (Part Number): 7MK-00002, 9K3-00002”, a także w o wyjaśnienia dotyczące „cennika, znajdującego się na stronie 10 złożonej Oferty: w pozycji dot. produktu o numerze (Part Number): AAA-10726 M365 E3 From SA ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr”.

Odpowiadając na ww. pismo Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 4 lipca 2018 r. wyjaśnił Zamawiającemu m.in., że „Zamawiane przez Państwa licencje subskrypcyjne Form SA w programie Enterprise Agreement nie umożliwiają dokonania TrueUp, czyli zwiększenia liczby produktów poprzez zakup licencji o identycznym numerze katalogowym jak licencje zakupione w ramach zakupu inicjalnego. Aby zrealizować TrueUp konieczne jest dokonanie zakupu licencji na identyczne oprogramowanie, ale z przypisanym innym numerem katalogowym produktu. Z uwagi na politykę licencyjną Producenta nie istnieją licencje typu From SA w kategorii TrueUp (...) Jednakże w odniesieniu do licencji subskrypcyjnych zakup TrueUp możliwy jest poprzez zakup pełnej licencji subskrypcyjnej, co zostało uwzględnione w ofercie. Realizacja TrueUp dla trzech produktów objętych Państwa wezwaniem następuje poprzez zakup identycznych produktów pod innym numerem katalogowym (...) Produkt 7MK-00002 o nazwie ProjOnInProfFromSA ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr posiada w cennikach Microsoft cenę zakupu 19,00 Euro netto natomiast jego TrueUp posiada numer 7LS-00002, nazwę ProjOnInProf ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr i cenę 22,30 euro netto. Po odjęciu 36% upustu maksymalna stawka

wynosi 14,27 Euro. Produkt 9K3-00002 o nazwie VisioOnlnP2FromSA ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr posiada w cennikach Microsoft cenę zakupu 9,50 Euro netto natomiast jego TrueUp posiada numer N9U-00002, nazwę VisioOnlnP2 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUser i cenę 11,20 euro netto. Po odjęciu 36% upustu maksymalna stawka wynosi 7,17 Euro. W odniesieniu do AAA-10726 M365 E3 FormSA ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr wyjaśniamy, iż TrueUp dla tego produktu realizowany jest poprzez zakup AAA-10756 M365 E3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr i cenę 28 Euro netto, stąd cena maksymalna po 36% upuście wynosi 17,26 Euro.”.

Pismem z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu obu złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert z uwagi na ich niezgodność z SIWZ oraz błędy w obliczeniu ceny. W odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający jako podstawę wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przedstawiając następującą argumentację: „W analizowanym przypadku wyjaśnienia COMPAREX z 04.07.2018 r. oznaczają, iż wykonawca ten wycenił i zaoferował inne produkty niż były wymagane w SIWZ. Organizator Postępowania wymagał wyceny i dostawy produktów o numerach: AAA-10726, 7MK-00002, 9K3-00002. COMPAREX w tym przypadku wycenił inne produkty niż wymagał Organizator Postępowania. Organizator Postępowania nie znajduje uzasadnienia dla zaproponowania przez Wykonawcę innych produktów niż produkty wymagane w SIWZ, tj. produkty o numerach: AAA-10726, 7MK-0029K3-00002. W ocenie Organizatora Postępowania produkty te można zakupić w trakcie trwania Umowy w sprawie zamówienia. Co więcej COMPAREX zaoferował wymagane przez Zamawiającego produkty w ramach Opcji i nie zgłosił żadnych zastrzeżeń w tym zakresie.”.

Zamawiający poinformował także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, wezwanie Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2018 r., odpowiedź na ww. wezwanie Odwołującego z dnia 4 lipca 2018 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania

zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

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

W przedmiotowej sprawie nie była sporna między stronami okoliczność, że w ramach zakupów aktualizacyjnych Odwołujący zaoferował Zamawiającemu trzy produkty o innych numerach katalogowych i nazwach niż wymienione w Formularzu ofertowym.

Rozpoznając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba stanęła na stanowisku, że konstrukcja SIWZ, a w szczególności Formularza Oferty wskazywała, że Zamawiający oczekuje wyceny jednoznacznie określonych licencji do opisanych przez numer i nazwę produktów. W treści ww. Formularza Zamawiający wymienił produkty stanowiące przedmiot zamówienia, zaś od wykonawców oczekiwał jedynie ich wyceny. Izba miała na uwadze okoliczność, że Odwołujący miał możliwość zaoferowania Zamawiającemu produktów zgodnych z oczekiwaniem Zamawiającego. Możliwość wyceny i dostawy trzech spornych produktów w ramach zamówień aktualizacyjnych TrueUp potwierdzona została w złożonej przez Zamawiającego korespondencji z przedstawicielem Microsoft. O zgodności oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ nie może świadczyć oferta, jaką otrzymał Odwołujący od Microsoft. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający brał udział w jej przygotowaniu czy też że zaakceptował jej treść. O tym, że treść tej oferty nie mogła mieć bezpośredniego przełożenia na ofertę złożoną przez Odwołującego Zamawiającemu świadczy też okoliczność, że ofertą Microsoft zostały objęte produkty, które nie wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia, jak np. produkty M365 o kodach AAA-28605 czy AAA-28688.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, że to Zamawiający jest odpowiedzialny za opis przedmiotu zamówienia i ma najwyższą świadomość własnych potrzeb. Zamawiający, jak oświadczył, ma również świadomość warunków Microsoft dla zakupu określonych licencji i nie jest to pierwsza umowa, jaką zawrze Zamawiający na licencje Microsoft. Odwołujący poddał analizie faktyczne możliwości zakupu przez Zamawiającego spornych produktów i na wynikach swojej analizy oparł złożoną ofertę. Świadczy o tym zarówno argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w piśmie z dnia 4 lipca 2018 r., w odwołaniu, na rozprawie, jak też złożone przez Odwołującego dowody. Tymczasem, owa analiza leży po stronie Zamawiającego. To Zamawiający zobowiązany jest do zidentyfikowania własnych potrzeb i ich opisanie tak, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości co do zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący, jako wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy posiada wiedzę o uchybieniach w opisie przedmiotu zamówienia czy pewnych ograniczeniach Zamawiającego co do korzystania z zamawianych produktów, powinien, w celu złożenia prawidłowej oferty, zwrócić Zamawiającemu uwagę na te okoliczności w formie pytań do SIWZ bądź odwołania na treść specyfikacji. Kwestionowanie potrzeb i możliwości Zamawiającego na etapie składania ofert jest działaniem spóźnionym. Wobec braku ww. reakcji wykonawcy na etapie ogłoszenia treści SIWZ, Odwołujący zobowiązany był, chcąc skutecznie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, zaoferować produkty wskazane w SIWZ. Rozstrzygając przedmiotowy spór Izba miała na względzie okoliczność, na jaką zwrócił uwagę Zamawiający, że grupa kapitałowa PGE jest grupą żywą jeżeli chodzi o przyłączanie podmiotów, zatem nieuprawnione jest przenoszenie standardowych sytuacji na warunki grupy PGE. Z uwagi na powyższe, podniesiona przez Odwołującego na rozprawie argumentacja wraz ze złożonymi na jej poparcie dowodami nie mogły znaleźć uznania.

Na skutek niezasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :