

Sygn. akt: KIO 528/18

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2018 roku przez wykonawcę **NEWIND Spółka Akcyjna we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez „**Nowy Szpital Wojewódzki**” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **NEWIND Spółkę Akcyjną we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **NEWIND Spółka Akcyjna we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **NEWIND Spółka Akcyjna we Wrocławiu** na rzecz „**Nowego Szpitala Wojewódzkiego**” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – „Nowy Szpital Wojewódzki” Sp. z o.o. we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę macierzy dyskowej wraz z oprogramowaniem, podzespołów do rozbudowy serwerów HP DL360p Gen8 oraz systemu backupu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 21 marca 2018 roku wykonawca NEWIND SA we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, która w konsekwencji doprowadziła do unieważnienia przez zamawiającego postępowania na podstawie art.93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Czynnościom podjętym przez zamawiającego odwołujący zarzucił:

- bezpodstawne i nieuprawnione zastosowanie wobec oferty odwołującego art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. i odrzucenie oferty, która jest ważna i nie podlega odrzuceniu i w konsekwencji bezpodstawne zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. i unieważnienie postępowania,
- zaniechanie ewentualnego wezwania odwołującego na mocy art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. do wyjaśnienia treści jego oferty,
- zaniechanie poprawy innej omyłki w ofercie odwołującego,
- zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, poprawę innej omyłki w ofercie odwołującego, poprzedzoną ewentualną czynnością wezwania do wyjaśnienia treści oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem złożył ważną ofertę, a zamawiający poprzez zaniechanie wymaganej staranności przy ocenie ofert i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i bezpodstawne unieważnienie postępowania pozbawia odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W ten sposób odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska zamówienia. W ocenie odwołującego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności oceny złożonych ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy P.z.p., za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu winna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego. Naruszenie przepisów przez zamawiającego wobec oferty odwołującego ma wpływ na wynik postępowania. Zamawiający bezpodstawnie odrzucając ofertę odwołującego i unieważniając postępowanie niweczy sens i cel prowadzonego postępowania, gdyż celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że pismem zamawiającego z dnia 16.03.2018r., przekazanym drogą mailową w dniu 16 marca 2018 roku, został poinformowany o wynikach oceny ofert tj. o unieważnieniu postępowania, wykluczonych wykonawcach i odrzuconych ofertach. Jednocześnie w ww. piśmie zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego jako niezgodną z treścią s.i.w.z., wskazując na:

"Podstawa prawna:

art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy P.z.p. - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.87 ust.2 pkt.3.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawarł wymóg, że wykonawca przy sporządzeniu oferty winien uwzględnić fakt, że zamawiający jest użytkownikiem komercyjnym.

Wykonawca w poz.nr 7 Formularza cenowego zaoferował następujący System backupu:

- a) Producent: Veeam,
- b) Model: Backup Essentials Standard,
- c) P/N: P-ESSSTD-VS-P0000-00.

Podany P/N jednoznacznie wskazuje, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie producenta Veeam, że są to licencje typu GOVERNMENT dla organów administracji publicznej (Public Sector)."

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w Rozdziale 4 SIWZ zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia, który obejmuje m.in. dostawę oprogramowania do systemu backupu. W Załączniku nr 6 do SIWZ w punktach od 41 do 57 określił wymagania techniczne tego oprogramowania. Jednocześnie w Rozdziale 4 SIWZ zastrzegł, że: „Zamawiający: „Nowy Szpital Wojewódzki” Sp. z o.o. nie prowadzi działalności medycznej, nie jest podmiotem uprawnionym do korzystania z licencji GOVERNMENT na podstawie przyjętej przez Microsoft definicji uprawnionych podmiotów rządowych (EMEA). Jest użytkownikiem komercyjnym.”

Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze zastrzeżenie zamawiającego zaoferował oprogramowanie Veeam Backup Essentials Standard, którego opis wprost wskazuje na wersję komercyjną tego oprogramowania. Gdyby celem odwołującego było zaoferowanie przedmiotu nie spełniającego wymagań zamawiającego, opis ten wyglądałby inaczej, tzn. w opisie znalazłoby się wprost wskazanie „Public Sector” i opis byłby następujący: „Veeam Backup Essentials Standard - Public Sector - New License”. Intencją odwołującego było zaoferowanie oprogramowania spełniającego wszystkie wymagania zamawiającego. W tym celu zwrócił się do dystrybutora o ofertę oprogramowania spełniającego wymagania wskazane w SIWZ i otrzymał ofertę na oprogramowanie „Veeam Backup Essentials Standard”.

W Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1a do SIWZ, Odwołujący oświadczył, że„(...) oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ (w tym załącznikach do niej) (...)”.

W pozycji nr 7 tabeli Formularza cenowego Odwołujący wpisał w kolumnach:

- > Producent: Veeam,
- > Model: Backup Essentials Standard /

podając prawidłowy opis wersji komercyjnej oprogramowania. W kolumnie P/N Odwołujący omyłkowo podał numer „P-ESSSTD-VS-P0000-00” zamiast „V-ESSSTD-VS-P0000-00”.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający przy ocenie ofert w ogóle nie wziął pod uwagę opisu oprogramowania wskazanego w kolumnie „Model”, który jednoznacznie wskazuje na wersję komercyjną tego oprogramowania.

W ocenie odwołującego, ta zauważona niezgodność ma charakter omyłki, a nie celowego działania odwołującego polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści i zaoferowania oprogramowania nie spełniającego wymagań zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyroki: Sądu Okręgowego w Krakowie (sygn. akt: XII GA 429/09), z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 roku, sygn. akt: KIO 666/15 z dnia 14 kwietnia 2015 r. i inne.

W ocenie odwołującego, omyłkowe podanie P/N możliwe jest do skorygowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Jeśli zamawiający miał wątpliwość co do interpretacji treści oferty, mógł wezwać odwołującego do wyjaśnienia tej treści. Zamawiający jednak nie podjął żadnych działań, aby jak najwierniej odtworzyć intencje odwołującego w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.), dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, co nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 marca 2018 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego;
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, zastępstwa przed KIO oraz dojazdu zgodnie z fakturami złożonymi na rozprawie;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

W zakresie zarzutu dotyczący bezpodstawnego i nieuprawnionego zastosowania wobec oferty odwołującego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy P.z.p. i odrzucenia oferty, która jest ważna i nie podlega odrzuceniu. i w konsekwencji bezpodstawnego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. i unieważnienia postępowania.

Zamawiający podniósł, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odrzucił ofertę odwołującego, z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób jednoznaczny określił w Rozdziale 3 s.i.w.z. „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” - ust. 4 „Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia”, że jest użytkownikiem komercyjnym, a przedstawiony stan faktyczny wykonawca winien uwzględnić przy sporządzaniu oferty.

Zamawiający wskazał, że odwołujący w poz. nr 7 Formularza cenowego zaoferował następujący System backupu:

- a) Producent: Veeam,
- b) Model: Backup Essentials Standard,
- c) PIN: P-ESSSTD-VS-POOOO-OO, tj. jednoznacznie wskazał poprzez PIN P - P-ESSSTD-VS-POOOO-OO jaki rodzaj licencji zaoferował, a są to licencje przeznaczone dla podmiotów sektora publicznego.

Zamawiający wskazał, że zaoferowany model systemu backupu: VEEM BACKUP ESSENTIALS STANDARD posiada różne opcje licencjonowania. Rodzaj zaoferowanej licencji identyfikuje jej oznakowanie kodem SKU licencji, umieszczonym na początku opisu PIN, odpowiednio:

- 1) GOVERNMENT dla podmiotów sektora publicznego (Public Sector) — part number licencji oznaczony literą „P” na początku opisu,
- 2) ACADEMIC dla kwalifikowanych użytkowników edukacyjnych - part number licencji oznaczony literą „E” na początku opisu,
- 3) COMMERCIAL dla użytkowników komercyjnych — part number licencji oznaczony literą „V” na początku opisu.

Na okoliczność powyższego zamawiający przedstawił dowody:

- 1) wydruk ze strony internetowej firmy Senetic z dnia 22 marca 2018 r. (VEEAM PROPARTNER GOLD RESELLER) przedstawiający dostępne opcje licencjonowania dla systemu backupu: VEEM BACKUP ESSENTIALS STANDARD.
- 2) oświadczenie z Veeam Software GmbH z dnia 14 marca 2018 r. — wskazujące na to, że zamawiający jest podmiotem komercyjnym i nie jest uprawniony do zakupu licencji przeznaczonych dla klientów publicznych.

W ocenie zamawiającego, w świetle powyższego, obecne twierdzenie odwołującego jakoby wskazany model VEEM BACKUP ESSENTIALS STANDARD zaoferowanego systemu backupu wprost wskazywał na wersie komercyjną oprogramowania jest nieuprawnione.

Zamawiający stwierdził, że nie może zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego oraz przedstawionym w odwołaniu oświadczeniem firmy VERACOMP (będącym jedynie

dystrybutorem produktów firmy VEEAM a nie producentem rozwiązania) jakoby dla stwierdzenia niezgodności zaoferowanego produktu, opis zaoferowanego rozwiązania musiałby zawierać wyraźne oznaczenie „Public Sector”. Licencje producenta VEEAM Software przeznaczone dla różnych podmiotów (publiczne, komercyjne, edukacyjne) determinowane są przez właściwy kod SKU (zwany również Part Number), a nie opis samej licencji. Wynika to z przedłożonego oświadczenia VEEAM Software, w którym producent używa tego samego opisu dla licencji przeznaczonych dla różnego typu klientów, a rozróżnia je jedynie poprzez kod SKU/Part Number.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że podpisując przygotowane przez zamawiającego w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ sformułowanie: „ (...) oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ (w tym załącznikach do niej) (...)” wykazał, iż zaoferował oprogramowanie zgodne z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający przywołał wyrok KIO (sygn. akt: KIO 1045/17 wyrok z dnia 9 czerwca 2017 r.), zgodnie z którym „O kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczące jej treści. Gdyby przyjąć pogląd przeciwny, to treść oferty można byłoby sprowadzić do posłużenia się ogólnikowymi sformułowaniami zamieszczanymi zwyczajowo przez zamawiających we wzorach formularzy ofert, co pozbawiałoby racji bytu szereg procedur wynikających z ustawy Pzp. Oświadczenia takie mogą nabrać większego znaczenia w sytuacjach, w których opis przedmiotu zamówienia nie precyzuje pewnych kwestii, nie zaś w przypadkach, gdy zamawiający precyzyjnie opisał swoje oczekiwania”

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ewentualnego wezwania odwołującego na mocy art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. do wyjaśnienia treści jego oferty, zamawiający stwierdził, że zarzut ten jest bezzasadny.

Zamawiający wskazał, że treść oferty nie budziła jego wątpliwości, ponieważ odwołujący w ofercie wskazał produkt, który faktycznie istnieje. Ewentualna ingerencja w treść złożonej oferty nie miałaby jedynie charakteru korygującego, a w konsekwencji prowadziłyby do istotnej zmiany zasadniczej treści oferty. Wskazane działania doprowadziłyby faktycznie do zmiany oferowanego produktu oraz jego ceny. Realizacja czynności wskazanych w dyspozycji art. 87 ustawy P.z.p., na kanwie niniejszej sprawy w ocenie zamawiającego naruszyłaby granice w nim wyznaczone tj. zakaz zmian w treści oferty wpływających na ranking ofert w postępowaniu. Takie działanie mogłoby skutkować rażącym naruszeniem zasady równej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców.

W zakresie zarzutu dotyczącego. zaniechania poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego, zamawiający stwierdził, że w tym przypadku zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. nie jest możliwe. Istnieją bowiem dwa produkty: jeden o nazwie P - P-ESSSTD-VS-POOOO-OO, który nie spełnia wymagań zamawiającego, i drugi o nazwie V - P-ESSSTD-VS-POOOO-OO, który te wymogi spełnia. Uznanie powyższej sytuacji za „inną omyłkę” i poprawienie jej na podstawie 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty poprzez zmianę rodzaju zaoferowanej licencji i zaoferowanie nowego produktu - oferowany produkt w ofercie był bowiem oznaczony tylko przez nazwę producenta oraz numer PIN.

W związku z powyższym wpisanie w treści oferty przez odwołującego kodu SKU PIN: P-ESSSTD-VS-POOOO-OO produktu dedykowanego odpowiednio dla użytkownika z sektora publicznego nie mogło być odczytane przez zamawiającego jako inna omyłka. Produkt oferowany przez odwołującego rzeczywiście istnieje w ofercie producenta, w związku z tym nie można wskazać w tym przypadku omyłki. Rzekoma omyłka odwołującego skutkuje zaoferowaniem innego produktu. Litera P, V, E nie jest bez znaczenia, bowiem identyfikuje ona konkretny produkt. Zgodnie z wyrokiem KIO poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2017 r., sygn. akt KIO 1998/17). Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości może samodzielnie, bez udziału wykonawcy zainicjować czynności w celu sprostowania omyłki. Jednakże z uwagi na to, że postępowania o zamówienia publiczne prowadzone są pomiędzy podmiotami profesjonalnymi nie sposób zakładać, że wykonawca ma zamiar oferować inny produkt niż ten wskazany wprost w ofercie.

W zakresie zarzutu zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust 1 P.z.p., zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu kryteriami ocen są cena — waga 80%, parametry techniczne i funkcjonalne — waga 20%.

W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały 3 oferty.

- 1) Oferta nr 1 złożona przez Wykonawcę Veganet Sp. z o. o.,
- 2) Oferta nr 2 złożona przez Odwołującego, tj: Newind Spółka Akcyjna,
- 3) Oferta nr 3 złożona przez Wykonawcę eWINit Services Sp. z o. o.

Wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako niezgodne z treścią SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że dodatkowo należy podkreślić, że oferta nr 1 została odrzucona dokładnie z tych samych powodów. co oferta odwołującego, a była ofertą o niższej cenie i w kryterium „parametry techniczne i funkcjonalne” uzyskałaby wyższą ilość punktów niż oferta odwołującego. W tym miejscu należy podkreślić, że żaden z wykonawców nie kwestionuje czynności zamawiającego, nie czyni tego nawet wykonawca, który przedstawił ofertę nr 1.

W przypadku, gdyby zamawiający dokonał poprawy „innej omyłki” w ofercie odwołującego, analogicznie musiałby poprawić tą samą omyłkę w ofercie wykonawcy Veganet Sp. z o.o., tym samym to oferta wykonawcy Veganet Sp. z o. o. zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Oferta odwołującego jest bowiem ofertą najdroższą, jest również najmniej korzystną w kryterium „parametry techniczne i funkcjonalne”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem 4 s.i.w.z. zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje m.in. dostawę oprogramowania do systemu backupu. W Załączniku nr 6 do s.i.w.z. w punktach od 41 do 57 zamawiający określił wymagania techniczne tego oprogramowania. Jednocześnie w Rozdziale 4 s.i.w.z. zastrzegł, że: „Zamawiający: „Nowy Szpital Wojewódzki” Sp. z o.o. nie prowadzi działalności medycznej, nie jest podmiotem uprawnionym do korzystania z licencji GOVERNMENT na podstawie przyjętej przez Microsoft definicji uprawnionych podmiotów rządowych (EMEA). Jest użytkownikiem komercyjnym.”

W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały 3 oferty.

- 1) Oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Veganet Sp. z o. o.,
- 2) Oferta nr 2 złożona przez odwołującego, tj: Newind Spółka Akcyjna,
- 3) Oferta nr 3 złożona przez wykonawcę eWINit Services Sp. z o. o.

W Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1a do SIWZ, odwołujący oświadczył, że„(...) oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ (w tym załącznikach do niej) (...)”.

W pozycji nr 7 tabeli Formularza cenowego Odwołujący wpisał w kolumnach:

- > Producent: Veeam,
- > Model: Backup Essentials Standard /
- > P/N: P-ESSSTD-VS-P0000-00"

Pismem zamawiającego z dnia 16.03.2018r., przekazany drogą mailową w dniu 16 marca 2018 roku, odwołujący został poinformowany o wynikach oceny ofert tj. o unieważnieniu postępowania, wykluczonych wykonawcach i odrzuconych ofertach. Jednocześnie w ww. piśmie zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego jako niezgodną z treścią s.i.w.z., wskazując na:

"Podstawa prawna:

art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy P.z.p. - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.87 ust.2 pkt.3.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawarł wymóg, że wykonawca przy sporządzeniu oferty winien uwzględnić fakt, że zamawiający jest użytkownikiem komercyjnym.

Wykonawca w poz.nr 7 Formularza cenowego zaoferował następujący System backupu:

- a) Producent: Veeam,
- b) Model: Backup Essentials Standard,
- c) P/N: P-ESSSTD-VS-P0000-00.

Podany P/N jednoznacznie wskazuje, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie producenta Veeam, że są to licencje typu GOVERNMENT dla organów administracji publicznej (Public Sector)."

Wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako niezgodne z treścią s.i.w.z.

Oferta wykonawcy Veganet Sp. z o. o. została odrzucona z tych samych powodów. co oferta odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba stwierdziła, że wskazanie przez odwołującego symbolu systemu backup P/N: P-

ESSSTD-VS-P0000-00, czyli licencji typu GOVERNMENT, nie jest omyłką podlegającą poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Analiza treści przepisu pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek niemających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

System backupu wchodził w zakres przedmiotu zamówienia i został opisany w opisie przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 6 do s.i.w.z. w punktach od 41 do 57 zamawiający określił wymagania techniczne tego oprogramowania. Zamawiający wymagał również, by zaoferowany system posiadał licencję typu komercyjnego, gdyż sam jest użytkownikiem komercyjnym i nie jest uprawniony do użytkowania licencji typu GOVERNMENT.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć.

Odwołujący, wskazując w ofercie system backupu nieodpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia, w istocie zaoferował oprogramowanie inne niż wymagane przez zamawiającego. Dokonanie zmian w ofercie odwołującego w sposób, jakiego żądał odwołujący, tj. poprzez zmianę systemu backup na komercyjny, byłoby zmianą istotną, ponieważ dotyczyłoby zamiany jednego z elementów przedmiotu zamówienia na zupełnie inny produkt.

Złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, czyli elementy przedmiotowo istotne, elementarne i zawierające niezbędne cechy identyfikujące daną czynność i rozstrzygające o jej skutkach prawnych. Zaoferowany przez wykonawcę produkt należy do *essentialia negotii* złożonej przez niego oferty. W tej sytuacji wprowadzenie żądanych przez odwołującego

zmian będzie powodowało istotną zmianę jej treści. Tym samym – w ocenie Izby – w rozpoznawanym przypadku brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba uznała podniesiony zarzut za niezasadny. Jak już wyżej wskazano, modyfikacja, jakiej domaga się odwołujący, wykraczałaby poza dyspozycję art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p., ponieważ skutkowałaby zmianą treści oferty nieprzewidzianą we wskazanym przepisie. Tym samym żądanie odwołującego w zakresie wezwania go do złożenia wyjaśnień należy uznać za bezpodstawne.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby. Stosownie do § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238 ze zm.), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Z powyższego wynika, iż warunkiem przyznania zwycięskiej stronie kosztów dojazdu na posiedzenie Izby jest złożenie do akt sprawy rachunków określających ich wysokość

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie złożył wymaganych rachunków potwierdzających wysokość poniesionych kosztów dojazdu, zatem Izba nie przyznała na jego rzecz tych kosztów.

.....

