

WYROK
z dnia 21 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 grudnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2016r. przez **wykonawcę D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. S. Solutions z siedzibą w Warszawie, ul. Kochanowskiego 12c/1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie, ul. Suwak 3**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. S. Solutions z siedzibą w Warszawie, ul. Kochanowskiego 12c/1** i
 - 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. S. Solutions z siedzibą w Warszawie, ul. Kochanowskiego 12c/1** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 Zasądza od wykonawcy **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. S. Solutions z siedzibą w Warszawie, ul. Kochanowskiego 12c/1** na rzecz **zamawiającego Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie, ul. Suwak 3** kwotę 3 600zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania to jest kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę bezterminową licencji oprogramowania do monitorowania aplikacji oraz świadczenie usług asysty technicznej zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 sierpnia 2016r. za numerem 2016/S 158-286515.

W dniu otwarcia ofert do postępowania wpłynęła tylko jedna oferta wykonawcy D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. S. S. Solutions z siedzibą w Warszawie, ul. Kochanowskiego 12c/1 – dalej odwołującego, która o 1,23zł. przewyższała kwotę, którą zamawiający podał na otwarciu ofert.

W dniu 2 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawcę o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z uwagi na brak ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia - siwz wykonawca sporządzając ofertę posłużył się wzorem formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do siwz. Formularz ofertowy zawierał m.in. tabelę cenową. Wykonawca był zobowiązany wypełnić pola tabeli cenowej wskazując: nazwę pozycji, ilość sztuk, cenę jednostkową, cenę całkowitą jako wynik mnożenia ilości sztuk i ceny jednostkowej oraz wartość podatku VAT i wartość pozycji brutto.

Odwołujący dla pozycji „Licencje na wizyty użytkowników” podał jako cenę jednostkową netto kwotę 986.625,00 zł. Tę samą wartość wskazał w polu przeznaczonym dla wskazania ceny całkowitej. Ilość sztuk dla pozycji „Licencje na wizyty użytkowników” została określona na 100 000 000 wejść rocznie. Analizując ofertę złożoną przez odwołującego zamawiający doszedł do wniosku, że wypełnianiu tabeli cenowej stanowiącej część oferty doszło do popełnienia błędu o charakterze oczywistym i widocznym na pierwszy rzut oka. W niniejszym przypadku cena całkowita powinna być wynikiem przemnożenia ceny jednostkowej przez ilość sztuk. Tymczasem w ofercie wykonawcy kwoty te pokrywają się, co prowadzi do wniosku, że wykonawca dopuścił się błędu przy sporządzeniu oferty.

Spostrzeżenie przez zamawiającego błędu o charakterze oczywistym implikuje, w ocenie zamawiającego, konieczność rozważenia, czy w sprawie znajdzie zastosowanie art. 87 ust. 2 ustawy, obligujący zamawiającego do poprawienia oczywistych omyłek. Mając na uwadze, że omyłka wykonawcy dotyczy kwot wyrażonych liczbami nasuwa się wątpliwość, czy w niniejszym przypadku doszło do popełnienia oczywistej omyłki rachunkowej.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z bogatym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, oczywistą omyłką rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości, przez zsumowanie, odjęcie, pomnożenie lub podzielenie poszczególnych pozycji. W uchwale z dnia 12 stycznia 2011 r., KIO/KD 2/11, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: "Przez "omyłkę rachunkową w obliczaniu ceny" należy rozumieć omyłkę w przeprowadzaniu rachunków na liczbach. Omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny, przy czym musi mieć ona charakter oczywisty. Jeżeli charakter omyłki i okoliczności jej popełnienia wskazują, iż każdy racjonalnie działający wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej (poprawnej) treści, można uznać, iż omyłka ma charakter "oczywisty". Poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki rachunkowej w obliczaniu ceny jest obligatoryjne ("zamawiający poprawia)". Oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji. "W konsekwencji za błąd rachunkowy uznać należy omyłki w przedmiocie wszystkich działań arytmetycznych i sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych (postanowienie SN z 21 czerwca 1967 r., II CZ 48/67)".

Zamawiający doszedł do wniosku, że brak jest podstaw do przyjęcia stanowiska, że błąd popełniony przez odwołującego jest wynikiem błędnego działania arytmetycznego. Nie da się bowiem wskazać jakie błędne działanie arytmetyczne czy błędne zastosowanie zasad reguł matematycznych doprowadziło do omyłki w tabeli cenowej.

Analiza błędu polegającego na wskazaniu jednakowej kwoty jako ceny jednostkowej i ceny całkowitej doprowadziła zamawiającego do wniosku, iż nie doszło tu do błędnego działania arytmetycznego, a raczej do prostego powielenia, czy też przepisania kwot w obydwu polach. Zamawiający rozważył, czy odwołujący dopuścił się oczywistej omyłki pisarskiej.

Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 11/09). Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian (wyrok KIO z dnia 26 listopada 2008 r., KIO/UZP 1326/08). Za oczywistą omyłką pisarską należy uznać zatem uchybienia o charakterze oczywistym, których poprawienie z jednej strony nie może prowadzić do zmiany oferty, z drugiej zaś - muszą one być widoczne na pierwszy rzut oka, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń (tak wyrok ZAUZP z dnia 3 października 2006 r., UZP/ZO/0-2555/06).

Zdaniem zamawiającego z analizy powołanego orzecznictwa brak jest podstaw, aby uznać, że przedmiotowa omyłka nosi znamiona oczywistej omyłki pisarskiej, chociażby z tego powodu, że nie jest ona możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów. Dokonanie poprawki zmieniłoby, zdaniem zamawiającego, niewątpliwie sens oświadczenia odwołującego.

Wykluczenie możliwości uznania oczywistego błędu za omyłkę pisarską lub rachunkową w ocenie zamawiającego prowadzi do konieczności rozważania, czy w niniejszym stanie faktycznym odwołujący dopuścił się innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o ile nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty, uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie zbada treści oferty pod kątem możliwości dokonania poprawy w ofercie innych omyłek, określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Niezgodność oferty z siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w siwz, ewentualnie na niezgodnym z siwz sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

W niniejszej sprawie niezgodność ta przejawia się w niezgodnym z siwz sposobie wyrażenia ceny, ponieważ zgodnie z formularzem ofertowym, stanowiącym integralną część siwz. Odwołujący, zdaniem zamawiającego powinien był podać ilość sztuk (tu: ilość wizyt użytkowników), cenę jednostkową oraz cenę całkowitą jako wynik pomnożenia ilości sztuk i ceny jednostkowej. Badając zaistniały błąd zamawiający w pierwszym rzędzie powinien dokonać analizy, do której z rubryk tabeli cenowej powinna zostać przypisana kwota w wysokości 968.625,00 zł, wpisana zarówno jako cena jednostkowa, jak i cena całkowita.

Przyjęcie założenia, że jest to cena jednostkowa wiązałaby się z koniecznością dokonania działań arytmetycznych w celu obliczenia ceny całkowitej. Zgodnie z instrukcją wskazaną w kolumnie 5 tabeli cenowej, aby uzyskać cenę całkowitą należy dokonać mnożenia wartości wskazanych w kolumnie 3 i 4. Tym samym, należałoby pomnożyć wskazaną cenę jednostkową w wysokości 968.625,00 zł przez ilość wejść wskazaną w kolumnie 3, tj. 100.000.000. Takie działanie daje wynik 96.862.500.000.000,00 zł. Zaakceptowanie takiej kwoty jako ceny całkowitej jest sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania, tym samym wnioskując z argumentum ad absurdum należy odrzucić założenie, że kwota 968.625,00 zł stanowi cenę jednostkową.

Przyjęcie założenia, że kwota 968.625,00 zł stanowi cenę całkowitą wiąże się z koniecznością dokonania działań arytmetycznych w celu obliczenia ceny jednostkowej. W tym celu należałoby podzielić kwotę 968.625,00 zł przez ilość wejść wskazaną w kolumnie 3, tj. 100.000.000, co daje wynik 0,00968625 zł. Zgodnie z opisem sposobu wyrażenia ceny (punkt 23 siwz), Cena za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez wykonawcę w formularzu ofertowym, a także żadna cena jednostkowa nie może mieć wartości 0,00 złotych (punkt 23.4 siwz). Kwoty należy zaokrąglić do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 i wyższe zaokrągla się do jednego grosza (punkt 23.6 siwz). Zastosowanie tych wytycznych prowadzi do wniosku, że wyliczona cena jednostkowa w wysokości 0,00968625 zł powinna zostać zaokrąglona do 0,01 zł. Gdyby jednak jako cenę jednostkową przyjąć kwotę 0,01 zł wyliczoną zgodnie z wytycznymi wskazanymi w siwz, dla obliczenia ceny całkowitej należałoby pomnożyć cenę jednostkową, tj. 0,01 zł przez ilość wejść rocznie, tj. 100.000.000, co daje cenę całkowitą na poziomie 1.000.000 zł. Powstaje więc istotna rozbieżność pomiędzy kwotą wskazaną przez wykonawcę jako cena całkowita, a kwotą wyliczoną zgodnie z wytycznymi siwz co do sposobu obliczania ceny w celu poprawienia omyłki. Różnica w cenie całkowitej na licencji na wizyty użytkowników wynosiłaby 31.375 zł.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty zamawiający podkreślił, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zmiany jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną (wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r., sygn. KIO 302/15; KIO 303/15). Powyższa sytuacja, w ocenie zamawiającego, występuje na gruncie analizowanej sprawy - skutek dokonanej poprawy, to jest zwiększenie ceny całkowitej o kwotę 31.375 zł nie może być kwalifikowany jako niewywołujący istotnej zmiany treści oferty. Ponadto należy zauważyć, że poprawienie omyłki w cenie poprzez zaokrąglenie ceny jednostkowej i obliczenie na tej podstawie ceny całkowitej bezpodstawnie przysporzyłoby wykonawcy kwotę 31.375 zł, co w istocie oderwane jest od rzeczywistej wyceny przedmiotu zamówienia.

Zamawiający uznał, że wykonawca popełnił błąd polegający na niezłożeniu istotnego oświadczenia woli w wymaganym zakresie, to jest co do oferowanej ceny. Jest to błąd którego nie można naprawić w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy. Brak jest również podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy, bowiem brak żądanych informacji

odnoszących się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia nie może zostać uzupełniony w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Uzupełnienie przedmiotowo istotnych elementów oferty w odpowiedzi na wezwanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy, gdyż oznaczałoby w istocie zmianę treści oferty w wyniku przeprowadzenia niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Zaistniały zdaniem zamawiającego błąd nie stanowi omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający ocenił, że w niniejszej sprawie zachodzi okoliczność uzasadniająca odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, tj. oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Błąd ten jest nieusuwalny, ponieważ usiłowanie poprawienia ceny jednostkowej lub ceny całkowitej prowadzi do absurdalnych rezultatów lub do zmiany treści oferty. Z uwagi na okoliczność, iż oferta odwołującego jest jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, jej odrzucenie powoduje unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

W dniu 8 grudnia 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 grudnia 2016r. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na:

- 1) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy mimo, że w postępowaniu została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu tj. oferta odwołującego,
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, mimo, że nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny a także jest zgodna z siwz.
ewentualnie
- 3) zaniechaniu zażądania od odwołującego wyjaśnień treści oferty, w zakresie w jakim jej treść budziła wątpliwości.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy przez bezprawne unieważnienie postępowania,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy przez bezprawne uznanie, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez bezprawne uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz (zamawiający nie podał tej podstawy prawnej jako podstawy odrzucenia oferty, niemniej jednak referuje do tego przepisu na stronie 2 i 3 uzasadnienia unieważnienia postępowania)
ewentualnie

4) art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zażądania od odwołującego wyjaśnień treści oferty, w zakresie w jakim jej treść budziła wątpliwości.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania przez:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności badania i oceny oferty odwołującego w tym nakazanie zamawiającemu uznania, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, ewentualnie

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności badania i oceny oferty odwołującego w tym nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w wyniku dokonania przez zamawiającego, niezgodnego z przepisami ustawy, odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnienia postępowania Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest jedyną w postępowaniu interes odwołującego w jego ocenie nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości. Konsekwencją prawidłowej - zgodnej z przepisami prawa - oceny oferty odwołującego jest więc uzyskanie zamówienia przez odwołującego.

Z uwagi na fakt, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania jest konsekwencją uznania, że oferta odwołującego (jedyna oferta złożona w postępowaniu) podlega odrzuceniu odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do zarzutu odrzucenia oferty odwołującego.

Jak wynika z informacji o unieważnieniu postępowania podstawą faktyczną odrzucenia było ustalenie przez zamawiającego, że w formularzu cenowym, w pozycji „Licencje dla użytkowników” odwołujący podał jako cenę jednostkową i cenę całkowitą tą samą kwotę, tymczasem (zdaniem zamawiającego) ilość sztuk dla pozycji „Licencje dla użytkowników” została określona na 100 000 000 wejść rocznie. Zamawiający wskazał, że cena całkowita powinna być wynikiem przemnożenia ceny jednostkowej przez ilość sztuk tj. 100 000 000. Skoro cena jednostkowa i całkowita oferty odwołującego w ww. pozycji pokrywają się, to odwołujący dopuścił się błędu przy sporządzeniu oferty.

Jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazując, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak stwierdził zamawiający: „Błąd ten jest nieusuwalny ponieważ usiłowanie poprawienia ceny jednostkowej lub całkowitej prowadzi do absurdalnych rezultatów lub do zmiany treści oferty”.

Jednocześnie, jak wynika z uzasadnienia odrzucenia, zamawiający analizował możliwość poprawienia oferty odwołującego, m.in. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (tzw. inne

omyłki polegające na niezgodności treści oferty z siwz) i uznał, że nie jest to możliwe z uwagi na fakt, że w wyniku poprawienia doszłoby do istotnej zmiany treści oferty (cena zwiększyłaby się o 31.375 PLN, co stanowi około 1,24% ceny ofertowej).

Z argumentacją zamawiającego odwołujący nie zgodził się, wynika ona z całkowicie błędnej interpretacji siwz a ofertę odwołującego należy uznać za w pełni zgodną z postanowieniami specyfikacji, nie zawierającą żadnych błędów w obliczeniu ceny.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na niekonsekwencję decyzji zamawiającego o odrzuceniu w odniesieniu do wskazania podstawy prawnej tej czynności, bowiem w doktrynie ani orzecznictwie nie jest kwestionowany fakt, że oferta zawierająca błąd w obliczeniu ceny nie podlega poprawieniu, zaś art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do ofert o treści niezgodnych z treścią siwz, które bez poprawienia podlegałyby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wskazał, że zamówienie dotyczy zakupu oprogramowania służącego do monitorowania i diagnostyki działania systemów informatycznych na poziomie wszystkich interakcji generowanych przez jego użytkowników, przez co możliwe jest szybkie i bezbłędne ustalenie, które elementy systemu nie działają prawidłowo. Takie monitorowanie odbywa się na dla każdego użytkownika i każdej transakcji, gdyż takie podejście jest najbardziej efektywne, umożliwia ocenę satysfakcji użytkownika, a także podjęcie zindywidualizowanych działań naprawczych /np. ręczne dokończenie procedury dla poszczególnego użytkownika/.

Zgodnie z pkt. 4.4. siwz przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie bezterminowych licencji dla Systemu do monitorowania wydajności aplikacji klasy APM oraz szkolenie z wdrożonego oprogramowania. Dostarczone licencje powinny umożliwiać objęcie monitorowaniem 64 serwerów (JVM) oraz monitorowanie aktywności użytkowników w wymiarze do 100 000 000 wizyt rocznie.

Już z ww, ogólnego opisu ujętego w Części I siwz w ocenie odwołującego wynika, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa 100 000 000 licencji, lecz dostawa licencji (w nieokreślonej ilości) umożliwiającej monitorowanie aktywności użytkowników w wymiarze do 100 000 000 wizyt rocznie. Takie samo postanowienie zamawiający ujął w pkt I Części II siwz zawierającej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: „Dostarczone licencje powinny umożliwiać objęcie monitorowaniem 64 serwerów (JVM) oraz monitorowanie aktywności użytkowników w wymiarze do 100 000 000 wizyt rocznie”

Powyższe zdaniem odwołującego potwierdza również treść ogłoszenia o zamówieniu, które w części II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu, wskazuje: Lp. Produkt ilość licencji
1 Dynatrace Application Monitoring and User Experience Management (perpetual license) -
lub równoważne

a. Java Agent (JVM) lub równoważne - Windows/Unix/Linux 64

b. UEM lub równoważne - block of annual u/s/f 100 000 000 – co odwołujący przetłumaczył jako „blok na 100 000 000 wizyt rocznie”.

Również warunek udziału w postępowaniu (pkt 9.1. siwz) dotyczący zdolności technicznej / doświadczenia wykonawcy dotyczy wykonania co najmniej 3 dostaw licencji na oprogramowanie klasy APM o wartości nie mniejszej niż 700 000 zł. Gdyby zatem przedmiotem zamówienia była dostawa 100 000 000 licencji tak sformułowany warunek w sposób oczywisty nie byłby proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Podsumowując, żadne postanowienie dokumentacji przetargowej (ogłoszenia, siwz, umowy) nie zawiera stwierdzenia, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 100 000 000 licencji, Choć Opis Przedmiotu Zamówienia, a także wzór Umowy, w wielu miejscach referują do licencji, nie wskazują ich ilości, a jedynie, co mają one umożliwić (np. monitorowanie aktywności użytkowników w wymiarze do 100 000 000 wizyt rocznie.). Również rozliczenie realizacji umowy w zakresie oprogramowania nie następuje na podstawie cen jednostkowych a ryczałtowo, zbiorczo za dostarczenie i wdrożenie Oprogramowania będącego przedmiotem umowy.

Istotne jest także w ocenie odwołującego, że zgodnie z pkt. II.1.1. Części II siwz (OPZ) „Dostarczone licencje powinny dotyczyć oprogramowania standardowego, powszechnie dostępnego na rynku przez publiczny system sprzedaży dostępny dla klientów z siedzibą na terenie Unii Europejskiej. Tym samym przedmiotem zamówienia jest dostawa standardowych licencji, oferowanych na rynku.

Wymagana zawartość oferty:

Zgodnie z pkt 15.1. siwz ofertę należało złożyć poprzez wypełnienie Formularza Oferty, sporządzonego na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do siwz.

Formularz zawierał następujące postanowienia:

5.2.Cena całkowita brutto mojej (naszej) oferty za realizację całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami dokumentacji przetargowej wynosi:

A następnie zawierał tabelę składającą się z kolumn: nazwa pozycji, ilość szt/roboczodzień, Cena jednostkowa netto, Cena całkowita netto -w zł [kol. 3 x kol.4], Stawka podatku VAT- w %, Wartość podatku – VAT w zł., [kol.5x kolej, Wartość brutto-w zł [kat. 5 + kolej]

W wierszu licencje na wizyty użytkowników jako ilość wskazano 100 000 000 wejść rocznie.

Odwołujący omówił tabelę wskazując, że z treści tego formularza wynika, dla pozycji „Licencje dla użytkowników” w kolumnie (3) „ilość sztuk/roboczodzień” zamawiający nie wskazał „100 000 000 licencji” czy nawet „100 000 000”, a podał informację, że licencje mają umożliwić 100 000 000 wejść rocznie. Zamawiający określił więc tą ilość w sposób funkcjonalny, przez zdefiniowanie swoich potrzeb a pozostawienie określenia sposobu ich zaspokojenia wykonawcy. W żaden sposób, zdaniem odwołującego wskazanie „100 000 000 wejść rocznie” nie stanowi określenia wymaganej liczby licencji, a pozostawienie niniejszej

kwestii wykonawcy, który ma zaoferować tyle licencji, by „obsłużyć” 100 000 000 wejść rocznie i stosownie do tego wypełnić formularz ofertowy. Gdyby wreszcie uznać nawet, że postanowienia siwz były w zakresie kwestii ilości licencji / sposobu wypełnienia formularza ofertowego niejednoznaczne, to z utrwalonego orzecznictwa KIO wynika iż, wszelkie wątpliwości dotyczące treści siwz rozstrzygać należy na korzyść wykonawcy (tak np. KIO 218/12; KIO 2668/11), tj. nie mogą one prowadzić do odrzucenia oferty.

Tylko na marginesie Odwołujący wskazał, że nie bez znaczenia dla zrozumienia postanowień siwz w tym zakresie jest charakter nabywanych licencji oraz model licencjonowania. Licencje dotyczą monitorowania aktywności użytkowników systemu informatycznego - do 100 000 000 monitorowanych wizyt rocznie. Natomiast model licencjonowania producenta oprogramowania wskazanego w ogłoszeniu jako referencyjny („UEM lub równoważne”) nie zakłada w ogóle sprzedaży licencji do monitorowania jednego wejścia rocznie. Produkt referencyjny nie jest więc dostępny na rynku w takiej formule sprzedaży.

Licencje UEM, sprzedawane są na „block of annual visit,; czyli bloki określonej liczby wizyt na rok, przy czym standardowy cennik producenta zawiera licencje na blok:

- 125.000 wizyt,
- 2 miliony wizyt,
- 12,5 miliona wizyt,
- 50 milionów wizyt,
- 100 milionów wizyt,
- 250 milionów wizyt oraz
- 500 milionów wizyt (cena na większe ilości wizyt ustalana jest indywidualnie).

Co potwierdza tabela z cennika producenta licencji Dynatrace UEM Edition przedstawiającą model licencjonowania oprogramowania /usunięto ceny katalogowe - element tajemnicy firmowej/.

Kolejnym argumentem, przeciwko takiej interpretacji siwz, wedle której zamawiający miałby nabyć w postępowaniu 100 000 000 licencji, każdą na monitorowanie jednego wejścia, byłby konieczny i nieuzasadniony wzrost ceny ofertowej. Skoro zgodnie z siwz (23.4 w związku z 23.6. siwz) cena jednostkowa musi wynosić co najmniej 1 grosz, to minimalna cena za osiągnięcie możliwości monitorowania 100 000 000 wejść wynosiłaby 1 000 000 PLN, a więc więcej niż cena rynkowa. Prowadziłoby to zamawiającego do zarzutów niegospodarności.

Odwołujący w świetle powyższego uważa, że bezpodstawne jest zarzucanie mu błędu obliczenia ceny / niegodności z siwz z tego powodu, że oferuje zamawiającemu jedną licencję na blok 100 000 000 wizyt i wypełnia formularz ofertowy w taki sposób, że cena jednostkowa równa się cenie całkowitej (jakakolwiek liczba pomnożona przez jeden daje taką samą liczbę). Oferta odwołującego obejmująca jedną licencję na blok 100 000 000

wejść rocznie jest zgodna z siwz i nie ma błędu w obliczeniu ceny, co zdaniem odwołującego implikuje wniosek, że brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

Jeżeli natomiast powyższa kwestia (liczba zaoferowanych licencji) budziła po stronie zamawiającego wątpliwości, winien on skorzystać z procedury wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy). Ustawa zobowiązuje bowiem zamawiającego do skierowania do wykonawcy wniosku o wyjaśnienie treści oferty w sytuacji, gdy wątpliwości dotyczące jej treści rzutują na byt oferty (jej odrzucenie lub nie), a w konsekwencji mogą rzutować na wynik postępowania (tak np. KIO/UZP 5/09, KIO/UZP 27/09).

Odrzucenie oferty bez skorzystania z procedury wyjaśniającej stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy . Tylko na marginesie odwołujący zaznaczył także, że w przypadku, gdyby w siwz zamawiający wymagał zaoferowania 100 000 000 licencji, co nie miało miejsca, to taka niezgodność oferty odwołującego z siwz nadawałaby się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (tzw. inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z siwz, nie powodujące istotnych zmian jej treści). Nie zgodził się z argumentacją zamawiającego, ujętą w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, że wynikający z zaokrąglenia wzrost ceny o 31.375 PLN, co stanowi około 1,24% ceny ofertowej to istotna zmiana treści oferty. Zdaniem odwołującego poprawienie oferty prowadzące do zwiększenia ceny ofertowej jest w postępowaniu zbędne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. z treści siwz wraz z załącznikami i modyfikacjami, oferty odwołującego, informacji o unieważnieniu postępowania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła:

W sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu w pierwotnym brzmieniu jest:

Przedmiotem zamówienia jest:

I. Dostawa, zgodnie z poniższym zestawieniem, bezterminowych licencji koniecznych do objęcia nowych serwerów systemem monitorowania zachowania i wydajności aplikacji oraz rozszerzenie funkcjonalności o możliwość monitorowania doświadczeń użytkownika końcowego wraz z pełną diagnostyką działania na stacji roboczej.

Lp. Produkt Ilość licencji

1 Dynatrace Application Monitoring and User Experience Management (perpetual license) – lub równoważne

a. Java Agent (JVM) lub równoważne – Windows/Unix/Linux 64

b. UEM lub równoważne – block of annual visit 100 000 000

Całość oferowanego oprogramowania powinna być objęta 12-miesięczną gwarancją i wsparciem technicznym producenta.

II. Świadczenie usługi Asysty technicznej w ilości 50 roboczodni w okresie 12-stu miesięcy od dnia podpisania bez zastrzeżeń przez Zamawiającego protokołu odbioru oprogramowania.

Zaś w sekcji II.1.5. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 5 października 2016r. zamawiający zmienił opis przedmiotu zamówienia na

Przedmiotem zamówienia jest:

I. Dostawa i wdrożenie bezterminowych licencji dla Systemu do monitorowania wydajności aplikacji klasy APM (ang. Application Performance Monitoring) oraz szkolenie z wdrożonego oprogramowania. Dostarczone licencje powinny umożliwiać objęcie monitorowaniem 64 serwerów (JVM) oraz monitorowanie aktywności użytkowników w wymiarze do 100 000 000 wizyt rocznie. System będzie wykorzystywany do monitorowania zachowania i wydajności aplikacji oraz monitorowania doświadczeń użytkownika końcowego wraz z pełną diagnostyką działania na stacji roboczej.

Całość oferowanego oprogramowania powinna być objęta 12-miesięczną gwarancją i wsparciem technicznym producenta.

II. Świadczenie usługi Asysty technicznej w ilości 50 roboczodni w okresie 12-stu miesięcy od dnia podpisania bez zastrzeżeń przez Zamawiającego protokołu odbioru wdrożenia.

Zamawiający jednocześnie przedłużył termin składania ofert do 21 października 2016r.

Zgodnie z pkt. 4. Siwz w brzmieniu pierwotnym zatytułowanego „Przedmiot zamówienia oraz zamówienia częściowe” zamawiający zawarł następujące postanowienia:

4.1 Przedmiotem zamówienia jest:

I. Dostawa, zgodnie z poniższym zestawieniem, bezterminowych licencji koniecznych do objęcia nowych serwerów systemem monitorowania zachowania i wydajności aplikacji oraz rozszerzenie funkcjonalności o możliwość monitorowania doświadczeń użytkownika końcowego wraz z pełną diagnostyką działania na stacji roboczej.

Lp.	Produkt	Ilość licencji
1	Dynatrace Application Monitoring and User Experience Management (perpetual license) – lub równoważne	
a.	Java Agent (JVM) lub równoważne - Windows/Unix/Linux	64
b.	UEM lub równoważne – block of annual visit	100 000 000

Całość oferowanego oprogramowania powinna być objęta 12-miesięczną gwarancją i wsparciem technicznym producenta.

II. Świadczenie usługi Asysty technicznej w ilości 50 roboczodni w okresie 12-stu miesięcy od dnia podpisania bez zastrzeżeń przez Zamawiającego protokołu odbioru oprogramowania.

W części II opis przedmiotu zamówienia

Wspólny Słownik Zamówień - CPV: 48000000-8 – Pakiety oprogramowania i systemy informatyczne 48210000-3 – Pakiety oprogramowania dla sieci

Obecnie Zamawiający eksploatuje system APM (ang. Application Performance Monitoring - oprogramowanie przeznaczone do monitorowania zachowania aplikacji), oparty o oprogramowanie Dynatrace Application Monitoring firmy Compuware.

Przedmiotem zamówienia jest:

III. Dostawa, zgodnie z poniższym zestawieniem, bezterminowych licencji koniecznych do objęcia nowych serwerów systemem monitorowania zachowania i wydajności aplikacji oraz rozszerzenie funkcjonalności o możliwość monitorowania doświadczeń użytkownika końcowego wraz z pełną diagnostyką działania na stacji roboczej.

Lp.	Produkt	Ilość licencji
-----	---------	----------------

1

Dynatrace Application Monitoring and User Experience Management (perpetual license) – lub równoważne

a. Java Agent (JVM) lub równoważne - Windows/Unix/Linux 64

b. UEM lub równoważne – block of annual visit 100 000 000

Całość oferowanego oprogramowania powinna być objęta 12-miesięczną gwarancją i wsparciem technicznym producenta.

Maksymalny dopuszczalny termin dostawy oprogramowania to 14 dni od daty zawarcia Umowy (powyższy termin dostawy stanowi kryterium oceny ofert).

W pkt. 1 ppkt. 29) OPZ zamawiającemu w ramach zakupionych licencji przysługuje prawo przeprowadzenia konwersji do 50% licencji produkcyjnych na licencje nieprodukcyjne. Konwersja taka może być wykonana w ciągu 9 miesięcy od dnia nabycia licencji na wniosek Zamawiającego i podyktowana zmianami w architekturze systemu produkcyjnego. Konwersja taka zostanie przeprowadzona w ramach wynagrodzenia Wykonawcy i nie będzie stanowić podstaw do dodatkowych roszczeń wobec Zamawiającego.

Pkt. 13. Przewidywał pozostałe wymagania w tym m. in. w pkt. 6, że wykonawca wyraża bezwarunkową zgodę na dalsze odpłatne lub nieodpłatne przeniesienie Licencji zakupionych w ramach niniejszej umowy na organ założycielski Zamawiającego.

Z pierwotnego wzoru umowy wynika, że

W §1 ust. 1, że przedmiotem umowy jest dostawa oprogramowania wraz z kompletem bezterminowych licencji koniecznych do objęcia nowych serwerów systemem monitorowania zachowania i wydajności aplikacji oraz rozszerzenie funkcjonalności o możliwość monitorowania doświadczeń użytkownika końcowego wraz z pełną diagnostyką działania na stacji roboczej (zwanego dalej „Oprogramowaniem”), oraz usługą asysty technicznej, zwanej dalej („Asystą Techniczną”), zgodnie z ofertą Wykonawcy stanowiącą Załącznik nr 1 do Umowy (zwanej dalej „Ofertą”).

W § 3 ust. 3, że wykonawca wyraża bezwarunkową zgodę na dalsze odpłatne lub nieodpłatne przeniesienie Licencji zakupionych w ramach niniejszej umowy na organ założycielski Zamawiającego i w ust. 6, że zamawiającemu w ramach zakupionych licencji przysługuje prawo przeprowadzenia konwersji do 50% licencji produkcyjnych na licencje nieprodukcyjne. Konwersja taka może być wykonana w ciągu 9 miesięcy od dnia nabycia licencji na wniosek Zamawiającego i podyktowana zmianami w architekturze systemu produkcyjnego. Konwersja taka zostanie przeprowadzona w ramach wynagrodzenia Wykonawcy i nie będzie stanowić podstaw do dodatkowych roszczeń wobec Zamawiającego.

Zamawiający opracował także pierwotny formularz cenowy, w tym tabelę cenową, która w spornym wierszu wyglądała następująco

Lp. – b), Nazwa pozycji - UEM – block of annual visit, Ilość szt./roboczdzień - na 100 mln wizyt, Cena jednostkowa netto – pole wykreślone, następnie zamawiający oczekiwał podania Ceny całkowitej netto – w zł [kol. 3 x kol. 4], Stawki podatku VAT – w %, Wartości podatku - VAT w zł [kol.5 x kol.6], Wartości brutto –w zł [kol. 5 + kol.7]

W pkt. 4.1 siwz po modyfikacji z dnia 5 października 2016r. zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest:

dostawa i wdrożenie bezterminowych licencji dla Systemu do monitorowania wydajności aplikacji klasy APM (ang. Application Performance Monitoring) oraz szkolenie z wdrożonego oprogramowania. Dostarczone licencje powinny umożliwiać objęcie monitorowaniem 64 serwerów (JVM) oraz monitorowanie aktywności użytkowników w wymiarze do 100 000 000 wizyt rocznie. System będzie wykorzystywany do monitorowania zachowania i wydajności aplikacji oraz monitorowania doświadczeń użytkownika końcowego wraz z pełną diagnostyką działania na stacji roboczej.

Całość oferowanego oprogramowania powinna być objęta 12-miesięczną gwarancją i wsparciem technicznym producenta.

Świadczenie usługi Asysty technicznej w ilości 50 roboczdni w okresie 12-stu miesięcy od dnia podpisania bez zastrzeżeń przez Zamawiającego protokołu odbioru wdrożenia.

Zgodnie z pkt. 15 siwz stanowiącym opis sposobu przygotowania oferty, ofertę każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w SIWZ.

Postanowienia punktu 23 siwz zawierają opis sposobu obliczenia ceny i stanowią, że:

23.1 Cenę należy rozumieć jako cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1 ust 2 ustawy z dnia 09 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz.915)

23.2 Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie

Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

23.3 Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty.

23.4 Zamawiający zastrzega, że cena za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, a także żadna cena jednostkowa nie może mieć wartości 0,00 złotych.

23.5 Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację zamówienia, określone zostały w części III SIWZ (wzorce umowy w sprawie zamówienia publicznego).

23.6 Kwoty należy zaokrąglić do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 i wyższe zaokrągla się do 1 grosza (ostatnią pozostawioną cyfrę powiększa się o jednostkę), zgodnie z Art. 106 e ust 11 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz. U. 2011 nr 177 poz. 054 t. j. z późn. zm.

Zamawiający w pkt. 26 siwz opisał odrzucenie oferty i postanowił, że:

26.1 Zamawiający odrzuci ofertę w przypadkach określonych w art. 89 ust. 1 ustawy.

26.2 Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty, uwzględniał będzie okoliczności wymienione w art. 89 ust 3 – ust 5 ustawy.

Zgodnie z wzorem formularza ofertowego w pkt. 5 cena brutto winna zawierać wszelkie koszty jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia. Wykonawcy mieli oświadczyć, że gwarantują wykonanie niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnieniami do treści SIWZ oraz zmianami treści SIWZ. Natomiast cena całkowita brutto oferty za realizację całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami dokumentacji przetargowej wynosi i w tym miejscu zamawiający sporządził projekt tabeli cenowej, gdzie zawarł następujące kolumny:

Lp., Nazwa pozycji, Ilość szt./roboczodzień, Cena jednostkowa netto, Cena całkowita netto – w zł [kol. 3 x kol. 4], Stawka podatku VAT – w %, Wartość podatku - VAT w zł [kol.5 x kol.6], Wartość brutto –w zł [kol. 5 + kol.7]

Zaś w wierszu o liczbie porządkowej 1b) zamawiający jako nazwę pozycji podał „Licencje na wizyty użytkowników”, zaś w kolumnie Ilość szt./roboczodzień – „100 000 000 wejść rocznie”.

W załączniku stanowiącym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest:

I. Dostawa i wdrożenie bezterminowych licencji dla Systemu do monitorowania wydajności aplikacji klasy APM (ang. Application Performance Monitoring) oraz szkolenie z wdrożonego oprogramowania. Dostarczone licencje powinny umożliwiać objęcie monitorowaniem 64 serwerów (JVM) oraz monitorowanie aktywności użytkowników w wymiarze do 100 000 000 wizyt rocznie. System będzie wykorzystywany do monitorowania

zachowania i wydajności aplikacji oraz monitorowania doświadczeń użytkownika końcowego wraz z pełną diagnostyką działania na stacji roboczej.

Całość oferowanego oprogramowania powinna być objęta 12-miesięczną gwarancją i wsparciem technicznym producenta.

Maksymalny dopuszczalny termin wdrożenia to 14 dni od daty zawarcia Umowy (powyższy termin stanowi kryterium oceny ofert).

Obecnie Zamawiający eksploatuje system klasy APM (ang. Application Performance Monitoring - oprogramowanie przeznaczone do monitorowania zachowania aplikacji), oparty o oprogramowanie Dynatrace Application Monitoring firmy Compuware oraz narzędzia do monitorowania, analizy i raportowania wytworzone przez Zamawiającego. Dostarczone oprogramowanie musi umożliwiać wykorzystanie w systemie wytworzonych dotychczas przez Zamawiającego narzędzi do monitorowania, analizy i raportowania lub Wykonawca w ramach wdrożenia wytworzy narzędzia o takiej samej funkcjonalności oparte o nowodostarczony system APM.

II. Świadczenie usługi Asysty technicznej w ilości 50 roboczodni w okresie 12-stu miesięcy od dnia podpisania bez zastrzeżeń przez Zamawiającego protokołu odbioru wdrożenia.

W pkt. 1.28. zamawiający określił, że zamawiającemu w ramach zakupionych licencji przysługuje prawo przeprowadzenia konwersji do 50% licencji produkcyjnych na licencje nieprodukcyjne. Konwersja taka może być wykonana w ciągu 9 miesięcy od dnia nabycia licencji na wniosek Zamawiającego i podyktowana zmianami w architekturze systemu produkcyjnego. Konwersja taka zostanie przeprowadzona w ramach wynagrodzenia Wykonawcy i nie będzie stanowić podstaw do dodatkowych roszczeń wobec Zamawiającego.

Funkcjonalności opisane powyżej w punktach 22, 23,24, 26, 27, 28 dla systemów WWW oraz klientów mobilnych powinny być dostępne bez potrzeby zmiany kodu źródłowego aplikacji.

W pkt. 14 pkt. 4 zamawiający zawarł wymaganie zgody na przeniesienie licencji na organ założycielski.

We wzorze umowy zamawiający w § 6 określił wynagrodzenie i warunki płatności i przewidział, że za wykonanie przedmiotu Umowy oraz przeniesienie majątkowych praw autorskich do wszystkich Utworów powstałych w związku z realizacją Umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy łączne wynagrodzenie w wysokościzł netto (słownie), przy czym wynagrodzenie z tytułu:

Dostarczenia i wdrożenia Oprogramowania określonego w § 1 ust. 1 w wysokości zł netto (słownie),

świadczenia usługi Asysty technicznej, o której mowa w § 1 ust. 6 w wysokości nie wyższej niż zł netto (słownie). Przy czym za jeden roboczodzień wynagrodzenie w wysokości zł netto (słownie).

Przeprowadzenia szkoleń, o których mowa w §3 ust. 8, w wysokościzł netto (słownie)

Postanowienie § 3 pkt. 3 i 6 pozostały bez zmian.

W ofercie odwołującego na str. 3 znajduje się formularz ofertowy z tabelą cenową wypełniony w następujący sposób:

Lp. – b), Nazwa pozycji – Licencje na wizyty użytkowników, Ilość szt./roboczodzień – 100 000 000 wejść rocznie, Cena jednostkowa netto – 968 625,00zł., Cena całkowita netto – w zł [kol. 3 x kol. 4] - 968 625,00zł., Stawka podatku VAT – w % - 23%, Wartość podatku - VAT w zł [kol.5 x kol.6] 22 783,75zł., Wartość brutto –w zł [kol. 5 + kol.7] – 1 191 408,75zł.

W ocenie Izby bezsporne jest, że odwołujący we wskazanej wyżej pozycji tabeli podał identyczne ceny jednostkową netto i całkowitą netto, sporne jest natomiast, czy sformułowanie 100 000 000 wejść rocznie stanowi jednostkę miary – ilość sztuk przez którą należało przemnożyć cenę jednostkową i czy takie sformułowanie jednoznacznie nakładało na wykonawców obowiązek wykonania działania arytmetycznego w postaci mnożenia.

Izba wzięta pod uwagę, że w dniu 5 października 2016r. zamawiający odstąpił od określenia licencji jako „block of annual visit” jak i od wymagania ilości 100 000 000 licencji i opisała przedmiot zamówienia jako wymaganie licencji do objęcia monitorowaniem 64 serwerów (JVM) oraz monitorowanie aktywności użytkowników w wymiarze do 100 000 000 wizyt rocznie. Ta zmiana dotyczyła tak ogłoszenia o zamówieniu jak i treści siwz, w tym opisu przedmiotu zamówienia. Z formularzy ofertowych wynika, że pierwotnie zamawiający nie wymagał podania ceny ofertowej, a po 5 października 2016r. takie wymaganie wprost zawarł określając jako jednostkę miary 100 000 000 wejść rocznie. Tym samym w ocenie Izby nie było niespójności pomiędzy treścią ogłoszenia po jego zmianie 5 października, jak i treścią siwz i formularza ofertowego. Na podstawie tak zgromadzonego materiału dowodowego Izba ustaliła, że zamawiający odstąpił od pojęcia ilości licencji, czy bloków (pakietów licencji), na rzecz ilości wizyt, które licencje miały objąć monitorowaniem i dlatego Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że z treści formularza ofertowego wynikał obowiązek podania ceny jednostkowej za wejście i przyjęcie ilości tych wejść w ciągu roku na poziomie 100 000 000, a następnie przemnożenie tej ilości wejść przez cenę za jedno wejście, co w ofercie odwołującego nie miało miejsca.

Izba dopuściła dowody złożone przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie:

Z pierwszej strony umowy nr COI/U/3201/86/2015 z dnia 17 grudnia 2015r. wynika, że przedmiot umowy był określony tak jak w pierwotnej treści siwz w niniejszym postępowaniu, a zatem za pomocą tego fragmentu umowy nie można wykazać okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż dotyczą one treści siwz nie obowiązującej na datę składania ofert.

Z fragmentu oferty odwołującego stanowiącej załącznik do umowy nr COI/U/3201/86/2015 z dnia 17 grudnia 2015r. również wynika, że tabela cenowa została określona tak jak w pierwotnym brzmieniu treści siwz, zatem podobnie jak w przypadku fragmentu umowy, tym fragmentem oferty nie można wykazać okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż dotyczą one treści siwz nie obowiązującej na datę składania ofert.

Z oświadczenia dystrybutora Dynatrace sp. z o.o. z dnia 19 grudnia 2016r. wynika, że nie prowadzi on sprzedaży licencji na oprogramowanie UEM co do pojedynczych wizyt użytkowników, jednak wobec braku zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy tj. zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na istnienie wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy z uwagi na to, że żądania zamawiającego zmierzają do zaoferowania świadczenia niemożliwego, dowód ten nie dotyczy okoliczności, których rozstrzygnięcie mieściłoby się w granicach kognicji Izby wyznaczonych art. 192 ust. 7 ustawy, tym samym dowód nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Z korespondencji e-mail pomiędzy odwołującym, a zamawiającym wynika, że zamawiający wiedział, że licencje udzielane są na różne bloki wizyt rocznych, jednak wobec faktu, że modyfikacją z dnia 5 października 2016r. zamawiający odstąpił od opisu przedmiotu zamówienia za pomocą bloków, czy ilości licencji zastępując je kosztem wejścia, to dowód ten nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Ze zlecenia nr 2/2016 z dnia 9 sierpnia 2016r. pomiędzy Skarbem Państwa – Ministrem Cyfryzacji, a zamawiającym wynika, że zamawiający dostarczy licencje oprogramowania umożliwiające gromadzenie informacji o wizytach użytkowników w ilości minimum 50 mln rocznie. W ocenie Izby dowód ten nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, choć potwierdza, że istniały po stronie zamawiającego powody dla wprowadzenia wymagania, aby wykonawca wyraził bezwarunkową zgodę na dalsze odpłatne lub nieodpłatne przeniesienie Licencji zakupionych w ramach niniejszej umowy na organ założycielski Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie po jego stronie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, co wypełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy dopuszczalności materialnoprawnej odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy przez bezprawne uznanie, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Według ustaleń stanu faktycznego odwołujący w formularzu ofertowym był obowiązany podać cenę jednostkową netto. Miarą tej ceny miało być wejście, zaś ilość wejść jaką wykonawca miał przyjąć to 100 000 000 wejść rocznie. Odwołujący podał tę samą wartość w kolumnie cena jednostkowa netto i cena całkowita netto, co oznacza, że nie wykonał wymaganego przez zamawiającego rachunku, a nadto jak wynika z wyjaśnień odwołującego tak w odwołaniu jak i na rozprawie, odwołujący przyjął inną niż wymagana przez zamawiającego jednostkę miary tj, licencję podczas, gdy zamawiający wymagał jednostkowego kosztu wejścia. Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że formularz cenowy został obliczony przez odwołującego tak z błędem co do ilości obmiarowej jak i z błędem, co do jednostki obmiaru. Tym samym wypełniona została przesłanka dopuszczalności odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy, która obligowała zamawiającego do odrzucenia oferty. Izba zatem nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez bezprawne uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz (zamawiający nie podał tej podstawy prawnej jako podstawy odrzucenia oferty, niemniej jednak referuje do tego przepisu na stronie 2 i 3 uzasadnienia unieważnienia postępowania)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. W myśl art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający jako podstawy prawnej i faktycznie odrzucenia oferty odwołującego nie określił jako niezgodność treści oferty z treścią siwz i nie wskazał na konkretne postanowienia siwz, z którymi treść tej oferty była sprzeczna, tym samym zarzut w tym zakresie jest zarzutem z ostrożności procesowej. Niemniej jednak nawet gdyby przyjąć, że zamawiający dokonując badania oferty pod kątem możliwości jej poprawy rozważał możliwość odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, to również w tym przypadku Izba ustaliła, że odwołujący wycenił koszt licencji, a nie koszt wejścia, co nie było zgodne z wymaganiami zamawiającego zawartym w formularzu ofertowym. Co do możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy i dokonania poprawy

oferty odwołującego, to Izba zwraca uwagę, że odwołujący nie postawił zarzutu w tym zakresie, ani nie sformułował jakiegokolwiek żądania, jak również przeczył okoliczności, jakoby jego oferta zawierała inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią siwz, której poprawa nie pociągałaby istotnej zmiany treści oferty, tym samym rozpoznanie takiego zarzutu wykraczałoby poza kognicję Izby określoną w art. 192 ust. 7 ustawy. Jedynie w celach edukacyjnych Izba zauważa, że aby zastosować tej przepis zamawiający musiałby móc ustalić, jaka była wola odwołującego przy składaniu oferty i czy formularz ofertowy podlegałby istotnej zmianie, w szczególności co do tego, co zostało zaoferowane. W ocenie Izby w sytuacji, gdy zamawiający oczekuje wyceny wejścia, a odwołujący podaje wycenę za licencję, to poprawa w tym zakresie nie prowadziłaby jedynie do zmiany ceny, ale także do zmiany przedmiotu tej wyceny. Ten aspekt nie był przedmiotem badania tak przez zamawiającego jak i przed odwołującego, a w ocenie Izby mógł mieć istotne znaczenie dla badania dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, przede wszystkim przy ocenie czy poprawa nie pociągnie za sobą istotnej zmiany treści oferty. Jak również konieczna byłaby ocena, czy wyrażenie zgodny na dokonanie poprawy w takim zakresie nie stanowiłoby obejścia zakazu negocjacji między zamawiającym, a wykonawcą dotyczących złożonej oferty. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie zażądania od odwołującego wyjaśnień treści oferty, w zakresie w jakim jej treść budziła wątpliwości.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy stanowi, że 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 jej treści. W ocenie Izby postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, siwz, jak i formularza ofertowego po ich modyfikacji w dniu 5 października 2016r. wyraźnie odnosiły się nie do ilości oferowanych licencji, ale do możliwości objęcia monitorowaniem konkretnej ilości wejść, stąd w ocenie Izby wyjaśnienia w zakresie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy były zbędne, gdyż jak słusznie zauważył w informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający, zamawiający nie miał wątpliwości, że odwołujący nie obliczył ceny jednostkowej z uwzględnieniem ilości obmiarowej 100 000 000 wejść rocznie. Tym samym wyjaśnienia w tym zakresie nie były zamawiającemu konieczne dla prawidłowej oceny oferty odwołującego. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez jego błędne zastosowanie i unieważnienie postępowania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu z zastrzeżeniem pkt. 2 i 3 (które dotyczą innych trybów postępowania niż przetarg nieograniczony zastosowany w przedmiotowym postępowaniu). Jak wynika z wyżej zaprezentowanych rozważań Izby, Izba uznała, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego. Bezsporne jest, że oferta odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu. W konsekwencji zamawiający nie dysponował ofertami niepodlegającymi odrzuceniu, spośród których mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym należało uznać, że zamawiający nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez niego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z zastępstwem prawnym, zgodnie ze złożoną fakturą, z ograniczeniem ich wysokości do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez § 3 pkt. 2 lit. b cyt. rozporządzenia.

Przewodniczący: