

Sygn. akt: **KIO 1687/22**

KIO 1691/22

WYROK

z dnia 15 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2022 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 1687/22)**

B. w dniu 24 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **Operator Chmury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 1691/22)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **A.P.N. Promise Spółka akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1687/22** po stronie **odwołującego**

oraz

przy udziale wykonawcy **Crayon Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1687/22, KIO 1691/22** po stronie **zamawiającego**

oraz

przy udziale wykonawcy **Operator Chmury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1687/22** po stronie **zamawiającego**

oraz

przy udziale wykonawcy **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1691/22** po stronie **odwołującego**

orzeka:

1. uwzględni obydwie odwołania i nakazuje zamawiającemu - **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie** – unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1687/22 obciąża wykonawców: **Crayon Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i **Operator Chmury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Crayon Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. zasądza od wykonawcy **Operator Chmury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1691/22 obciąża wykonawcę **Crayon Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Operator Chmury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,**
- 3.2. zasądza od wykonawcy **Crayon Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Operator Chmury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 1687/22

KIO 1691/22

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa uprawnień do aktualizacji posiadanego oprogramowania, licencji wieczystych oprogramowania standardowego, pakietów subskrypcji usług standardowych w ramach nowej rejestracji Enterprise Agreement.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 czerwca 2022 roku wykonawcy:

- Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący Comparex),
- Operator Chmury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący OCHK)

wnieśli odwołania wobec czynności i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy.

Izba stwierdziła, że obydwaj odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Sygn. akt: KIO 1687/22

Odwołujący Comparex wniósł odwołanie wobec:

1. czynności oceny oferty,
2. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: CRAYON POLAND Sp. z o.o. w Warszawie, OPERATOR CHMURY KRAJOWEJ Sp. z o.o. z w Warszawie oraz T-SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o. we Wrocławiu
3. wyboru oferty Crayon jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Comparex zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Crayon,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie uznania (brak uznania), że oferty wykonawców Crayon, OCHK oraz T-Systems powinny zostać odrzucone z uwagi na to, że treść ich jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowanych upustów do produktów Microsoft.
- 3) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w zw. art. 226 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnioną poprawę oferty Crayon, zgodnie z którą dostawcą produktów zamawianych w postępowaniu jest Microsoft Ireland Operations Limited, podczas gdy może być to równie dobrze inna spółka z grupy „Microsoft” np. Microsoft Polska Sp. z o.o. albo sieć dystrybucyjna jest bardziej złożona Crayon nabywa np. od swojej spółki z grupy pochodzącej z innego kraju (np. Rosji).

W związku z powyższym, odwołujący Comparex wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Crayon,
3. ponowną ocenę ofert wykonawców,
4. odrzucenie ofert Crayon, OCHK oraz T-Systems (pomimo, że oferta T-Systems jest poniżej w rankingu niż oferta odwołującego Comparex, powinna zostać odrzucona z uwagi na treść art. 17 ustawy P.z.p., tj. „równe traktowane wykonawcy” oraz fakt, że inni wykonawcy mogą złożyć odwołanie na wybór oferty odwołującego, co może spowodować zmiany w rankingu ofert)
5. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu odwołujący Comparex zażądał od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący Comparex podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 ustawy P.z.p. oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy P.z.p. i ubiega się o udzielenie zamówienia. W postępowaniu ofertę złożyło pięć podmiotów z czego 3 firmy (Crayon, OCHK i T-Systems) złożyły ofertę niezgodną z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.), w szczególności ze wzorem umowy. Oferta odwołującego Comparex w rankingu jest trzecia w kolejności po Crayon i OCHK, więc w przypadku uwzględnienia zarzutów wskazanych w odwołaniu, oferta odwołującego będzie wygrywająca. Odwołujący Comparex wskazał, że z uwagi na fakt, iż inni wykonawcy, w tym T-Systems, mogą złożyć odwołanie w postępowaniu formułując zarzuty wobec oferty odwołującego Comparex, ranking może ulec zmianie. Wobec tego niezbędne jest (oraz uznane przez orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych), że zarzut może dotyczyć także oferty T-Systems.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 lipca 2022 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca A.P.N. Promise Spółka akcyjna w Warszawie. Wykonawca poparł stanowisko odwołującego Comparex i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy Crayon Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Operator Chmury Krajowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Wykonawcy ci na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2022 roku oświadczyli, że wnoszą sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął w dniu 15 marca 2022 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego przedmiotem jest „Dostawa uprawnień do aktualizacji posiadanego

oprogramowania, licencji wieczystych oprogramowania standardowego, pakietów subskrypcji usług standardowych w ramach nowej rejestracji Enterprise Agreement”.

Po weryfikacji podmiotowej wykonawców zamawiający w dniu 12 maja 2022 r. zaprosił do złożenia ofert sześciu wykonawców. W postępowaniu oferty złożyło pięć firm: odwołujący Comparex, Crayon, OCHK, APN Promise S.A. oraz T-Systems.

Termin składania ofert ostatecznie został wyznaczony na dzień 8 czerwca 2022 r.

W dniu 14 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował o zakończeniu badania i oceny ofert oraz o wyborze oferty Crayon jako najkorzystniejszej. Oferta odwołującego Comparex została sklasyfikowana trzecim miejscu.

Ranking złożonych ofert przedstawia się następująco:

L.p.	Wykonawca	Cena (waga - 60%)	Dostępność bezpłatnych poprawek (waga - 15%)	Dostępność publikowanych biuletynów bezpieczeństwa (waga - 15%)	Dostępność bezpłatnych materiałów szkoleniowych (waga - 10%)	Łączna liczba punktów
1	CRAYON POLAND sp. z o.o. Ul. Domaniewska 39 02-672 Warszawa	60,00	15,00	15,00	10,00	100,00
2	A.P.N. PROMISE S.A. Ul. Domaniewska 44a 02-672 Warszawa	57,17	15,00	15,00	10,00	97,17
3	COMPAREX POLAND sp. z o.o. Ul. Siedmiogrodzka 9 01-204 Warszawa	59,84	15,00	15,00	10,00	99,84
4	T-SYSTEMS POLSKA sp. z o.o. Ul. Św. Antoniego 7 50-073 Wrocław	58,08	15,00	15,00	10,00	98,08
5	OPERATOR CHMURY KRAJOWEJ sp. z o.o. Ul. Grzybowska 62 00-844 Warszawa	59,99	15,00	15,00	10,00	99,99

Zamawiający w s.w.z. podzielił zamawiane produkty firmy Microsoft na trzy grupy:

- a. Produkty typu subskrypcja - dotyczy wszystkich produktów subskrypcyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft;
- b. Produkty typu Software Assurance oraz Licencja + Software Assurance dla wszystkich produktów licencyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft;
- c. Produkty typu hostowane usługi platformowe.

Dodatkowo w formularzu ofertowym (Tabele z poszczególnymi produktami, upustami i cenami) zamawiający wyodrębnił produkty w ramach Zamówienia Gwarantowanego (Tabela 1-3) oraz produkty w ramach Zamówienia Opcjonalnego (Tabela +8).

S.w.z. w formularzu ofertowym (pierwotne brzmienie) formułował następujące postanowienie:

„W ramach zamówienia udzielamy takich samych poziomów upustów od ceny jednostkowej netto Producenta oprogramowania dla zamówienia gwarantowanego i zamówień opcjonalnych, ustalonych dla trzech grup produktów:

Produktów typu subskrypcja (dotyczy wszystkich produktów subskrypcyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft) w wysokości%

Produktów typu Software Assurance oraz Licencja + Software Assurance (dla wszystkich produktów licencyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft) w wysokości%

Produktów typu hostowane usługi platformowe w wysokości%”

W dniu 1 czerwca 2022 roku wskazany punkt został usunięty z formularza ofertowego.

Pomimo usunięcia wskazanego postanowienia z formularza ofertowego, analogiczne postanowienie zawarte zostało w umowie stanowiącej załącznik do s.w.z. Postanowienie to nie zostało wykreślone z projektu umowy. Zgodnie z § 3 ust. 8 załącznika nr 5 do s.w.z. PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY:

„Zamawiający wymaga od Wykonawcy zagwarantowania spójnych warunków rabatu dla zamówienia gwarantowanego i zamówień opcjonalnych, ustalonych dla trzech grup Produktów:

a) Produktów typu subskrypcja — dotyczy wszystkich produktów subskrypcyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft w wysokości % (Zamawiający wpisze deklarację Wykonawcy zawartą w Formularzu ofertowym);

b) Produktów typu Software Assurance oraz Licencja + Software Assurance dla wszystkich produktów licencyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft w wysokości% (Zamawiający wpisze deklarację Wykonawcy zawartą w Formularzu ofertowym);

c) Produktów typu hostowane usługi platformowe w wysokości% (Zamawiający wpisze deklarację Wykonawcy zawartą w Formularzu ofertowym).”

Dwóch z pięciu wykonawców (odwołujący Comparex i APN Promise SA) sformułowało swoją ofertę w oparciu o to postanowienie. Pozostałych trzech wykonawców (Crayon, OCHK i T-Systems) zaoferowało różne wielkości rabatów.

W tabeli 2 jest napisane:

Wysokość upustu w [%] względem ceny ERP dla wszystkich produktów typu SA lub L+SA opisanych w Tabeli 2 w Sekcji B (zamówienie gwarantowane)

W zamówieniach opcjonalnych, tabele 5-7 jest napisane:

Wysokość upustu w [%] taka sama jak dla wszystkich produktów typu SA lub L+SA opisanych w Tabeli 2 w Sekcji B (zamówienie gwarantowane)

Wykonawca Crayon podał w tabeli nr 2 różne wysokości upustów i przyporządkował poszczególne upusty na zasadzie, że takie same rabaty z tabeli 2 podał dla produktów z tej samej grupy cennikowej. W tabeli nr 2 są produkty pozycja 85, B6 i wstawione są rabaty, których Crayon nie podał w tabeli nr 2.

Wykonawca OCHK przyjął dla tych samych produktów inne wartości rabatów w zamówieniach opcjonalnych co w gwarantowanych.

Zamawiający dokonał poprawienia oferty Crayon w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p. Każdy z wykonawców zobowiązany był do wskazania w ofercie podwykonawcy/dostawcy odpowiedzialnego za przynajmniej 10% wartości zamówienia, celem weryfikacji, czy podmiot ten nie podlega wykluczeniu na podstawie przepisów, które weszły w życie po agresji Rosji na Ukrainę. Crayon nie podał tej informacji. W dniu 13 czerwca 2022 r. zamawiający zwrócił się do Crayon z wyjaśnieniem twierdząc, że „W Załączniku Nr 1A do s.w.z. - Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia w kolumnie nr 3 (Producent/nazwa/model/symbol/typ/kod) wskazali Państwo, że dostawcą oferowanego produktu jest firma Microsoft Ireland Operations Limited”. W odpowiedzi Crayon potwierdził, że jest to ten podmiot.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji warunków zamówienia, złożonych ofert, korespondencji zamawiającego z wykonawcami itp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, niemniej jednak stwierdzone wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że – zgodnie z art. 16 ustawy P.z.p. – zamawiający obowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie wskazanych w tymże artykule zasad, tj. zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W ocenie Izby zamawiający, formułując treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, a następnie dokonując jej modyfikacji, doprowadził do sytuacji, w której w postępowaniu nie zostały zachowane zasady wymienione w art. 16 ustawy p.z.p., w tym w szczególności zasada uczciwej konkurencji oraz zasada przejrzystości.

Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Z zasady zachowania uczciwej konkurencji wynika potrzeba eliminowania przez zamawiającego sytuacji godzących w uczciwą konkurencję. Z kolei zasada przejrzystości oznacza, że procedura udzielania zamówień publicznych powinna być prowadzona według czytelnych reguł. Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę. Wyrazem zasady przejrzystości jest między innymi to, że wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także opisu przedmiotu zamówienia, są formułowane jasno i jednoznacznie – tak, że wykonawcy nie muszą domyślać się intencji zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający w pierwotnej wersji specyfikacji warunków zamówienia (przed jej modyfikacją z dnia 1 czerwca 2022 roku) w formularzu ofertowym zawarł postanowienie, zgodnie z którym wykonawcy mieli złożyć następujące oświadczenie: „W ramach zamówienia udzielamy takich samych poziomów upustów od ceny jednostkowej netto Producenta oprogramowania dla zamówienia gwarantowanego i zamówień opcjonalnych, ustalonych dla trzech grup produktów:

Produktów typu subskrypcja (dotyczy wszystkich produktów subskrypcyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft) w wysokości%

Produktów typu Software Assurance oraz Licencja + Software Assurance (dla wszystkich produktów licencyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft) w wysokości%

Produktów typu hostowane usługi platformowe w wysokości%”.

Zawarte w formularzu ofertowym oświadczenie referowało do treści § 3 ust. 8 załącznika nr 5 do s.w.z. PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY:

„Zamawiający wymaga od Wykonawcy zagwarantowania spójnych warunków rabatu dla zamówienia gwarantowanego i zamówień opcjonalnych, ustalonych dla trzech grup Produktów:

a) Produktów typu subskrypcja — dotyczy wszystkich produktów subskrypcyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft w wysokości% (Zamawiający wpisze deklarację Wykonawcy zawartą w Formularzu ofertowym);

b) Produktów typu Software Assurance oraz Licencja + Software Assurance dla wszystkich produktów licencyjnych dostępnych w cenniku firmy Microsoft w wysokości% (Zamawiający wpisze deklarację Wykonawcy zawartą w Formularzu ofertowym);

c) Produktów typu hostowane usługi platformowe w wysokości% (Zamawiający wpisze deklarację Wykonawcy zawartą w Formularzu ofertowym).”

Wskazane wyżej sformułowania zawarte w formularzu ofertowym i projekcie umowy były ze sobą skorelowane i wzajemnie spójne. Wynika z nich, że zamawiający wymagał wskazania rabatów w jednakowej, wyrażonej w procentach wysokości, dla poszczególnych grup produktów. Oznaczało to konieczność zaoferowania jednego rabatu dla jednej grupy produktów. Bez wątplenia wysokość rabatu, która miała być wpisana do treści przyszłej umowy, miała wynikać z danych zawartych przez wykonawcę w formularzu ofertowym.

W dniu 1 czerwca 2022 roku zamawiający zmodyfikował treść formularza ofertowego poprzez usunięcie treści oświadczenia dotyczącego wysokości udzielonych rabatów. Jednocześnie skorelowany z treścią tego oświadczenia zapis został utrzymany w projekcie przyszłej umowy.

Usunięcie wspomnianego zapisu mogło stanowić informację dla wykonawców, że intencją zamawiającego jest rezygnacja z tego sposobu ustalania i oferowania upustów w postępowaniu. Z kolei, pozostawienie skorelowanego z nim zapisu umownego spowodowało, że treść obu dokumentów pozostawała ze sobą w sprzeczności i pozostawiała wątpliwości co do sposobu oferowania upustów.

Jest to o tyle istotne, że – jak słusznie zauważył odwołujący w treści odwołania – zamówienie dotyczy produktów informatycznych firmy Microsoft, które wykonawcy nabywają od wskazanej firmy po określonej cenie z uwzględnieniem określonych rabatów (upustów) na poszczególne produkty. Rabaty te odgórnie ustalane są przez Microsoft dla poszczególnych kategorii partnerów biznesowych, a dla wskazanych powyżej pięciu wykonawców, Microsoft

de facto oferuje taki sam poziom upustów. Polityka firmy w zakresie udzielania rabatów oraz zasady udzielania tych upustów uregulowane s.w.z. są najistotniejszym elementem przy kształtowaniu ceny oferty.

Sprzeczność pomiędzy treścią formularza ofertowego a projektem umowy nie jest podstawą do tego, by któremuś z tych dokumentów przyznać prymat wobec drugiego. Zarówno formularz ofertowy, jak i projekt umowy, są częścią specyfikacji warunków zamówienia i nie można przyjąć, iż jeden z tych dokumentów ma większe znaczenie niż drugi. O tym, który z dokumentów miałby znaleźć zastosowanie przy kształtowaniu poziomu upustów, nie mogła również decydować ich treść. Uznanie, iż wykonawcy obowiązani byli sporządzić oferty na podstawie zmodyfikowanego formularza ofertowego, z pominięciem zapisu umownego, byłoby równoznaczne z przyjęciem, że wykonawcy, przy sporządzaniu oferty, nie muszą się stosować do wszystkich wymogów ustanowionych w postępowaniu. Taka konstatacja jest nieuprawniona i bezpodstawna, a to z uwagi na fakt, iż zamawiający – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. – jest obowiązany odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia – zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p. – należy zaś rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nieuprawnione jest również stwierdzenie, że wykonawcy obowiązani byli ustalić udzielane upusty na podstawie zapisu znajdującego się w projekcie umowy. Jak to już wyżej wskazano, okoliczność usunięcia zasad oferowania upustów z formularza ofertowego, pomimo jego pozostawienia w projekcie umowy, mogła powodować u wykonawców wątpliwości w zakresie prawdziwych intencji zamawiającego, a – zgodnie ze wskazaną wyżej zasadą przejrzystości – dokumentacja postępowania powinna zostać sporządzona w taki sposób, by wykonawcy nie musieli domyślać się intencji zamawiającego. Ponadto pozostawiony w projekcie umowy zapis w dalszym ciągu referował do treści formularza ofertowego, która została przez zamawiającego usunięta w wyniku dokonanej modyfikacji. Tym samym nie wiadomo, w jaki sposób zamawiający miałby uzupełnić postanowienia umowne, skoro podstawę do ich uzupełnienia usunął z formularza ofertowego.

A zatem, w rozpoznawanym przypadku doszło do sytuacji, gdzie w jednym i tym samym postępowaniu, w dwóch równorzędnych dokumentach, znalazły się odmienne postanowienia w zakresie kształtowania ceny oferty, co w konsekwencji spowodowało, że część wykonawców zaoferowała upusty w oparciu o zmodyfikowany formularz ofertowy, a część – w oparciu o postanowienie umowne. Oferty wykonawców nie zostały zatem złożone

w warunkach zapewniających zachowanie konkurencji i nie były ofertami porównywalnymi. Umowa zawarta w takich warunkach byłaby umową zawartą z naruszeniem ustawy, co mogłoby stanowić podstawę do jej unieważnienia na podstawie art. 457 ust.1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie w zw. art. 226 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnioną poprawę oferty Crayon, zgodnie z którą dostawcą produktów zamawianych w postępowaniu jest Microsoft Irleand Operations Limited, podczas gdy może być to równie dobrze inna spółka z grupy „Microsoft” np. Microsoft Polska Sp. z o.o. albo sieć dystrybucyjna jest bardziej złożona Crayon nabywa np. od swojej spółki z grupy pochodzącej z innego kraju (np. Rosji).

Izba wskazuje, że wykonawcy obowiązani byli złożyć informację o podmiocie (podwykonawcy/dostawcy), na który przypada ponad 10% wartości zamówienia, w celu zweryfikowania, czy podmiot ten nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 229, str. 1 z późn. zm.).

Zgodnie ze wskazanym przepisem (ust. 1), zakazuje się udzielania lub dalszego wykonywania wszelkich zamówień publicznych lub koncesji objętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, a także zakresem art. 10 ust. 1, 3, ust. 6 lit. a)–e), ust. 8, 9 i 10, art. 11, 12, 13 i 14 dyrektywy 2014/23/UE, art. 7 i 8, art. 10 lit. b)–f) i lit. h)–j) dyrektywy 2014/24/UE, art. 18, art. 21 lit. b)–e) i lit. g)–i), art. 29 i 30 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 13 lit. a)–d), lit. f)–h) i lit. j) dyrektywy 2009/81/WE na rzecz lub z udziałem:

- a) obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji;
 - b) osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do podmiotu, o którym mowa w lit. a) niniejszego ustępu; lub
 - c) osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów działających w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w lit. a) lub b) niniejszego ustępu,
- w tym podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na których zdolności polega się w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w przypadku gdy przypada na nich ponad 10 % wartości zamówienia.

W treści formularza ofertowego wskazano, że brak zaistnienia podstaw do wykluczenia na podstawie wskazanego wyżej przepisu, jest warunkiem polegania na zdolnościach innych podmiotów. Wykonawca, który zamierzał polegać na zasobach innego

podmiotu obowiązany była zatem wskazać ten podmiot w formularzu ofertowym z pełną świadomością co do faktu, iż informacja ta jest kluczowa w zakresie tego, czy wskazany podmiot może być dopuszczony do realizacji zamówienia stosownie do wskazanej regulacji. Brak takiej informacji nie może zostać potraktowany jako oczywista omyłka i poprawiony przez zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Niemniej jednak Izba – pomimo uwzględnienia zarzutu – nie nakazała zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wskazanych wykonawców, jako że – uwzględniając zarzut związany z oferowanym poziomem upustów – nakazała zamawiającemu dokonanie czynności dalej idącej, tj. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym czynności odnoszące się do poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu należało tym samym uznać za bezprzedmiotowe.

Sygn. akt: KIO 1691/22

Odwolujący OCHK zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Crayon Poland sp. z o.o. ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy Crayon zarówno w ramach zamówienia podstawowego jak i prawa opcji, grupy A, poz. A.1 i A.2 zaoferował produkty o nr katalogowych AAD-33200 i AAD-33204 w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w Rozdziale 4 pkt 1, 2 i 4 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz § 3 ust. 6, 7 i 9 umowy,

2) art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Crayon ze względu na błąd w obliczeniu ceny, podczas gdy ceny zaoferowane przez Crayon za produkty o nr. katalogowych AAD-33200 i AAD-33204 w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji, grupy A, poz. A.1 i A.2, a w konsekwencji cena całkowita oferty Crayon, zostały obliczone przez Crayon niezgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w rozdziale 4 pkt 1, 2 i 4 OPZ oraz § 3 ust. 6, 7 i 9 umowy,

3) art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 PZP w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie Crayon, podczas gdy ceny jednostkowe w EUR netto opłat miesięcznych za produkty o nr katalogowych AAD-33200 i AAD-33204 w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji z grupy A (tj. wartości podane w poz. A.1 i A.2, kolumny nr 6, Tabeli nr 1 Załącznika nr 2 do s.w.z.) mogły zostać

omyłkowo podane przez Crayon niezgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w Rozdziale 4 pkt 1, 2 i 4 OPZ oraz § 3 ust. 6, 7 i 9 umowy, a zatem ceny te powinny zostać poprawione zgodnie z tymi wymaganiami, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (zarzut ewentualny wobec zarzutów 1 i 2).

Odwołujący OCHK wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, jak również nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Crayon,
4. Ewentualnie – w przypadku nieodrzucenia oferty Crayon - poprawienia omyłek w ofercie Crayon z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
5. Wyboru oferty odwołującego OCHK jako najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący OCHK wniósł o:

1. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną złożone przez odwołującego na rozprawie,
2. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący OCHK podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Stwierdził, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, która zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Wskazał, że odwołanie zmierza do odrzucenia oferty Crayon, która została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Nieuwzględnienie odwołania uniemożliwi odwołującemu OCHK pozyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji, brak uwzględnienia niniejszego odwołania spowodowałby u odwołującego OCHK szkodę w postaci utraty korzyści, jakie odwołujący OCHK osiągnąłby uzyskując zamówienie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 lipca 2022 roku zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Crayon Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Wykonawca ten na

posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2022 roku oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął w dniu 15 marca 2022 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego przedmiotem jest „Dostawa uprawnień do aktualizacji posiadanego oprogramowania, licencji wieczystych oprogramowania standardowego, pakietów subskrypcji usług standardowych w ramach nowej rejestracji Enterprise Agreement”.

Po weryfikacji podmiotowej wykonawców zamawiający w dniu 12 maja 2022 r. zaprosił do złożenia ofert sześciu wykonawców.

Termin składania ofert ostatecznie został wyznaczony na dzień 8 czerwca 2022 r.

W dniu 14 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o zakończeniu badania i oceny ofert oraz o wyborze oferty Crayon jako najkorzystniejszej. Oferta odwołującego OCHK została sklasyfikowana drugim miejscu.

Zamawiający w Tabeli nr 1 OPZ (str. 2) wyspecyfikował tzw. „produkty gwarantowane”, tj. takie których dostawa następuje po podpisaniu z wykonawcą umowy w sprawie Zamówienia, zgodnie z jej warunkami. Z kolei w Tabeli nr 2 OPZ (str. 4) Zamawiający wyspecyfikował tzw. „produkty opcjonalne”, tj. produkty, które zamawiający może zamówić wedle własnych potrzeb, a których wartość nie może przekroczyć 30% „zamówienia gwarantowanego” (podstawowego). Wszystkie wyżej wymienione produkty, poza OPZ, zostały również ujęte przez zamawiającego w „Formularzu cenowym”, w formie pliku Excel, stanowiącym Załącznik nr 2 do s.w.z. (dalej jako: „Formularz cenowy”), który wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą.

W pkt 4.1 OPZ (str. 13) oraz w § 3 ust. 6 umowy Zamawiający stwierdził, że: „Do określenia cen końcowych dla wszystkich Produktów pozyskiwanych w ramach niniejszego postępowania o ile będą to Produkty firmy Microsoft, w całym okresie obowiązywania umowy Zamawiający i Wykonawca posługiwać będą się oficjalnym cennikiem produktów firmy Microsoft z grudnia 2021 r. wyrażonym w walucie EUR uwzględniający wzrost cen na wybranych produktach, obowiązujący od 01.03.2022 r. Jednocześnie Zamawiający dopuszcza wyjątki od tej sytuacji, kiedy Microsoft nie udzieli rabatów na niektóre produkty, usługi lub usługi online, takie jak Microsoft Azure i Microsoft Consulting Services oraz pozycje o cenie specjalnej, takie jak Promo SKU.”

W pkt 4.2 OPZ (str. 13) oraz w § 3 ust. 7 umowy zamawiający stwierdził, że: „W cenniku, o którym mowa w pkt 1. opierać będą się na cenach określanych jako „Estimated Retail Price” (ERP) Produktów spełniających następujące warunki:

- License Agreement Type: „Government”,
- Level: „D”;
- Program: „Enterprise 6”; - Currency: „Euro”.

Zgodnie z pkt. 4.4 OPZ (str. 13) oraz § 3 ust. 9 umowy, „Zamawiający wymaga, aby cena danego produktu wyznaczona na bazie ceny ERP i zaproponowanego upustu zawierała całkowitą jej kalkulację, tj. wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia.”

Wykonawca Crayon dla produktów o nr katalogowych AAD-33200 i AAD-33204 w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji z grupy A (tj. produktów wyspecyfikowanych w poz. A.1 i A.2, Tabeli nr 1 oraz Tabeli nr 4 Formularza cenowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ) podał ceny ERP w oparciu o cennik Microsoft z grudnia 2021 r., bez uwzględnienia jego aktualizacji z marca 2022 r., zakładającej podwyżkę cen za te produkty.

Zgodnie z cennikiem Microsoft, ceny Estimated Retail Price (ERP) obowiązujące w grudniu 2021 r. za produkty o nr katalogowych AAD-33200 i AAD33204 wynosiły odpowiednio: 23,35 EUR oraz 28,00 EUR. Takie ceny zostały podane przez Crayon w poz. A.1 i A.2, kolumny nr 6, Tabeli nr 1 (zamówienie podstawowe) oraz w poz. A.1 i A.2, kolumny nr 5, Tabeli nr 4 (zamówienie opcjonalne) Formularza cenowego.

Od marca 2022 r. w odniesieniu do ww. produktów obowiązywały specjalne warunki cenowe Microsoft, które zakładały podwyżkę cen ERP za te produkty o 12,5%. W konsekwencji, ceny ERP za produkty o nr katalogowych AAD-33200 i AAD-33204 uwzględniające marcową podwyżkę Microsoft wynosiły odpowiednio: 26,27 EUR oraz 31,50 EUR (po zaokrągleniu do 2 miejsc po przecinku).

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji warunków zamówienia i oferty przystępującego Crayon.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne, niemniej jednak stwierdzone wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy w sprawie zamówienia publicznego, co uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p.

Z ustaleń dokonanych w sprawie niewątpliwie wynika konieczność określenia cen końcowych dla produktów Microsoft na podstawie oficjalnego cennika produktów firmy Microsoft z grudnia 2021 r. uwzględniającego wzrost cen na wybranych produktach, obowiązującego od 01.03.2022 r. Nie ulega również wątpliwości, że przystępujący Crayon nie uwzględnił aktualnych na dzień 1 marca 2022 roku cen dwóch produktów o nr. katalogowych AAD-33200 i AAD-33204. Jest to okoliczność bezsporna pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego.

Przystępujący Crayon na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą podniósł, iż nie był obowiązany do określenia cen na podstawie cennika Microsoft. Zwrócił uwagę na treść zdania drugiego pkt. 4.1. OPZ, zgodnie z którym zamawiający dopuścił wyjątki od tej konieczności w sytuacji, gdy Microsoft nie udzieli rabatów na niektóre produkty, usługi lub usługi online, takie jak Microsoft Azure i Microsoft Consulting Services oraz pozycje o cenie specjalnej, takie jak Promo SKU.

W ocenie Izby argumentację przystępującego Crayon należy uznać za nieuprawnioną. Izba przeprowadziła dowód ze złożonej przez przystępującego korespondencji z przedstawicielem firmy Microsoft z dnia 19 maja 2022 roku, w której przedstawione zostały warunki specjalne dla zamawiającego na produkty i usługi w ramach odnawialnej Rejestracji Enterprise Agreement. Z korespondencji tej wynika, że na produkty AAD-33200 i AAD-33204 został przyznany rabat od cen podwyższonych o 12,5%, czyli od cen objętych cennikiem z marca 2022 roku.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonego przez odwołującego formularza Excel, stanowiącego załącznik do ww. korespondencji. Z jego treści wynika, że cena wskazanych wyżej produktów AAD-33200 i AAD-33204 została podwyższona o 12,5% i jest wyższa niż ceny, które wziął pod uwagę przystępujący Crayon. Wykonawcy nie byli zatem uprawnieni do zastosowania wyjątku od obowiązku ustalenia cen na podstawie cennika Microsoft z powodu nieudzielenia rabatu na wskazane produkty.

Tym samym zarzuty odwołania należy uznać za uzasadnione.

Pomimo uwzględnienia odwołania Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, jako że – uwzględniając odwołanie o sygn. akt KIO 1687/22 – nakazała zamawiającemu dokonanie czynności dalej idącej, tj. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym

czynności odnoszące się do poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu należało uznać za bezprzedmiotowe.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego w obydwu sprawach orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: