

Sygn. akt: KIO 1046/23

**WYROK**  
**z dnia 28 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Monika Banaszkiewicz**  
**Członkowie: Anna Wojciechowska**  
**Renata Tubisz**  
**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2023 r. przez **wykonawcę Crayon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Crayon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, unieważnienie czynności poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża po 1/2 części Odwołującego i Zamawiającego i:
  - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez

Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej: „Pzp”), pn. „Zapewnienie subskrypcji, wsparcia technicznego producenta dla posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania Microsoft oraz zapewnienie subskrypcji i wsparcia technicznego producenta w ramach prawa opcji”, numer referencyjny: COI-ZAK.262.49.2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2022 r., za numerem 2022/S 252-734439.

W dniu 13 kwietnia 2023 r. odwołanie wobec: 1) czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 4 kwietnia 2023 r. w postaci odrzucenia oferty Odwołującego; 2) zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Integrated Solutions Sp. z o.o., co nastąpiło 4 kwietnia 2023 r.; 3) czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 4 kwietnia 2023 r. w postaci wyboru oferty Integrated Solutions jako oferty najkorzystniejszej wniósł wykonawca Crayon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

### Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 11) w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez zastosowanie przedmiotowego przepisu;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie zastosowania przedmiotowego przepisu; a w konsekwencji;
- 3) art. 239 ust. 1) Pzp poprzez zaniechanie zastosowania przedmiotowego przepisu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, poprzez:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o.
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał, że jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest cena, a każdy z wykonawców zaoferował Zamawiającemu identyczne produkty. Podniósł on, że zgodnie z wymaganiem

Tabeli nr 1 (pozycje 1-4) Formularza ofertowego Zamawiający wyraźnie wymagał od wykonawców podania stawek miesięcznych dla pierwszego, drugiego i trzeciego roku subskrypcji. Wskazał, że tabela obejmuje tylko 4 produkty (AAD-33177, AAD-33168, 7LS-00002 i N9U-00002), z których każdy jest udostępniany przez Microsoft w formie subskrypcji na okresy miesięczne przy zachowaniu miesięcznego cyklu rozliczenia za pomocą stawki miesięcznej. Wskazał także, że wymaganie podania stawek miesięcznych wynika z opisów zawartych w nagłówkach kolumn nr 5, 6 i 7 Tabeli nr 1: „Cena jednostkowa netto w zł za 1 mc w pierwszym roku trwania umowy”, „Cena jednostkowa netto w zł za 1 mc w drugim roku trwania umowy” i „Cena jednostkowa netto w zł za 1 mc w trzecim roku trwania umowy”. Odwołujący opisywał, że z kolei w ramach opcji Zamawiający wymagał zaoferowania 3 z 4 produktów subskrypcyjnych z zamówienia podstawowego (czyli AAD-33177, AAD-33168, 7LS-00002 i N9U-00002) oraz dodatkowo 7 produktów licencyjnych nieobecnych w zamówieniu podstawowym (produkty licencyjne są licencjonowane w zamian za jednorazową opłatę). Produkty opcyjne zostały wymienione w Tabeli cenowej nr 3 Formularza ofertowego, gdzie pozycje 1-3 obejmują produkty subskrypcyjne z zamówienia podstawowego AAD-33177, AAD-33168, 7LS-00002 i N9U-00002, a dalsze pozycje (4-10) produkty licencyjne. W przypadku Tabeli cenowej nr 3 Zamawiający nie zamieścił w nagłówku Tabeli wymagania podania ceny miesięcznej, czy też ceny za inny okres (np. kwartał, rok). W nagłówkach kolumn 5,6 i 7 znalazły następujące noty: „Cena jednostkowa netto w zł w pierwszym roku trwania umowy”, „Cena jednostkowa netto w zł w drugim roku trwania umowy” i „Cena jednostkowa netto w zł w trzecim roku trwania umowy”. Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający oczekiwał stawek rocznych wówczas w nagłówkach kolumn 5, 6 i 7 znalazłyby się następujące opisy: „Cena jednostkowa netto w zł za 1 rok w pierwszym roku trwania umowy”, „Cena jednostkowa netto w zł za 1 rok w drugim roku trwania umowy” i „Cena jednostkowa netto w zł za 1 rok w trzecim roku trwania umowy”. Odwołujący wskazał, że Tabela cenowa nr 3 nie zawierała w ogóle określenia za jaki okres należało zaoferować stawki dla produktów z pozycji 1-10. W przekonaniu Odwołującego brak zamieszczenia przez Zamawiającego w nagłówkach kolumn 5, 6 i 7 Tabeli cenowej nr 3 okresu, którego dotyczyć ma oferowana stawka wynikał z faktu, iż produkty zamówienia opcyjnego z Tabeli cenowej nr 3 mają różny charakter determinujący odmienny sposób ich rozliczania: (a) produkty subskrypcyjne ujęte w pozycjach 1-3 Tabeli cenowej nr 3 (tożsame z produktami z pozycjach 2-4 Tabeli 1) są rozliczane przez Microsoft miesięcznie i w konsekwencji Zamawiający oczekiwał ich rozliczania stawkami miesięcznymi analogicznie do zasad dotyczących zamówienia podstawowego z Tabeli nr 1; (b) produkty licencyjne ujęte w pozycjach 4-10 Tabeli cenowej nr 3 są rozliczane przez Microsoft rocznie. Odwołujący podniósł, że zarówno on, jak i A.P.N. Promise S.A. oraz Operator Chmury Krajowej Sp. z

o.o. zamieścili w Tabeli cenowej nr 3 Formularza ofertowego w pozycjach 1-3 stawki miesięczne jako narzucające się w myśl zasad rozliczania zamówienia podstawowego będącego w zgodzie z zasadami rozliczeń stosowanymi przez Microsoft i logiką Tabeli nr 1. W odmienny sposób postąpił Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz SoftwareOne Polska Sp. z o.o. oferując w Tabeli cenowej nr 3 Formularza ofertowego w pozycjach 1-3 stawki roczne.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 11) w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp:  
Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania podniósł, że pismem z dnia 13 marca 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu oferty Odwołującego w zakresie stawek zawartych w Tabeli cenowej nr 3 Formularza ofertowego pozycjach 1-3 w kolumnach 5, 6 i 7 poprzez ich pomnożenie przez 12 oraz o konsekwentnym przeliczeniu dalszych pozycji Tabeli cenowej nr 3. Zamawiający wskazał, iż dokonał poprawek opierając się na treści art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp tj. dokonując poprawienia inne omyłki nie mającej wpływu na treść oferty. Zamawiający jednocześnie wezwał Odwołującego do wyrażania zgody na poprawienie omyłki. Uprzednio w dniu 16 lutego 2023 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo datowane na 15 lutego 2023 r. zawierające uwagi do złożonych ofert konkurencji informując Zamawiającego, iż w opinii Odwołującego w pozycjach 1-3 Tabeli cenowej nr 3 obowiązkiem wykonawców było zaoferowanie stawek miesięcznych, zatem część złożonych ofert jako zawierających w tych pozycjach stawki roczne obarczona jest wadami formalnymi oraz sprzeczna z zasadami obowiązującymi wykonawców jako partnerów Microsoft. W tym samym piśmie Odwołujący wyraźnie zakomunikował, iż Odwołujący, A.P.N. Promise S.A. i Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o. w Tabeli cenowej nr 3 zaoferowali stawki analogiczne do stawek z Tabeli nr 1, czyli stawki miesięczne, natomiast Integrated Solutions Sp. z o.o. i SoftwareOne Polska Sp. z o.o. błędnie zaoferowali stawki roczne. Następnie pismem z dnia 23 lutego 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień oferty w zakresie typu stawek jakie Odwołujący zaoferował w pozycjach 1-3 Tabeli cenowej nr 3 Formularza ofertowego. W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 6 marca 2023 r. poinformował Zamawiającego, iż pozycje 1-3 Tabeli cenowej nr 3 Formularza ofertowego zastosował stawki miesięczne. Odwołujący podnosił, iż w ogóle nie miała miejsca omyłka, zatem Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oferty Odwołującego jako innej omyłki, a tym bardziej w taki sposób w jaki to uczynił. Odwołujący podnosi, iż nie popełnij jakiegokolwiek omyłki, albowiem świadomie zaoferował z pozycji 1-3 Tabeli cenowej nr 3 Formularza stawki miesięczne, a powyższe nastąpiło po wnikliwej analizie SWZ, w tym Formularza ofertowego w kontekście znanych Odwołującemu zasad licencjonowania i rozliczania produktów Microsoft.

Odwołujący wskazał, że sposób poprawienia omyłki musi być oczywisty i niebudzący wątpliwości, a w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie Zamawiający w celu uzyskania stawek rocznych dokonał pomnożenia stawek miesięcznych zawartych w pozycjach 1-3 Tabeli cenowej nr 3 Formularza ofertowego przez 12 uzyskując w ten sposób stawki roczne stanowiące dwunastokrotność stawki miesięcznej. Było to zdaniem Odwołującego działanie intuicyjne, ale nieprawidłowe. Skutkiem poprawienia omyłki według Odwołującego nie może być zmiana treści oferty, a w niniejszym przypadku Zamawiający dokonał w jego opinii zmiany treści oferty.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp:

Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, iż dla rozliczenia miesięcznego subskrypcji konieczne jest stosowanie stawek miesięcznych i tylko takie stawki należało uwzględnić w Formularzu ofertowym. Dokumentacja postępowania stanowi integralną całość i należy ją analizować jako zbiór uzupełniających się przepisów przy założeniu, iż poszczególne przepisy pozostają ze sobą w spójności. Zamawiający z piśmie z dnia 13 marca 2023 r. potwierdził twierdzenia Odwołującego o miesięcznym rozliczaniu subskrypcji także w zakresie zamówienia opcyjnego i tym samym przesądził o prawidłowości zastosowania w pozycjach 1-3 Tabeli cenowej nr 3 Formularza ofertowego stawek umożliwiających tego rodzaju rozliczenie. Opis Tabeli cenowej nr 3 nie zawierał okresu, za który będą naliczane stawki, tylko określono poszczególne trzy okresy roczne obowiązywania umowy w których stawki będą stosowane. Powyższe okoliczności przesądzają zatem zdaniem Odwołującego, iż zarówno on, jak i A.P.N. Promise S.A. i Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o. sporządzili oferty w sposób poprawny oferując stawki miesięczne odpowiadające miesięcznym rozliczeniom subskrypcji, natomiast oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz SoftwareOne Polska Sp. z o.o. jako zawierające stawki roczne nieprzydatne do rozliczeń miesięcznych są ofertami niezgodnymi z dokumentacją zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 239 § 1 Pzp:

W ocenie Odwołującego wynikiem naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 11) w zw. z art. 223 ust.2 pkt 3) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp stało się naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp w postaci dokonania wyboru oferty podlegającej odrzuceniu i nie posiadającej atrybutu oferty najkorzystniejszej.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. odrzucenie odwołania zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania:

2. oddalenie odwołania.

przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 17 kwietnia 2023 r. oraz 25 kwietnia 2023 r. pisma procesowe złożył Przystępujący tj. spółka Integrated Solutions Sp. z o.o., przedstawiając swoje stanowisko w sprawie.

W dniu 26 kwietnia 2023 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym ustosunkował się do odpowiedzi na odwołanie oraz pisma złożonego przez Przystępującego dnia 25 kwietnia 2023 r.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dniu 26 kwietnia 2023 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania Zamawiający oraz Integrated Solutions Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) wnieśli o odrzucenie odwołania. Zamawiający podniósł tak jak w odpowiedzi na odwołanie, że czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego była jedynie pochodną, następstwem niewyrażenia zgody przez Odwołującego na poprawę innej omyłki. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawił inną omyłkę w treści oferty Odwołującego i poinformował o tym Odwołującego w dniu 13 marca 2023 r. Tym samym Odwołujący, chcąc odwołać się od czynności Zamawiającego, powinien jego zdaniem skorzystać ze środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, w terminie 10 dni od dnia uzyskania informacji o poprawieniu innej omyłki w treści jego oferty. Zamawiający wskazał, że termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 23 marca 2023 r., zatem w zakresie podstawy żądań Odwołującego jego prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej wygasło. Analogiczne stanowisko zaprezentował Przystępujący. Odwołujący wskazał, jak w piśmie złożonym 26 kwietnia 2023 r., że czynność odrzucenia oferty ma charakter wtórny w stosunku do odmowy poprawienia omyłki. Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, ale ten obowiązek nie ma charakteru bezwzględny. Wobec każdej czynności Zamawiającego wykonawca ma prawo do wniesienia środka ochrony prawnej. Zamawiający do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej może jeszcze zmienić swoje stanowisko odnośnie poprawy innej omyłki, stąd dopiero moment odrzucenia oferty daje prawo wykonawcy zaskarżenia tej czynności.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania, a co za tym idzie oddaliła wnioski Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania. Zdaniem Izby interes wykonawcy we wniesieniu



środka ochrony prawnej należy traktować szeroko. W zakresie przesłanki odrzucenia określonej w art. 528 pkt 3 Pzp, skład orzekający ustalił, że odwołanie odnosiło się do czynności podjętych przez Zamawiającego już po poprawieniu przez Zamawiającego innej omyłki, tj. do czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego z dnia 4 kwietnia 2023 r., która była przede wszystkim efektem wezwania skierowanego do Odwołującego pismem z dnia 13 marca 2023 r. oraz odpowiedzi na to wezwanie z dnia 14 marca 2023 r. Odwołujący wskazywał na te kwestie w piśmie z dnia 26 kwietnia 2023 r. podnosząc m.in., że do chwili dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy czynność zamawiającego nie jest ostateczna, gdyż może zostać uchylona lub zmieniona w inny sposób do chwili zakończenia czynności oceny ofert. W związku z tym nie można było stwierdzić, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, ponieważ rozpoczęcie biegu tego terminu wyznaczała czynność odrzucenia oferty Odwołującego, która to czynność nastąpiła w dniu 4 kwietnia 2023 r., zatem odwołanie wniesione w dniu 13 kwietnia 2023 r. należało uznać za wniesione w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp. Co więcej w ocenie składu orzekającego brak wniesienia odwołania przez Odwołującego wobec czynności poprawienia innej omyłki z dnia 13 marca 2023 r. nie zamykał mu drogi do kwestionowania czynności, ponieważ po jej dokonaniu miały miejsce kolejne czynności podjęte przez Zamawiającego, które skutkowały odrzuceniem oferty Odwołującego, a co za tym idzie powstaniem uprawnienia po stronie Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający i Odwołujący nie zgłosili opozycji przeciw przystąpieniu Integrated Solutions Sp. z o.o. do postępowania. Izba postanowiła dopuścić ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, pismo procesowe Przystępującego z dnia 25 kwietnia 2023 r. oraz pismo procesowe Odwołującego z dnia 26 kwietnia 2023 r. wraz z załącznikami.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 11) w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, zaś w pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 13 marca 2023 r. skierował do Odwołującego zawiadomienie o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający poinformował Odwołującego, że dokonuje poprawek w treści oferty, tj. w Tabeli cenowej nr 3 – Zamówienie w ramach prawa opcji w kolumnie nr 5 „Cena jednostkowa netto w zł w pierwszym roku trwania umowy”, w kolumnie nr 6 „Cena jednostkowa netto w zł w drugim roku trwania umowy”, w kolumnie nr 7 „Cena jednostkowa netto w zł w trzecim roku trwania umowy w pozycje 1-3, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w zakresie kolumn nr 8, 9, 10, 11, 12, 13 w pozycjach 1-3. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że na potrzeby Formularza ofertowego, w kolumnie 5, 6 i 7 Tabeli cenowej nr 3, wymagał od wykonawców podania ceny jednostkowej netto w zł za dany rok trwania umowy. Rozliczenie produktów w pozycjach 1-3 ww. tabeli miało nastąpić zgodnie z zasadami licencjonowania określonymi przez producenta oprogramowania, zgodnie z pkt. 11.2 OPZ, tj. według stawek miesięcznych. Sam Zamawiający wskazał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że produkty określone w pozycjach 1–3 w Tabeli cenowej nr 3 „Zamówienie w ramach prawa opcji” są rozliczane w okresach miesięcznych. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na wyrażenie przez niego zgody na poprawienie w ofercie omyłki w sposób wskazany w treści zawiadomienia lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Odwołujący pismem z dnia 14 marca 2023 r. poinformował Zamawiającego, że nie popełnił omyłki, wymagającej poprawy, a tym samym działanie Zamawiającego w postaci poprawienia cen złożonej przez niego oferty nastąpiło bez podstawy prawnej i nie wywarło skutku w postaci zmiany oferty. Poinformował Zamawiającego, że treść sporządzonej przez niego oferty jest zgodna z SWZ oraz OPZ. Następstwem braku zgody Odwołującego na poprawę innej omyłki było odrzucenie przez Zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2023 r. oferty złożonej przez Odwołującego.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1820/22): „W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SWZ zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w

trybie opisanym w art. 223 ust. 1 Pzp stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 223 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie. Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty.”

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że treść SWZ – Formularza cenowego była niejednoznaczna. Nieprecyzyjność w opisie poszczególnych Tabel spowodowała różną ich interpretację przez poszczególnych wykonawców. Z jednej strony za prawidłową można uznać wykładnię przeprowadzoną przez Odwołującego: Tabela nr 1 determinowała konieczność wpisania cen za 1 miesiąc w poszczególnych latach świadczenia. Tabela nr 2 – nie wskazywała okresu za jaki wykonawcy mieli podać ceny, niemniej jednak charakter przedmiotu zamówienia w tej tabeli został odczytany przez wykonawców w ten sam sposób – że muszą to być ceny za 1 rok. Tabela cenowa nr 3 również nie wskazywała okresu za jaki należy podać ceny i za prawidłową należy uznać interpretację Odwołującego, że skoro tabela zawiera produkty zarówno z Tabeli nr 1 jak i 2 to właściwe będzie podanie cen odpowiednio za 1 miesiąc / 1 rok, zgodnie z polityką Microsoft, którą Zamawiający założył do rozliczania. Z drugiej strony powielenie opisu z Tabeli nr 2 (której przedmiot zamówienia wskazywał na podanie cen rocznych) w Tabeli cenowej nr 3 mogło sugerować, że Zamawiający wymaga podania w Tabeli cenowej nr 3 cen jednostkowych rocznych. W świetle tych niejednoznaczności za prawidłową należy uznać również interpretację formularza przeprowadzoną przez Przystępującego.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i posiada wiedzę, jaka była jego intencja przy tworzeniu Formularza cenowego, jednak nie znalazło to odzwierciedlenia w treści SWZ. W konsekwencji Wykonawcy nie mogą ponosić odpowiedzialności za niejednoznaczność przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (m.in. KIO 1419/22, KIO 3787/21, KIO 2249/22) wszelkie niejasności SWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy. Jak wynika z powołanych orzeczeń niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty. Jeżeli

możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawców, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę podwyższony miernik staranności wymagany w stosunkach danego rodzaju od wykonawcy zawodowo prowadzącego działalność gospodarczą i stale biorącego udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

W trakcie rozprawy Zamawiający sam przyznał, że może rzeczywiście powinien był stworzyć Tabelę cenową 3A i Tabelę cenową 3B i wówczas uniknąłby przedmiotowego postępowania. Dlatego też, w ocenie Izby Zamawiający powinien uznać za prawidłowe oferty złożone przez wszystkich wykonawców i poprzestać na wyjaśnieniach treści Formularza cenowego. Takie działanie nie narusza zasady równości – wykonawcy znaleźli się bowiem w podobnej sytuacji (Zamawiający mógł albo podzielić na 12 miesięcy ceny z ofert Przystępującego i SoftwareOne Polska Sp. z o.o. albo pomnożyć przez 12 miesięcy ceny z ofert Odwołującego i A.P.N. Promise S.A. oraz Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o.) i narażenie części z nich na odrzucenie oferty należało uznać za naruszenie tej zasady. Zamawiający zatem niezasadnie poprawił inną omyłkę w ofercie Odwołującego, a Odwołujący słusznie nie wyraził zgody na poprawę, ponieważ jego ofertę tak jak pozostałych wykonawców należało uznać za prawidłową w świetle niejasnych postanowień SWZ. Zauważenia wymaga, że poprawa innej omyłki jest możliwa wyłącznie w sytuacji, gdy treść dokumentów zamówienia jest jednoznaczna i precyzyjna, a wykonawca w wyniku omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, nie zastosował się do klarownego brzmienia SWZ. Inaczej mówiąc, skoro Zamawiający dopuścił do możliwości różnej interpretacji SWZ, to nie był uprawniony zastosować dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp wobec części wykonawców.

W przedmiotowej sprawie większa część wykonawców biorących udział w postępowaniu wypełniła Tabelę cenową nr 3 w sposób analogiczny do Odwołującego. Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający 7 marca 2023 r. skierował do Przystępującego oraz SoftwareOne Polska Sp. z o.o. wezwanie do wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający wezwał tych wykonawców do wyjaśnienia czy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji cena za subskrypcję produktów określonych w Tabeli cenowej nr 3 „Zamówienie w ramach prawa opcji” w pozycjach 1–3 zostanie określona zgodnie z wymaganiami producenta, tj. w okresach miesięcznych i obliczona proporcjonalnie do ceny za roczną subskrypcję produktu określoną odpowiednio w kolumnie 5, 6 i 7 Tabeli cenowej nr 3 „Zamówienie w ramach prawa opcji”. Mając to na uwadze niezrozumiałym wydaje się, dlaczego Zamawiający dokonał poprawy innej omyłki w ofertach Odwołującego, A.P.N. Promise S.A. oraz Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o., skoro, jak wynika z wezwań skierowanych do pozostałych dwóch wykonawców rozliczenie za produkty wskazane w

Tabeli cenowej nr 3 miały być rozliczane miesięcznie. Co więcej sam Zamawiający podczas rozprawy przyznał, że jako jednostka budżetowa musi sygnalizować wcześniej wydatki, w związku z czym wziął pod uwagę cenę roczną, aby zarezerwować środki na ten cel. Zamawiający umieścił opłatę roczną bo łatwiej jest mu w ten sposób uzasadnić konieczność poniesienia kosztów.

W ocenie Izby wyjaśnienia składane przez wykonawców nie stanowiły negocjowania treści oferty. W wyniku udzielonych odpowiedzi treść ofert wykonawców nie uległa zmianie. Zauważyć należy, że ceny z Tabeli cenowej nr 3, jak podnosił Zamawiający, miały służyć rozliczeniu, które i tak zgodnie z postanowieniami umowy Microsoft Enterprise Agreement miały następować w myśl polityki Microsoft. Ceny te nie miały także wpływu na ranking ofert, ponieważ łączna cena opcji miała stanowić 30% cen z Tabeli nr 1 i 2.

Chybione w ocenie składu orzekającego okazały się twierdzenia Odwołującego, że oferta Przystępującego zawiera niezgodność z treścią SWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5. O takiej niezgodności można by mówić w sytuacji, gdyby merytoryczna zawartość oferty nie odpowiadała jasnym postanowieniom dokumentów zamówienia. W ocenie Izby wszystkie oferty powinny zostać uznane za prawidłowe, a rozbieżności wynikające z ofert nie mają przełożenia na realizację umowy. Zamawiający posiada bowiem wiedzę, na podstawie ich treści oraz w świetle postanowień umowy, w jaki sposób rozliczać zamówienie opcjonalne.

Opisane powyżej naruszenie w odniesieniu do zarzutu dotyczącego oferty Odwołującego niewątpliwie ma wpływ na wynik postępowania i skutkuje uwzględnieniem odwołania w tej części. Niewątpliwie Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego. Oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona i Zamawiający powinien ofertę ocenić i przyznać jej punkty. Możliwe jest to wyłącznie na etapie badania i oceny ofert, co determinuje nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Na etapie badania i oceny ofert Zamawiający może dokonywać dalszych czynności i zdaniem Izby nie można na tym etapie zakładać, że Odwołujący nie ma możliwości zamówienia uzyskać.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero

groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, oraz zasądzać od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....