

Sygn. akt: KIO 3152/22

WYROK

z dnia 12 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Monika Kawa-Ogorzałek

Klauziński Ernest

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę:

Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o. (ul. Grzybowska 62, 00-844 Warszawa)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych (ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa)

przy udziale wykonawcy

SoftwareONE Polska sp. z o.o. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesioną przez zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: 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 – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych (ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa) (dalej również: „Zamawiający” lub „CZS”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa uprawnień do aktualizacji posiadanego oprogramowania, licencji wieczystych oprogramowania standardowego, pakietów subskrypcji usług standardowych w ramach nowej rejestracji Enterprise Agreement” (znak: 2616.39.2022.AC.; ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 lipca 2022 r. nr 2022/S 145-416489) (dalej również: „Postępowanie”). Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ”).

W dniu 28 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o. (ul. Grzybowska 62, 00-844 Warszawa) (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego tj. nieodrzczenia ofert Odwołującego, Przystępującego oraz Crayon Poland sp. z o.o. w Warszawie (dalej również: „Crayon”), odrzczenia oferty Odwołującego oraz ewentualnie nieunieważnienia Postępowania wobec nieporównywalności ofert.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił:

W zakresie oceny oferty złożonej przez SoftwareONE:

- 1) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez poprawienie w ofercie SoftwareONE innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w zakresie:
 - a. pozycji A4.2 kolumny 7 formularza cenowego dla zamówienia gwarantowanego stanowiącego załącznik do oferty wykonawcy, poprzez zmianę zaoferowanego przez SoftwareONE rabatu w wysokości 53,24% na 54,29% podczas gdy Zamawiający nie posiada dostatecznej wiedzy umożliwiającej samodzielną poprawę omyłki, a dokonana zmiana stanowi o prowadzeniu przez Zamawiającego niedopuszczalnej negocjacji treści oferty;
 - b. pkt 4 lit. e formularza ofertowego, poprzez zmianę zaoferowanego przez SoftwareONE rabatu na zamówienia cennikowe z 30,6% na 34,67%, podczas gdy SoftwareONE zaoferował prawidłową (zgodną z SWZ) wartość rabatu na

zamówienia cennikowe, przez co nie można mówić o wystąpieniu w ofercie wykonawcy omyłki;

- c. pozycji A.5 formularza cenowego dla zamówienia opcjonalnego stanowiącego załącznik do oferty wykonawcy, poprzez zmianę zaoferowanego przez SoftwareONE rabatu w wysokości 54,29% na 55,75%, podczas gdy Zamawiający nie posiada dostatecznej wiedzy umożliwiającej samodzielną poprawę omyłki, a dokonana zmiana stanowi o prowadzeniu przez Zamawiającego niedopuszczalnej negocjacji treści oferty;
 - d. pozycji A.12 formularza cenowego dla zamówienia opcjonalnego stanowiącego załącznik do oferty wykonawcy, poprzez zmianę zaoferowanego przez SoftwareONE rabatu w wysokości 36,99% na 52,79%, podczas gdy Zamawiający nie posiada dostatecznej wiedzy umożliwiającej samodzielną poprawę omyłki, a dokonana zmiana stanowi o prowadzeniu przez Zamawiającego niedopuszczalnej negocjacji treści oferty;
- 2) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 411 ust. 6 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez faktyczną zmianę treści SWZ w zakresie wysokości rabatu na zamówienia cennikowe po upływie terminu składania ofert na skutek przyjęcia, że rabat na zamówienia cennikowe ma wynosić tyle, ile najniższy rabat zawarty w ofercie wykonawcy, podczas gdy z dokumentów zamówienia wynika, że rabat na zamówienia cennikowe ma być zgodny z Promo SKU firmy Microsoft (dalej: „MS”) (tj. ma wynosić dokładnie 30,6%), czego Zamawiający nie był uprawniony zmienić po upływie terminu składania ofert;
 - 3) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.) (dalej również: „UZNK”) w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SoftwareONE, w sytuacji w której wyjaśnienia ceny rażąco niskiej nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a nadto istotne części składowe oferty (poszczególne produkty objęte ofertą) będą dostarczane Zamawiającemu poniżej ceny ich zakupu, co stanowi o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji przez SoftwareONE;
 - 4) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SoftwareONE, w sytuacji, w której ceny jednostkowe poszczególnych produktów oferowanych przez tego wykonawcę w ramach zamówienia gwarantowanego są niższe od ceny ich nabycia od producenta oprogramowania, co oznacza, że nie uwzględniają one wszystkich kosztów i

składników związanych z realizacją zamówienia, co świadczy o niezgodności oferty z rozdz. 4 pkt 3 załącznika nr 5 do SWZ;

W zakresie oceny oferty złożonej przez Crayon

- 5) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Crayon z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz poprawienie w ofercie Crayon innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w zakresie pkt 4 lit. e formularza ofertowego na skutek uzupełnienia formularza ofertowego wykonawcy o wartość rabatu na zamówienia cennikowe w wysokości 32,60%, podczas gdy procedura poprawienia omyłki innej niż rachunkowa lub pisarska nie może prowadzić do wypełnienia oferty wykonawcy oświadczeniem woli;
- 6) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 411 ust. 6 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez faktyczną zmianę treści SWZ w zakresie wysokości rabatu na zamówienia cennikowe po upływie terminu składania ofert na skutek przyjęcia, że rabat na zamówienia cennikowe ma wynosić tyle, ile najniższy rabat zawarty w ofercie wykonawcy, podczas gdy z dokumentów zamówienia wynika, że rabat na zamówienia cennikowe ma być zgodny z Promo SKU firmy MS (tj. ma wynosić dokładnie 30,6%), czego Zamawiający nie był uprawniony zmienić po upływie terminu składania ofert;
- 7) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Crayon, w sytuacji w której wyjaśnienia ceny rażąco niskiej nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a nadto istotne części składowe oferty (poszczególne produkty objęte ofertą) będą dostarczane Zamawiającemu poniżej ceny ich zakupu, co stanowi o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji;
- 8) Zarzut nr 8 art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Crayon, w sytuacji, w której ceny jednostkowe poszczególnych produktów oferowanych przez tego wykonawcę w ramach zamówienia opcjonalnego są niższe od ceny ich nabycia od producenta oprogramowania, co oznacza, że nie uwzględniają one wszystkich kosztów i składników związanych z realizacją zamówienia, co świadczy o niezgodności oferty z rozdz. 4 pkt 3 załącznika nr 5 do SWZ;

W zakresie oceny oferty złożonej przez APN Promise S.A. w Warszawie (dalej również: „APN”):

- 9) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2

pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty APN z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz poprawienie w ofercie APN innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w zakresie pkt 4 lit. e formularza ofertowego, poprzez zmianę zaoferowanego przez APN rabatu na zamówienia cennikowe z 27,60% na 30,68%, podczas gdy prawidłowa wartość upustu, który mieli zaoferować wykonawcy to 30,6%;

10) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 411 ust. 6 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez faktyczną zmianę treści SWZ w zakresie wysokości rabatu na zamówienia cennikowe po upływie terminu składania ofert na skutek przyjęcia, że rabat na zamówienia cennikowe ma wynosić tyle, ile najniższy rabat zawarty w ofercie wykonawcy, podczas gdy z postanowień SWZ wynika, że rabat na zamówienia cennikowe ma być zgodny z Promo SKU firmy MS (tj. ma wynosić dokładnie 30,6%), czego Zamawiający nie był uprawniony zmienić po upływie terminu składania ofert;

W zakresie oceny oferty złożonej przez Odwołującego:

11) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 16 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na zaoferowaniu w formularzu cenowym w pozycji A.13 dotyczącej produktu Defender Cloud Apps Sub Per User upustu prowadzącego do przekroczenia maksymalnej ceny MRP i niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający znał maksymalną cenę MRP ustaloną przez MS na rzecz Zamawiającego, dzięki czemu Zamawiający mógł samodzielnie ustalić wartość prawidłowego rabatu dla przedmiotowej pozycji cenowej i dzięki temu poprawić ofertę Odwołującego;

Zarzut ewentualny w odniesieniu do zarzutów 1-11 dotyczący Postępowania:

12) art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania z uwagi na wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy postanowienia dokumentów zamówienia mające wpływ na sporządzenie oferty są niejednoznaczne oraz wzajemnie sprzeczne co powoduje, że zarówno uczestnicy Postępowania jak i sam Zamawiający interpretowali je w odmienny sposób, co w konsekwencji oznacza, że oferty złożone w Postępowaniu nie są porównywalne.

Odwołujący w podnosząc ww. zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert; odrzucenia ofert złożonych przez SoftwareONE, Crayon oraz APN;

wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; ewentualnie - unieważnienie Postępowania.

Dla poparcia twierdzeń Odwołujący przywołał dokumentację postępowania, w tym w szczególności udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia do SWZ z dnia 21 września 2022 r. pytanie i odpowiedź nr 10, SWZ, oferty wykonawców złożone w ramach Postępowania, zapytania i wyjaśnienia wykonawców dotyczące rażąco niskiej ceny, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami dotycząca innej pomyłki oraz email z dnia 20 września 2022 r. skierowany przez firmę MS do Wykonawcy.

Odwołujący wskazywał między innymi, że w przypadku omyłki polegającej na zaoferowaniu różnych upustów dla tożsamyh produktów zaoferowanych w ramach zamówienia podstawowego i opcjonalnego Zamawiający podjął z wykonawcą negocjacje (Zamawiający wprost zapytał o wartość prawidłowego upustu) i doprowadził do zmiany oferty; Zamawiający nie miał podstaw do samodzielnego ustalenia prawidłowej treści oferty wykonawcy, bo nie miał informacji pozwalających na rozstrzygnięcie, który z dwóch rabatów powinien mieć zastosowanie. Dalej, że w przypadku rabatu na zamówienia cennikowe w ogóle nie mamy do czynienia z omyłką, bo rabat został ustalony w kwocie 30,6 %, a zmiana wprowadzona do ofert w tym zakresie przez Zamawiającego prowadzi do niezgodności ofert z treścią SWZ a nadto do nieuprawnionej zmiany treści tegoż dokumentu po upływie terminu składania ofert. Wykonawca twierdził również, że wykonawcy w niektórych pozycjach zaoferowali Zamawiającemu na tyle duży upust, że sprawi, że będą sprzedawać produkty po cenach jednostkowych niższych niż ceny, po których nabywają te produkty od firmy MS, co powodować będzie powstanie w tym zakresie straty, że udzielone przez wykonawców wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny były ogólnikowe i pobieżne oraz nie odnosiły się do kwestii oferowania poszczególnych produktów w cenach poniżej kosztów ich nabycia a także, że każda z pozycji formularza cenowego ma istotny charakter (jest ceną jednostkową), a cena globalna oferty ma znaczenie wyłącznie pomocnicze, o czym stanowi dokumentacja przetargowa (a. rozdz. XIII (sposób obliczenia ceny) pkt 5 SWZ: „Cena oferty określona w Formularzu ofertowym nie stanowi wynagrodzenia, lecz służy jedynie do porównania złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej”; b. pkt 4 lit. d formularza ofertowego: „zaproponowane ceny poszczególnych produktów wymienionych w Tabelach 1 i 2 nie przekraczają wartości maksymalnych cen odsprzedaży przyznanych Resortowi Obrony Narodowej w Promo SKU przez MS” c. pkt 4 lit. f formularza ofertowego: „ceny jednostkowe brutto z uwzględnieniem upustu oferowane przez Wykonawcę nie ulegną podwyższeniu i będą obowiązywały w całym okresie trwania umowy niezależnie od ilości zamawianych produktów w ramach zamówień opcjonalnych do maksymalnej, przewidzianej na zamówienie opcjonalne wartości”; d. pkt 6 zał. nr 5 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia): „Ceny

jednostkowe subskrypcyjnych Produktów opcjonalnych w EUR muszą być tożsame z cenami jednostkowymi odpowiednich Produktów gwarantowanych zawartymi w ofercie Wykonawcy"; rozdz. 4 pkt 1 zał. nr 5 do SWZ: „Do określenia cen końcowych dla wszystkich Produktów pozyskiwanych w ramach niniejszego postępowania, o ile będą to Produkty firmy MS, w całym okresie obowiązywania umowy Zamawiający i Wykonawca posługiwać będą się oficjalnym cennikiem produktów firmy MS z lipca 2022 r. wyrażonym w walucie EUR [...]"; rozdz. 4 pkt 3 zał. nr 5 do SWZ brzmi: „Zamawiający wymaga, aby cena każdego Produktu wyznaczona na bazie ceny ERP i zaproponowanego upustu zawierała całkowitą jej kalkulację, tj. wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia" (takie samo sformułowanie zostało zawarte we wzorze umowy w § 3 ust. 8)) i że konsekwencje tego stanu rzeczy z punktu widzenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wydają się oczywiste: zaoferowanie produktów, których poszczególne ceny są zaniżone, prowadzi do nieuprawnionego uprzywilejowania jednych wykonawców kosztem innych poprzez umożliwienie zaoferowania niskich cen i, że działania wykonawców stanowią przejaw inżynierii cenowej stanowiącej o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK jak również naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, zgodnie z którą sprzedaż towarów lub usług za cenę dumpingową (rażąco niską), czyli poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo odprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców - stanowi przejaw utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (w tym wypadku - uzyskania zamówienia). Wykonawca podniósł również, że oferty są niezgodne z SWZ wobec faktu oferowania produktów poniżej ceny zakupu wbrew rozdz. 4 pkt 3 załącznika nr 5 do SWZ, który wymaga, aby „cena każdego Produktu wyznaczona na bazie ceny ERP i zaproponowanego upustu zawierała całkowitą jej kalkulację, tj. wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia".

W odniesieniu do zarzutu odnoszącego się do oceny oferty Odwołującego, Wykonawca wskazał, że fakt zaoferowania w kolumnie nr 8 pozycji A.13 formularza cenowego ceny wyższej niż wynikającej z kwoty maksymalnej odsprzedaży (MRP) wskazanej w Promo SKU firmy MS pozwalał, na dokonanie poprawy formularza ofertowego Odwołującego wobec tego, że zgodnie z SWZ konieczne było zapewnienie rabatu zgodnego z Promo SKU MS (30,6%), rabat na zamówienia musiał być najniższym rabatem na produkty desktop i usługi online, Odwołujący zaoferował w pozycji A.13 formularza cenowego rabat w wysokości 30,6%, co spowodowało, że cena zaoferowanego produktu wyniosła 1,85 euro miesięcznie za jeden produkt (więcej niż najniższa dopuszczalna zgodnie z warunkami postępowania), a więc należało zmniejszyć cenę oferowaną do najwyższej zgodnej z powyższymi zasadami tj. MRP i dodatkowo podkreślał, że cena zaoferowana przez Odwołującego nieznacznie przekroczyła cenę MRP wyrażoną w Promo SKU firmy MS, która

dla tej pozycji wyniosła 1,75 euro i w razie korekty zrównałaby się z maksymalną ceną MRP wynikającą z Promo SKU firmy MS wobec oczywistości intencji wykonawców zaoferowanie produktu z najwyższą dopuszczalną marżą lub ewentualnie Zamawiający mógł dopytać o treść oferty w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu nieunieważnienia Postępowania Odwołujący wskazał, że warunki postępowania – dokumentacja postępowania - nie pozwalały na złożenie poprawnie ofert, a rozbieżności pomiędzy wykonawcami brały się z różnych interpretacji postanowień SWZ, przede wszystkim w zakresie rabatu, jaki miał zostać udzielony na zamówienia cennikowe, co uczyniło oferty nieporównywalnymi.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów, wskazując między innymi na niewykazanie żadnej z przesłanek warunkujących ewentualne uwzględnienie odwołania.

W dniu 29 listopada 2022 r. do postępowania przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Crayon. Izba z urzędu stwierdziła niedopuszczalność zgłoszenia przystąpienia do postępowania po stronie Odwołującego a także wynikający z zakresu zarzutów odwołania brak interesu zgłaszającego przystąpienie w zgłoszeniu przystąpienia po stronie Odwołującego w rozumieniu art. 525 Pzp. Izba stwierdza, że interes przystępującego nie jest nieograniczony - mieści się w ramach wyznaczonych przez treść odwołania, przedmiot danego postępowania i sytuację, w jakiej znajduje się przystępujący w danym postępowaniu. Wykonawca przystępując do postępowania staje się jego uczestnikiem i jego czynności, z mocy prawa (art. 525 ust. 4 Pzp) nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Jednocześnie uprawnienia tegoż podmiotu, również odnoszące się do funkcji, jakiej służy odwołanie, nie mogą być szersze ani sprzeczne z uprawnieniami i celem odwołania dookreślonego interesem Odwołującego tj. uzyskaniem przez tegoż danego zamówienia. Ustawodawca nie przewidział możliwości częściowego przystąpienia do strony postępowania i dla skuteczności tej czynności wymaga istnienia interesu przystępującego w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Pomimo szerokiej wykładni pojęcia interesu przystępującego, Izba nie mogła pominąć faktu, że odwołanie skierowane było również przeciwko ofercie Crayon i zmierzało do usunięcia tej oferty z postępowania. Zgłaszający przystąpienie nie mógł przystąpić do postępowania jedynie w części zarzutów odwołania, a co za tym idzie musiałby – choćby w milczący sposób - popierać również zarzuty skierowane przeciwko własnej ofercie. Tym samym wobec braku możliwości przystąpienia Crayon do odwołania w części oraz oczywisty brak interesu, co do przystąpienia Izba uznała je za niedopuszczalne.

W dniu 1 grudnia 2022 r. do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca SoftwareONE Polska sp. z o.o. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) (dalej również „Przystępujący” lub „SoftwareOne”). Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony i Uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny pomiędzy stronami. Uzasadnienie zarzutów dotyczących ofert wykonawców było analogiczne. Stąd Izba odnosi się do nich łącznie.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu oferty złożyły cztery podmioty. Na pierwszym miejscu sklasyfikowana jest oferta SoftwareONE w dalszej kolejności firmy Crayon, APN oraz oferta Odwołującego, która została odrzucona z uwagi na niepoprawialny błąd. Zamawiający dokonał pierwszego wyboru ofert w dniu 26 września 2022 r. - odrzucił ofertę Wykonawcy a następnie dokonał wyboru oferty Przystępującego. W dniu 29 września 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. W dniu 7 października 2022 r. Zamawiający ponownie odrzucił ofertę Odwołującego a następnie dokonał wyboru oferty SoftwareONE. Na wskazane czynności odwołanie złożył Odwołujący. Wskutek odwołania, Zamawiający unieważnił drugą czynność wyboru oferty, dokonał czynności weryfikacyjnych w odniesieniu do ofert (wezwał wykonawców do wyjaśnień, uzyskał je i skorygował inne omyłki). W dniu 16 listopada 2022 r. Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i po raz kolejny odrzucił ofertę Odwołującego i następnie wybrał ofertę SoftwareONE. Oferty, wobec analogicznych ocen innych kryteriów, konkurowały ze sobą wyłącznie ceną, a różnice były niewielkie:

1. SoftwareONE oferta na kwotę 64.758.661,77
2. Crayon oferta na kwotę 64.867.597,21

3. OCHK oferta na kwotę 64.868.281,92
4. APN Oferta na kwotę 67.039.858,09

Przedmiot zamówienia obejmuje dostarczanie Zamawiającemu przez wykonawców produktów MS (dalej również „MS”) w ramach umowy Enterprise zawartej przez MS z Zamawiającym, która reguluje zasady współpracy pomiędzy jej stronami. Na mocy umowy Enterprise MS oferuje produkty Zamawiającemu na szczególnych warunkach, np. określa rabaty lub maksymalną cenę określonych produktów (maximum retail price - MRP). W ramach zamówienia oferowane mają być produkty gwarantowane (zamówienie podstawowe) na odrębnym formularzu cenowym- Tabela 1) oraz produkty opcjonalne (zamówienie opcjonalne) na odrębnym formularzu cenowym – Tabela 2) obejmującym dwa rodzaje zamówień tzw. Zamówienia skorygowane True-up oraz odrębnie tzw. zamówienia cennikowe na produkty z cennika MS, które nie zostały objęte Tabelą 1 ani Tabelą 2 ani formularzem cenowym wykonawców. Zamawiający przewiduje zamówienia opcjonalne w wysokości do 70% wartości zamówienia gwarantowanego.

Zgodnie z deklaracją zawartą w Formularzu Ofertowym „1. W ramach zamówienia udzielamy upustów od ceny jednostkowej netto Producenta oprogramowania dla zamówienia gwarantowanego i zamówień opcjonalnych, ustalonych dla każdego produktu (oddzielnie) w trzech grupach produktów w wysokości wskazanej w Załączniku nr 2 do SWZ.” Zgodnie z § 2 ust. 7 pkt. 3 Projektowanych Postanowień Umowy: „7. Zamawiający wymaga spełnienia warunków dla zamówień opcjonalnych: 1) dla zamówień typu „Licencja + Software Assurance” lub „Software Assurance” z zamówienia gwarantowanego (Załącznik nr 2 do umowy) na określony produkt przyznany upust ma uprawniać do zakupu w trakcie trwania Rejestracji EA dodatkowych „Licencji + Software Assurance” na ten produkt z tym samym upustem; 2) dla zamówień subskrypcyjnych poszczególnych produktów z zamówienia gwarantowanego (Załącznik nr 2 do umowy) przyznany upust ma uprawniać do zakupu w trakcie trwania Rejestracji EA dodatkowych ilości licencji subskrypcyjnych na ten produkt z tym samym upustem;”. Zgodnie z pkt. 4 formularza ofertowego: „d) zaproponowane ceny poszczególnych produktów wymienionych w Tabelach 1 i 2 nie przekraczają wartości maksymalnych cen odsprzedaży przyznanych Resortowi Obrony Narodowej w Promo SKU przez MS) w przypadku udzielenia zamówień opcjonalnych, w ramach umowy MS Enterprise Agreement (lub równoważnych) dla wszelakich Produktów dostępnych na skutek zawarcia umowy licencyjnej z Dostawcą, a nie wycenionych w ofercie (zamówienia cennikowe), przyznajemy Zamawiającemu rabat w wysokości% na oprogramowanie standardowe z

prawami do aktualizacji oraz na subskrypcje; f) ceny jednostkowe brutto z uwzględnieniem upustu oferowane przez Wykonawcę nie ulegną podwyższeniu i będą obowiązywały w całym okresie trwania umowy niezależnie od ilości zamawianych produktów w ramach zamówień opcjonalnych do maksymalnej, przewidzianej na zamówienie opcjonalne wartości”

Zgodnie z Rozdziałem XIII pkt. 1 SWZ - Sposób obliczania ceny: „1. Wykonawca oblicza cenę zamówienia gwarantowanego oraz opcjonalnego zgodnie z wytycznymi zawartymi w formularzu cenowym.” Jednocześnie dla zamówień opcjonalnych wymogiem było przeniesienie takich samych rabatów z Formularza Cenowego dla zamówień gwarantowanych do Formularza Cenowego dla zamówień opcjonalnych: • Dla pakietów subskrypcyjnych (Grupa A) Załącznik nr 3 - Formularz cenowy (zamówienie opcjonalne) ZAMÓWIENIE OPCJONALNE „Upust w [%] względem ceny ERP z lipca 2022 r, taki sam jak dla każdego produktu (oddzielnie) subskrypcyjnego opisanego w Tabeli 1 w Sekcji A (zamówienie gwarantowane) ZAMÓWIENIE OPCJONALNE I ROKU „Upust w [%] względem ceny ERP z lipca 2022 r. taki sam dla każdego produktu typu SA lub L+SA opisanego w Tabeli 2 w Sekcji B (zamówienie gwarantowane)

Zgodnie z SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia punkt 4.1 - Załącznik nr 5 do SWZ) „4.1 Do określenia cen końcowych dla wszystkich Produktów pozyskiwanych w ramach niniejszego postępowania, o ile będą to Produkty firmy MS, w całym okresie obowiązywania umowy Zamawiający i Wykonawca posługiwać będą się oficjalnym cennikiem produktów firmy MS z lipca 2022 r. wyrażonym w walucie EUR. Jednocześnie Zamawiający dopuszcza wyjątki od tej sytuacji, kiedy MS nie udzieli rabatów na niektóre produkty, usługi lub usługi online, takie jak MS Azure i MS Consulting Services oraz pozycje o cenach specjalnych zawartych w Promo SKU. Na nowe produkty, które nie będą zamawiane w zamówieniu początkowym (przy podpisaniu Rejestracji EA) Dostawca przyzna Zamawiającemu rabat, który jest najniższym rabatem stosowanym do Produktów Desktop i Usług Online przyznanym na zamówienie początkowe.”

Zgodnie z wyjaśnieniami do SWZ pytanie 9, 10 i 11, 29:

Wniosek nr 9 z dnia 19.09.2022 r.: Dotyczy: Załącznika nr 6 do SWZ (PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY) §3, ust. 6 oraz §2, ust. 7, pkt 3) Zamawiający wymaga: §3, ust. 6 „Do określenia cen końcowych dla wszystkich Produktów pozyskiwanych w ramach niniejszej umowy, o ile będą to Produkty firmy MS, w całym okresie obowiązywania umowy Zamawiający i Wykonawca posługiwać się będą oficjalnym cennikiem produktów firmy MS z lipca 2022 r. wyrażonym w walucie EUR. Jednocześnie Zamawiający dopuszcza wyjątki od tej sytuacji, kiedy MS nie udzieli rabatów na niektóre produkty, usługi lub usługi online, takie jak MS Azure i MS Consulting Services oraz pozycje o cenie specjalnej, takie jak Promo SKU.” W związku z tym proszę o odpowiedź:

1) Prosimy o potwierdzenie, że powyższy punkt PROJEKTOWANYCH POSTANOWIENÍ UMOWY dotyczy tylko produktów firmy MS wymienionych w zamówieniu gwarantowanym i zamówieniu opcjonalnym w Tabeli 1 (Załącznik nr 5 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 1.1) i w Tabeli 2 (Załącznik nr 5 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 1.2) oraz Formularzu cenowym (Tabele 1-8).

2) Prosimy o potwierdzenie, iż zgodnie §2, ust. 7, pkt 3) zamówienia cennikowe realizowane będą przy zastosowaniu cennika Umowy Enterprise (obowiązującego w miesiącu składania zamówienia - cennik ERP) wyrażonego w EUR z uwzględnieniem upustu względem cen ERP, zgodnie z Formularzem ofertowym).

Zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia Zamawiający potwierdza, że przedmiotowy punkt dotyczy produktów MS. Zamawiający potwierdza, że zgodnie z §2, ust. 7, pkt 3) zamówienia cennikowe realizowane będą przy zastosowaniu cennika Umowy Enterprise (obowiązującego w miesiącu składania zamówienia - cennik ERP) wyrażonego w EUR z uwzględnieniem upustu względem cen ERP, zgodnie z Formularzem ofertowym.

Wniosek nr 10 z dnia 19.09.2022 r.: Dotyczy: Załącznik nr 5 do SWZ, OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, Pkt 4, ppkt 1, zdanie trzecie Prosimy o odpowiedź:

1) Czy przez „Nowe produkty” Zamawiający rozumie produkty dostępne w ramach bieżącego cennika MS Enterprise Agreement do których Zamawiający nabywa prawo po zawarciu rejestracji EA i zamawianych w ramach zamówień cennikowych?

2) Prosimy o potwierdzenie, iż przez Dostawcę Zamawiający rozumie producenta oferowanych produktów, który nie jest stroną umowy podpisanej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia: Zamawiający oczekuje prawa do zamówienia cennikowego dowolnego produktu nie objętego umową nie wymienionego w tabeli 1 i 2 Załącznika nr 5 do SWZ, OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, a dostępnego w ramach bieżącego cennika MS. Przez Dostawcę Zamawiający rozumie Wykonawcę i jego upusty przyznane na poszczególne produkty. Zamawiający nie zna upustów producenta oprogramowania, zna tylko upusty Wykonawcy.

Wniosek nr 11 z dnia 19.09.2022 r.: Dotyczy: Załącznika nr 6 do SWZ (PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY) §2, ust. 7, ppkt 3) oraz Załącznika nr 1 do SWZ Formularz ofertowy, pkt 4, ppkt e)

1) Prosimy o potwierdzenie, iż Wykonawca ma przyznać jeden rabat dla zamówień cennikowych na oprogramowanie standardowe z prawami do aktualizacji oraz na subskrypcje.

Zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia: Zamawiający potwierdza, że Wykonawca ma przyznać jeden rabat zgodnie z Promo SKU firmy MS.

Wniosek nr 29 z dnia 19.09.2022 r.: Dotyczy załącznika nr 6 do SWZ - projektowane postanowienia umowy.

1) zgodnie z §2 ust. 7 pkt 1 załącznika nr 6 do SWZ (projektowane postanowienia umowy): „dla zamówień typu „Licencja + Software Assurance” lub „Software Assurance” z zamówienia gwarantowanego (Załącznik nr 2 do umowy) na określony produkt przyznany upust ma uprawniać do zakupu w trakcie trwania Rejestracji EA dodatkowych „Licencji + Software Assurance” na ten produkt z tym samym upustem”. Zgodnie z §2 ust. 7 pkt 2 załącznika nr 6 do SWZ, „dla zamówień subskrypcyjnych poszczególnych produktów z zamówienia gwarantowanego (Załącznik nr 2 do umowy) przyznany upust ma uprawniać do zakupu w trakcie trwania Rejestracji EA dodatkowych ilości licencji subskrypcyjnych na ten produkt z tym samym upustem”.

Pytanie: Czy przytoczone powyżej fragmenty wzoru umowy należy interpretować w ten sposób, że obowiązkiem Wykonawcy jest zapewnienie tego samego upustu (wyrażonego procentowo) zarówno dla zamówienia gwarantowanego, jak i zamówienia opcjonalnego? W przypadku udzielenia odpowiedzi negatywnej, Wykonawca prosi o objaśnienie przytoczonego fragmentu umowy.

Zamawiający informuje, iż udzielił wyjaśnienia: Intencją Zamawiającego jest zobligowanie Wykonawcy do utrzymania tego samego upustu (wyrażonego procentowo) zarówno dla zamówienia gwarantowanego, jak i zamówienia opcjonalnego (dla każdego produktu oddzielnie).

Izba ustaliła, że Promo SKU jest to dokumentem, który w 11 punktach i 4 załącznikach określa warunki specjalne jakie MS przyznał dla Zamawiającego. Warunki te są wykazem odstępstw od standardowej umowy Enterprise (EA), na które zgodziła się firma MS dla CZC. W punkcie 7 Promo SKU MS przyznał warunki specjalne w zakresie zakupu zamówień początkowych oraz nowych produktów pozyskiwanych po zawarciu umowy EA. W zakresie nowych produktów pozyskiwanych po podpisaniu umowy EA MS wskazał dodatkowe warunki i zasady ich pozyskania. Zasady stanowią iż: 1. „....Na nowe produkty, które nie będą zamawiane w zamówieniu początkowym (przy podpisaniu Rejestracji EA) MS przyzna Odsprzedawcy spójne warunki rabatu, które są najniższym rabatem stosowanym do Produktów Desktop i Usług Online przyznanym na zamówienie początkowe (w wybranym wariantcie). 2. Nowe produkty zamawiane po podpisaniu Rejestracji EA będą realizowane przy zastosowaniu cennika Umowy Enterprise obowiązującego w miesiącu składania zamówienia wyrażonego w EURO z uwzględnieniem zapisów wyrażonych w załączonym aneksie pt. „ Aneks CTM, Rabat na Przyszłe Zamówienia”. 3. MS może podjąć decyzję o nieoferowaniu lub niestosowaniu rabatów na określone Produkty, takie jak MS Azure i MS Consulting Services, oraz na produkty (numery

katalogowe), których cena została ustalona jako cena promocyjna. 4. Warunki te będą obowiązywały do czasu wygaśnięcia Rejestracji EA; zasady ich przyznania zostały określone w załączonym aneksie pt., „Aneks CTM, Rabat na Przyszłe Zamówienia”.

Aneks CTM do Promo SKU potwierdza zapisy zawarte w punkcie 7 i będzie Aneksem do Umowy EA podpisywanej przez CZC oraz MS a także dołączony zostanie do umowy podpisywanej pomiędzy CZC a Wykonawcą. Zgodnie z aneksem „Wyłącznie w odniesieniu do niniejszej Rejestracji i Zarejestrowanego Podmiotu Stowarzyszonego, a także z zastrzeżeniem wewnętrznych zasad MS dotyczących udzielania rabatów w odniesieniu do wszelkich nowych przyszłych zamówień, które nie zostały wyszczególnione w Arkuszu Cen Odsprzedawcy (Channel Price Sheet), MS zgadza się przyznać Odsprzedawcy Zarejestrowanego Podmiotu Stowarzyszonego ujednoczone warunki rabatowe, które są najniższymi rabatami mające zastosowanie do Produktów MS Desktop i Usług Online. Zarejestrowany Podmiot Stowarzyszony przyjmuje do wiadomości, że MS może podjąć decyzję o nieoferowaniu lub niestosowaniu rabatów dla Odsprzedawcy na niektóre Produkty, Usługi lub Usługi Online, takie jak MS Azure i MS Consulting Services oraz pozycje o cenie specjalnej, takie jak Promo SKU.” Zgodnie z Promo SKU wraz aneksem rabat przyznawany jest przez MS dla Odsprzedawcy, stąd w dokumencie Promo SKU dla CZC nie jest wskazana żadna wysokość upustu a jedynie zasady według których Odsprzedawca udzieli rabatu dla Zamawiającego.

Zgodnie z zasadą nr 1 Promo SKU Zamawiający wprowadził w punkcie 4.1 zdanie 3 OPZ (Załącznik Nr 6 do SWZ) wymóg aby: „Na nowe produkty, które nie będą zamawiane w zamówieniu początkowym (przy podpisaniu Rejestracji EA) Dostawca przyzna Zamawiającemu rabat, który jest najniższym rabatem stosowanym do Produktów Desktop i Usług Online przyznany na zamówienie początkowe”.

Formularz Przeniesienia Zniżki ustalony przez MS dla Partnerów Zamawiającego jednoznacznie określa politykę w zakresie stosowanych przez wykonawców (Partnerów) dla Zamawiającego (Klienta) zniżek i zgodnie z nią „Partner Klienta uzyskał od MS dodatkową zniżkę od Ceny Netto dla Partnera, przy czym MS wymaga, aby Partner przeniósł tę dodatkową zniżkę na Klienta w drodze obniżenia Klientowi ceny odsprzedaży Produktu MS o kwotę nie mniejsza niż kwota zniżki. W tabeli opracowanej przez MS określono cenę maksymalną, jaką partner może podyktować za Produkty MS zamawiane na mocy tej rejestracji. Maksymalna Cena Odsprzedaży jest obliczana w drodze odjęcia kwoty dodatkowej zniżki zaoferowanej Partnerowi od łącznej sugerowanej ceny odsprzedaży Produktów MS. Wymóg przeniesienia dodatkowej zniżki nie oznacza, że MS ustala cenę rzeczywistą dla Klienta. Partnerzy mogą swobodnie ustalać cenę dyktowaną za Produkty MS na dowolnym poziomie nie wyższym niż Maksymalna Cena Odsprzedaży. Rzeczywista cena

dla Klienta zostanie uzgodniona przez Klienta i Partnera Klienta.” MS potwierdził zasadę, że „...każdy z partnerów posiada pełną swobodę w kształtowaniu polityki cenowej wobec swoich klientów. Finalny poziom upustu dla Klienta to wypadkowa upustu przyznanego przez MS oraz zastosowanej polityki cenowej przez partnera LSP.” Każdy z wykonawców ma obowiązek znać te zasady i stosować je w kontaktach z Zamawiającym. Zamawiający skonstruował w SWZ wymóg przyznania jednego upustu na zamówienia cennikowe zgodnego z upustami przydzielonymi Zamawiającemu przez Oferenta zawarte w Załączniku nr 2 do SWZ - Formularz Cenowy (zamówienia gwarantowane) oraz spełniające wymogi Promo SKU dla CZC.

Warunki Promo SKU wraz aneksem są znane wykonawcom.

Zamawiający nie znał rabatów udzielonych przez MS wykonawcom.

Wszystkie oferty zawierały niektóre pozycje w formularzach cenowych niższe od cen określonych cennikiem MS. Oferty innych wykonawców gwarantowały zysk. Zamawiający przeprowadził analizę rażąco niskiej ceny w oparciu o oferty SoftwareONE, APN oraz Crayon, bez uwzględnienia oferty odrzuconej Odwołującego. Różnica pomiędzy zakwestionowanymi odwołaniem w zakresie zarzutów związanych z rażąco niską ceną produktami w stosunku do średniej z rozpatrywanych ofert waha się od 1,36 do 3,90 procenta dla poszczególnych produktów, natomiast różnica kwotowa ofert kwestionowanych w stosunku do średniej z rozpatrywanych ofert wynosi kilkaset tysięcy.

W Postępowaniu nie zaistniały obligatoryjne przesłanki zakwalifikowania oferowanych cen jako rażąco niskich.

Zgodnie z art. 223 Ustawy w zw. z art. 395 Ustawy w zw. z art. 16: 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. 2. Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Zgodnie z art. 137 ust. 1 Ustawy w zw. z 395 i 411 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy: W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Zgodnie z 226 ust. 1 pkt.5) 7), 8) w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 3 ust. 1 art. 15 ust. 1 pkt. 1 UZNK w zw. z art. 16 Ustawy, w zw. z art. 395 Ustawy: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK; zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (...) Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty; oraz, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta i czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 395 Ustawy: zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Przy czym w każdym przypadku postępowanie prowadzone winno być w sposób zapewniający poszanowanie zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W zakresie zarzutu dotyczącego poprawienia innej omyłki w ofercie Przystępującego w zakresie ceny ofertowej zamówienia gwarantowanego Izba stwierdza, że w formularzu cenowym na zamówienia gwarantowane w ofercie SoftwareONE dla pozycji A4.1 (produkt o numerze katalogowym QLS-00007) w kolumnie 7 została wpisana wartość 54,29%, a w pozycji A.4.2 w kolumnie 7 wartość 53,24% dla tego samego produktu (QLS-00007). Dodatkowo w formularzu cenowym na produkty opcjonalne w tabeli 4 pozycja A.4 dla tego samego produktu w kolumnie 6 została wpisana wartość 54,29%. Jednocześnie zgodnie z Formularzem Ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) w punkcie 1 SoftwareONE wpisał, że „1. W ramach zamówienia udzielamy upustów od ceny jednostkowej netto Producenta oprogramowania dla zamówienia gwarantowanego i zamówień opcjonalnych, ustalonych dla każdego produktu (oddzielnie) w trzech grupach produktów w wysokości wskazanej w Załączniku nr 2 do SWZ.”. Zgodnie z zapisami SWZ (Załącznik Nr 6 - Projektowane

Postanowienia Umowy §2 ust. 7 pkt 2) „Zamawiający wymaga spełnienia warunków dla zamówień opcjonalnych: 2) dla zamówień subskrypcyjnych poszczególnych produktów z zamówienia gwarantowanego (Załącznik nr 2 do umowy) przyznany upust ma uprawniać do zakupu w trakcie trwania Rejestracji EA dodatkowych ilości licencji subskrypcyjnych na ten produkt z tym samym upustem;” Tym samym skoro wartości upustu w pozycji A.4.1 zamówienia gwarantowanego (kolumna 7) oraz w pozycji A.4 (kolumna 6) zamówienia opcjonalnego są równe to zgodnie z §2 ust. 7 pkt.2 (Załącznik nr 6 do SWZ) pozycja ta spełnia warunki SWZ. Z uwagi na to iż wartość upustu dla pozycji A.4.2 kolumna 7 zamówienia gwarantowanego jest niewłaściwa w stosunku do pozostałych dwóch pozycji to zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP Zamawiający uznał ją za omyłkową niezgodność tj. inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby Zamawiający mógł, na podstawie danych zawartych w ofercie, stwierdzić jaki procent upustu powinien być wpisany w pozycję A.4.2 kolumna 7 formularza cenowego dla zamówień gwarantowanych (Załącznik 2 do SWZ), na podstawie danych zawartych w ofercie oraz pochodzących z treści SWZ.

Analogicznie w zakresie zarzutów dotyczących poprawienia innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia Izba ustaliła, że zgodnie z warunkami postępowania Zamawiający dookreślił zasady przyznawania rabatu dla produktów opcjonalnych w sposób jednoznaczny określając, że ma on odpowiadać wartości najniższego upustu przewidzianego w ofercie dla produktów gwarantowanych. Tym samym omyłki w ofertach wykonawców w tym zakresie uznać należy za poprawialne w rozumieniu art. 223 Ustawy.

Wszystkie zmiany w ofertach Przystępującego, Crayon i APN mogły zostać usunięte przez Zamawiającego wobec wyrażenia woli przez wykonawców, co do wpisania określonych wartości w rubrykach formularza cenowego dla zamówień opcjonalnych poprzez określenie przez nich tych danych w formularzu cenowym dla zamówień gwarantowanych i w świetle zapisów SWZ i dokumentacji postępowania. Tym samym zmiany ofert, poprzez wprowadzenie w formularzu ofertowym wartości upustu w wysokości wynikającej z formularza cenowego zamówień gwarantowanych nie można ocenić jako niedopuszczalnej zmiany treści SWZ, która właśnie wyraźnie wskazywała na takie oczekiwanie Zamawiającego względem składanych ofert.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że Przystępujący pismem z dnia 30 września 2022 r. wskazując nas potrzebę odrzucenia oferty innego wykonawcy („Jednocześnie wnioskujemy o odrzucenie oferty APN na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ Wykonawca przyznał nieprawidłowy rabat na zamówienia cennikowe, który wskazał w formularzu ofertowym w punkcie 4 e) wynoszący

27,60%. Wskazujemy, iż zgodnie z warunkami SWZ oraz odpowiedzią z dnia 21.09.2022 r. na pytanie - Wniosek nr 11 z 19.09.2022 r. Zamawiający wymagał przyznania jednego rabatu zgodnie z Promo SKU firmy MS. [...] Zgodnie z Promo SKU na nowe produkty w ramach zamówień cennikowych rabat przyznany przez producenta MS wynosi 30,60%. Tym samym w ofercie APN nie został wskazany rabat zgodnie z Promo SKU firmy MS, który został potwierdzony przez producenta w warunkach dla tego postępowania przesłanych Wykonawcom w dniu 20.09.2022 r. [...]. Rabat wskazany przez producenta MS został przeniesiony na Zamawiającego przez dwóch Wykonawców składających ofertę, tj. Operatora Chmury Krajowej Sp. z o.o. i SoftwareONE. APN nie zastosował tego rabatu, nie przenosząc tym samym warunków producenta na Zamawiającego, a tym samym nie spełnia wymogów SWZ. Jednocześnie wskazujemy, iż przyznając rabat mniejszy od przyznanego Zamawiającemu przez MS narusza istotne warunki umowy z producentem, co niesie ryzyko braku możliwości realizacji umowy z Zamawiającym przez APN") umotywowował swoje stanowisko w przedmiocie zasadności odrzucenia oferty innego podmiotu, kładąc nacisk na niemożność oferowania rabatów mniejszych od przyznanym Zamawiającemu, które to stanowisko nie może stanowić przesłanki uznania za naruszające Ustawę poprawienie innej omyłki w świetle pozostałych ustaleń. Nawet sam fakt przekonania składającego ofertę, co do jej poprawności nie stanowi przeszkody dla zastosowania przez zamawiającego przewidzianej art. 223 Pzp instytucji poprawiania treści oferty. Przystępujący stwierdził, udzielając wyjaśnień, że zastosowana wartość rabatu wynikała z jego błędu, co potwierdził również na rozprawie.

Odnosząc się do wyżej przywołanych zarzutów 1 i 2 w ocenie Izby dopuszczalności skorygowania innej omyłki nie niweczy także sam fakt zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawców z prośbą o wyjaśnienie w tym zakresie. Izba zwraca tutaj uwagę na fakt celowego pominięcia przez ustawodawcę w treści przepisu zezwalającego na poprawienie przez zamawiającego innej omyłki przesłanki jej oczywistości. Ustawa dopuszcza poprzedzenie poprawienia innej omyłki zwróceniem się do wykonawców z żądaniem wyjaśnień w tym zakresie w sytuacji opisanej powyżej, a więc gdy sposób jej poprawienia wynika z treści dokumentów oferty i warunków postępowania. Nie wykazano również by doszło w zakwestionowanych przypadkach do negocjacji ofert. W ocenie Izby zmiana treści oferty powstała na skutek korekt, choć dotyczy ceny, to nie powoduje istotnej zmiany oferty.

W ocenie Izby w odróżnieniu do czynności poprawienia ofert innych wykonawców, błąd oferty Odwołującego jest nieusuwalny w rozumieniu art. 223 Ustawy. Zastosowany przez Odwołującego rabat i w konsekwencji zaoferowana cena przewyższa maksymalną

dopuszczalną zgodnie z SWZ. Jednocześnie treść oferty nie daje Zamawiającemu nawet wskazówek, co do wartości, na jaką należy ją zmienić.

Izba ustaliła, że Odwołujący w pozycji A.13 formularza cenowego dla zamówienia gwarantowanego zaoferował jednostkową cenę netto produktu 1,85 Euro. Jednocześnie zgodnie z dokumentami postępowania wykonawca musi oferować rabaty zgodnie z Promo SKU a ceny rzeczywiste dla klientów wykonawców mogą być kształtowane przez wykonawcę dowolnie z uwzględnieniem zakazu oferowania cen wyższych od maksymalnych cen odsprzedaży (MRP). Zgodnie z SWZ – pkt. 4 lit. d formularza ofertowego ceny w formularzu cenowym nie mogą przekroczyć ceny MRP. Odwołujący oferował ceny w pozycjach formularza cenowego stosując rabaty od MRP w różnej wysokości. Określona przez MS w Promo SKU i przekazana przez MS wykonawcom biorącym udział w postępowaniu cena MRP dla produktu z pozycji A.13 formularza ofertowego wynosiła 1,75 Euro. Cena zaoferowana przez Wykonawcę w pozycji A.13 jest wyższa od najwyższej dopuszczalnej zgodnie z warunkami zamówienia. Wobec faktu ograniczenia kształtowania ceny ofertowej wartością maksymalną MRP wykonawcy uprawnieni byli do jej ukształtowania na niższym poziomie stosując rabaty. W dokumentach postępowania braku wskazówek, co do zasad kształtowania ceny określonej w pozycji A.13 formularza cenowego pozwalających na jej ustalenie. Wskazówek takich nie sposób również wywieść z oferty Wykonawcy, ani uzasadnienia odwołania nie wskazującego - poza potrzebą zastosowania w tym zakresie przez Zamawiającego domniemania woli Wykonawcy zaoferowania najwyższej dopuszczalnej przez warunki zamówienia ceny tj. ceny dla A.13 równej MRP – innych argumentów. W ocenie Izby za niedopuszczalne w świetle Ustawy, w szczególności normy art. 223 Pzp, uznać należałoby skorygowanie w tym zakresie oferty poprzez przyjęcie przez Zamawiającego założenia oferowania produktu z pozycji A.13 za najwyższą dopuszczalną przez SWZ cenę tj. MRP wobec braku innych wskazówek. Zamawiający słusznie założył, że kształtowanie ceny z punktu A.13 formularza cenowego uzależnione jest od polityki cenowej danego wykonawcy. Ponad to stosowanie przez Wykonawcę różnych rabatów dla różnych pozycji formularza cenowego – skutkujących obniżeniem cen poniżej MRP – powoduje, że założenie, że dla tej pozycji zastosowanie miałyby MRP, byłoby uznaniowe.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oraz uznania wskazania cen jednostkowych niższych od ceny zakupu danego produktu za czyn nieuczciwej konkurencji oraz niezgodności z SWZ Izba wskazuje, że Odwołanie nie skonkretyzowało okoliczności niezbędnych dla wykazania zaistnienia naruszenia.

Jednocześnie treść dokumentów postępowania, przyjęta zasada rozliczeń kontraktu oraz treść udzielonych wyjaśnień przez wykonawców przemawiają przeciwko uznaniu ceny

za rażąco niską a różnica pomiędzy zakwestionowanymi produktami w stosunku do średniej z nieodrzuconych ofert waha się od 1,36 do 3,90 procenta dla poszczególnych produktów co powoduje, że, ze względu na znikomą wartość tej grupy produktów nie można uznać, iż mamy do czynienia z zaniżeniem wartości istotnej części składowej, o której mowa w art. 224 ust. 1 Pzp.

Ponad to treść SWZ wskazująca na obowiązek uwzględnienia przez wykonawców w cenie ofertowej danego produktu wszystkich kosztów związanych z jego dostawą nie może być odczytywana w sposób uniemożliwiający zrelatywizowanie szacowania jednostkowego produktu z szacowaniem całości zamówienia lub danych partii zamówienia a więc również pozostałych pozycji produktowych zakładających większy zysk.

Izba wskazuje też, że przepis art. 226 ust.1 pkt. 6 Pzp dopuszczający możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska, co nie zostało wykazane. Dodatkowo przepis ten odnosi się do rażąco niskiej ceny lub kosztu, podczas gdy kwestia odrzucenia oferty wobec zastosowania części składowej ceny lub kosztu objęta może zostać dyspozycją normy art. 226 ust. 1 pkt. 7) Pzp.

Uznanie, że doszło do zarzucanego odwołaniem czynu nieuczciwej konkurencji ma miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej – czego nie wykazano. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych.

Dodatkowo Izba wskazuje, że praktyka oferowania produktów MS poniżej wartości z cennika MS dla Zamawiającego nie jest sprzeczna z założeniami polityki MS przewidującej możliwość udzielania dalszych rabatów przez odsprzedających Zamawiającemu i jednocześnie sam fakt oferowania ceny niższej niż z cennika MS dla Zamawiającego nie oznacza, że cena ta będzie niższa od ceny dostępnej odsprzedającemu na podstawie wiążących go z MS zasad współpracy, które mogą być korzystniejsze od oferowanych Zamawiającemu.

Zgodnie z SWZ Rozdziału XIII - Sposób Obliczenia Ceny pkt 4 : „Cena zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego musi uwzględniać wszystkie zobowiązania i obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia.” Ponadto w OPZ stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ w punkcie 4.3 zapisano: ”Zamawiający wymaga, aby

cena każdego Produktu wyznaczona na bazie ceny ERP i zaproponowanego upustu zawierała całkowitą jej kalkulację, tj. wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia”. Zaś w Projektowanych Postanowieniach Umowy stanowiących załącznik nr 6 do SWZ w §3 pkt. 8 zapisano, że „Zamawiający wymaga, aby cena każdego Produktu wyznaczona na bazie ceny ERP i zaproponowanego upustu zawierała całkowitą jej kalkulację, tj. wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia”. Wszystkie te zapisy jednoznacznie wskazują, że ceny produktów zaproponowane przez poszczególnych wykonawców mają być tak skalkulowane, aby były ich wartościami całkowitymi, co potwierdzili wykonawcy w ofertach. Ponad to nie sposób uznać, że wartości zakwestionowanych pozycji cenowych produktów stanowią istotną część składową ceny w rozumieniu art. 223 ust. 1 Pzp w relacji do ceny ofertowej globalnej, czy też zagrażają realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu nieunieważnienia Postępowania, Izba stwierdza, że dokonane ustalenia odnośnie treści dokumentów postępowania nie pozwalają na przyjęcie, iż doszło do zachowania po stronie Zamawiającego naruszającego Ustawę, w tym również, że w Postępowaniu złożono nieporównywalne oferty na skutek sprzeczności warunków zamówienia. Odwołujący także w tym zakresie nie sprostął ciężarowi wykazania twierdzeń a Izba przychyliła się do oceny prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego, że zarzucane innym wykonawcom błędy leżały po ich stronie.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący

Członek:

.....