Sygn. akt: KIO 3206/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę P&P Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej

w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Crayon Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – P&P Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego P&P Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3206/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp" lub „Pzp") postępowanie pn. „Dostawa pakietów subskrypcji usług standardowych oraz oprogramowania standardowego przez okres 36 miesięcy, nr postępowania: BA.zp.23.1.22.2024, (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2024 r. pod numerem S 122/2024 377094-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 26 lipca 2024 r. P&P Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego polegających na niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome ziszczenie się wobec oferty Odwołującego przesłanek odrzucenia oferty

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, ze względu na zaoferowanie w niej produktów, które nie mogą zostać nabyte w rzekomo wymaganym przez Zamawiającego kanale dystrybucji MPSA/EA, podczas gdy w dokumentach Zamówienia brak jest jakichkolwiek wymogów co do kanału dystrybucji, a oferowane przez Odwołującego produkty są produktami tożsamymi i posiadają takie same właściwości (funkcjonalności) względem wymagań postawionych w dokumentach zamówienia a więc pozostają w całkowitej zgodności z OPZ;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy Odwołujący złożył pełne i kompleksowe wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i wykazał, że zaoferowana cena

nie jest ceną rażąco niską.

3. art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3. powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył w przedmiotowym Postępowaniu ofertę, która w związku z odrzuceniem oferty złożonej przez wykonawcę Operator Chmury Krajowej Sp. z o. o. wobec niemożliwego do konwalidowania braku złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Z powodu dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z prawem czynności i zaniechań, złożona przez Odwołującego oferta została jednakże bezzasadnie odrzucona. Powyższe bezprawne działanie Zamawiającego uniemożliwia uzyskanie zamówienia przez Odwołującego, może też doprowadzić do powstania po stronie Odwołującego strat finansowych i do utraty spodziewanych korzyści.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności opisując okoliczności faktyczne wskazał, że w Rozdziale 4 ust. 1 i 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") wskazano, że przedmiotem zamówienia jest dostawa pakietów subskrypcji usług standardowych oraz oprogramowania standardowego w postaci licencji produktów gwarantowanych M365 E3 FUSL EEA Sub Per User, Teams EEA Sub Per User i Defender O365 P1 Sub Per User, uprawniających Zamawiającego do korzystania

z nich przez 36 miesięcy od dnia prawidłowej dostawy potwierdzonej protokołem odbioru. Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i jego funkcjonalności opisano w pkt 1.1 oraz 1.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ") stanowiącym załącznik nr 1 do umowy.

W dniu 22 lipca 2024 r., Odwołujący złożył ofertę, której całkowita cena wyniosła 6 415 932,00 zł brutto i złożyły się na to ceny za zakres podstawowy w wysokości 5 832 660,00 zł brutto oraz za zakres opcjonalny 583 272,00 zł brutto.

W dniu 25 lipca 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny, ponieważ jak wskazano w uzasadnieniu niniejszego wezwania, ceny zaoferowane przez Odwołującego wydały się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

W dniu 30 lipca 2024 r. Odwołujący złożył w swojej ocenie pełne i kompleksowe wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i dołączył do nich szereg dowodów potwierdzających, że zaoferowanej ceny nie można uznać za rażąco niską. Wśród złożonych dowodów Odwołujący przedstawił korespondencję z jednym ze swoich partnerów handlowych (objętą tajemnicą przedsiębiorstwa), w treści której pojawiło 3

się pytanie o rabat dotyczący produktów, których nazwy subskrypcji licencji produktów gwarantowanych tj. Microsoft 365 E3 EEA, różnią się od ww. nazw licencji produktów gwarantowanych, tj. Microsoft M365 E3 FUSL EEA Sub Per User.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty ponieważ powziął wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez Odwołującego, tj. dostarczenia produktów gwarantowanych, które jak wskazano w uzasadnieniu ww. wezwania powinny spełniać wszystkie określone przez Zamawiającego wymagania określone w dokumentach zamówienia gwarantujące prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, w tym m.in. udzielenie wsparcia technicznego Premier Support lub Unified Support. Zamawiający zwrócił się w ww. zakresie z pytaniem czy zaoferowane przez Odwołującego produkty gwarantowane posiadają i gwarantują Zamawiającemu korzystanie ze wszystkich wymaganych i użytkowanych przy udziale producenta pakietów usług, takich jak wsparcie techniczne Premier Support lub Unified Support lub możliwość wyłączenia konta Zamawiającego na spersonalizowanej stronie producenta i usunięcie danych Zamawiającego z centrów przetwarzania producenta. Ponadto Zamawiający za pośrednictwem Microsoft Polska Sp. z o.o., ustalił, że Odwołujący nie znajduje się na liście Partnerów uprawnionych do oferowania produktów w modelu Enterprise Agreement dla podmiotów rządowych na terenie Polski, model dystrybucyjny umowy Enterprise Agreement (EA) przewiduje jeden łańcuch dystrybucji: Microsoft – Partner LSP – Klient i nie przewiduje modelu odsprzedaży przez pośredników.

W dniu 7 sierpnia 2024 r. Odwołujący złożył pełne i kompleksowe wyjaśnienia treści oferty, w których wskazano, że Odwołujący zaoferował produkty w kanale dystrybucji CSP/NCE (Cloud Solutions Provider / New Commerce Experience), a nie MPSA/EA (Microsoft Products and Services Agreement / Enterprise Agreement). W wyjaśnieniach

wskazano, że pomimo, iż oferowane produkty są identyczne, mogą być oznaczone przez Microsoft (a więc ich producenta) innymi numerami katalogowymi i/lub nieznacznie innym nazewnictwem. Wyjaśniono, że różnica ta wynika wyłącznie z

przyporządkowania produktów do odrębnych kanałów dystrybucji i że nie ma ona wpływu na zakres funkcjonalny oferowanego oprogramowania. Wyjaśniono, że produkty kryjące się za przedmiotowymi oznaczeniami są identyczne/tożsame. Wskazano też, że zaoferowane produkty gwarantują Zamawiającemu korzystanie ze wszystkich wymaganych usług, takich jak wsparcie techniczne Premier Support, możliwość wyłączenia konta Zamawiającego na spersonalizowanej stronie Producenta oraz usunięcie danych Zamawiającego

z centrów przetwarzania Producenta.

Pomimo złożenia pełnych i kompleksowych wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny oraz treści oferty, a tym samym potwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, a także, że Odwołujący oferuje produkty w pełni odpowiadające wymogom SWZ, ponieważ są to takie same produkty jak oznaczone inną nazwą produkty wymienione w SWZ, Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2024 r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Takie działanie Zamawiającego narusza w ocenie Odwołującego przepisy ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy Odwołujący zaznaczył, że licencja na oprogramowanie zaoferowana przez Odwołującego w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego przedstawionym w pkt 1.1 oraz 1.2 OPZ oraz pozostaje z nimi w całkowitej zgodności. Treść oferty Odwołującego jest więc zgodna z warunkami zamówienia i tym samym nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia objętego postępowaniem jest określony produkt o określonych funkcjonalnościach, nie zaś dostarczenie go w ramach jednego, konkretnego kanału sprzedaży i dystrybucji dostępnego dla poszczególnych partnerów Microsoft.

Jak wynika z ww. wyjaśnień treści oferty, Odwołujący zaoferował produkt o funkcjonalnościach, które Zamawiający określił w swoich wymaganiach przedstawionych w OPZ. Odwołujący zapewnił w ww. wyjaśnieniach, że pomimo innego oznaczenia, oferta dotyczy identycznego produktu, o który chodzi Zamawiającemu. Powyższa różnica w oznaczeniu produktu spowodowana jest dystrybuowaniem go

w odrębnych kanałach dystrybucji. W przypadku nazwy wymienionej w SWZ jest to kanał dystrybucji MPSA/EA zaś w przypadku nazwy wymienionej w wyjaśnieniach treści oferty Odwołującego jest to kanał dystrybucji CSP/NCE. Powyższa różnica nie ma wpływu na funkcjonalność produktu ani na jego cechy i sprowadza się jedynie do innego oznaczenia.

Tego w ocenie Odwołującego nie dostrzega Zamawiający, który w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp skupił się nie na produktach, które zgodnie z SWZ i OPZ zamierza nabyć, lecz na kanałach dystrybucji tych produktów, insynuując, że jeden z nich był rzekomo przez Zamawiającego wymagany (MPSA/EA), a zatem drugi był niedopuszczalny (CSP/NCE). Odwołujący zauważył, że w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie postawiono wymogu, by zaoferowane produkty koniecznie musiały być dystrybuowane w kanale MPSA/EA.

Cała argumentacja Zamawiającego co do wymogu posiadania statusu partnerstwa MPSA/EA opiera się w istocie jedynie na założeniu, że wykonawca powinien był się tego domyślić. Nie był to zatem warunek zamówienia, a więc oferta Odwołującego nie mogła zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia z powodu różnicy w zakresie kanału dystrybucji produktu. Przeciwne ukształtowanie dokumentacji postępowania z całą pewnością naruszałoby przepisy ustawy Pzp, wobec nieuzasadnionego zamykania dostępu do rynku części potencjalnych wykonawców tylko dlatego, że korzystają z innego kanału dystrybucji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam Zamawiający udzielając w dniu 17 lipca 2024 r. odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców wskazał, że kwestia tego, za pośrednictwem jakiego kanału dystrybucji pozyskiwany jest produkt pozostaje dla niego bez znaczenia.

Na oznaczone numerem 22 pytanie:

Zwracamy się z prośbą o doprecyzowanie obecnego i przyszłego modelu współpracy:

a. W obrębie jakiego programu Zamawiający obecnie współpracuje z Microsoft ? Czy jest to umowa MCA (w programie CSP), czy Enterprise Agreement (w programie EA) ?

b. W zakresie realizacji zamówienia podstawowego (produktów gwarantowanych), w obrębie jakiego programu Zamawiający chce współpracować z Microsoft przez okres obowiązywania umowy 36 mies? Czy jest to umowa MCA (w programie CSP), czy może Enterprise Agreement (w programie EA) ?

c. W zakresie realizacji zamówienia z prawa opcji, w obrębie jakiego programu Zamawiający chce współpracować z Microsoft przez okres obowiązywania umowy 36 mies? Czy jest to umowa MCA (w programie CSP), czy może Enterprise Agreement (w programie EA) ?

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

“Zamawiający informuje, że pytanie nie dotyczy przedmiotu zamówienia, na udzielenie którego przeprowadzane jest

obecnie postępowanie”.

W świetle powyższej odpowiedzi wykonawcy mogli zasadnie założyć (i takie założenie przyjął również Odwołujący), że dla Zamawiającego istotne są funkcjonalności produktu, nie zaś jego katalogowa nazwa uzależniona wyłącznie od kanału dystrybucji, w ramach którego produkt jest pozyskiwany.

Błędne założenie Zamawiającego, że wymagany i opisany w OPZ produkt można nabyć jedynie w kanale dystrybucji MPSA/EA pociągnęło za sobą kolejne nieuzasadnione zapisami dokumentów postępowania wnioski. Mianowicie, z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wyczytać można, że zdaniem Zamawiającego Odwołujący, ani partner Odwołującego udzielający Odwołującemu rabatu na wymagane licencje, nie posiadają statusu LSP (Licensing Solutions Provider), który jest niezbędny do realizowania zamówień z kanału dystrybucji MPSA/EA.

W powyższym kontekście Odwołujący w wyjaśnieniach treści oferty wskazał, że w żadnym z dokumentów postępowania nie określono wymogu posiadania przez danego wykonawcę statusu LSP. Powyższe wykazuje jedynie zdaniem Odwołującego, że dokumenty postępowania zostały ukształtowane z zachowaniem odpowiedniej logiki. Skoro bowiem w ww. dokumentach nie postawiono wymogu by oferowany produkt można było nabyć jedynie za pośrednictwem kanału dystrybucji MPSA/EA, to nie postawiono również wymogu posiadania przez wykonawców statusu LSP, niezbędnego do realizowania zamówień z kanału dystrybucji MPSA/EA.

W dokumentacji postępowania postawiono natomiast konkretne wymogi co do ilości oferowanych produktów oraz ich funkcjonalności. W tym zakresie produkty zaoferowane przez Odwołującego w jego ocenie w pełni odpowiadają wymogom SWZ oraz OPZ, a tym samym wbrew twierdzeniom Zamawiającego, oferta Odwołującego w pełni odpowiada warunkom zamówienia. Powyższe Odwołujący potwierdzał dołączając do odwołania dowody pochodzące od dwóch niezależnych dystrybutorów licencji na produkty Microsoft - APN Promise S.A. oraz Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o. Z powyższych dowodów wprost wynika, że produkty dostępne w kanale dystrybucji CSP/NCE są tożsame z tymi dostępnymi w modelu MPSA/EA.

Mimo, że na etapie składania wyjaśnień treści oferty Odwołujący zapewniał Zamawiającego o tym, że produkty dostępne w kanałach dystrybucji są de facto tymi samymi produktami i gwarantują dostęp do wszystkich wymaganych w dokumentach zamówienia usług, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie odniósł się do tych konkretnych usług, tylko do cech kanału dystrybucji CSP/NCE. Zamawiający stwierdził w powyższym zakresie, że kanał dystrybucyjny CSP nie spełnia wymagań warunków zamówienia i przytoczył na potwierdzenie swojej tezy poszczególne zapisy 6

OPZ i wzoru umowy. Pomimo faktu, że Zamawiający nie zakwestionował funkcjonalności zaoferowanych produktów tylko cechy kanału dystrybucji, z ostrożności Odwołujący odniósł się do poszczególnych argumentów Zamawiającego następująco:

1) w zakresie pkt 1.2 ppkt 6 OPZ - Dostarczone oprogramowanie instalowane u Zamawiającego musi pozwalać na swobodne przenoszenie pomiędzy stacjami roboczymi lub serwerami (np. w przypadku wymiany lub uszkodzenia sprzętu).

Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że „W kanale dystrybucji CSP nie ma możliwości instalacji dowolnej liczby oprogramowania serwerowego na dowolnym serwerze przeznaczonym do użytku zmawiającego np. SharePoint”.

W ocenie Odwołującego przytoczony wyżej argument Zamawiającego co do braku możliwości instalacji dowolnej liczby oprogramowania serwerowego na dowolnym serwerze przeznaczonym do użytku zamawiającego np. SharePoint jest całkowicie niezrozumiały i wykracza swoim zakresem poza zapisy OPZ. Ponadto Zamawiający odniósł się w swojej argumentacji jedynie do serwerów pomijając stacje robocze podczas gdy zapis OPZ dotyczy transferu pomiędzy stacjami roboczymi lub serwerami, a przecież w przypadku oprogramowania Microsoft 365, licencje związane są z zasady ze stacjami roboczymi. Jest tak również w przypadku licencji dystrybuowanych za pośrednictwem kanału MPSA. Wymogu w takiej postaci jak przedstawił to Zamawiający nie ma w OPZ, a ww. interpretacja Zamawiającego wygląda na próbę wprowadzenia nowych wymagań bądź nowych interpretacji wymagań OPZ na etapie oceny ofert, czego Zamawiający oczywiście robić nie może. Mimo tego Odwołujący wyjaśnia, że oferowane przez Odwołującego oprogramowanie, które ma zostać zainstalowane u Zamawiającego pozwala na swobodne przenoszenie pomiędzy stacjami roboczymi lub serwerami (np. w przypadku wymiany lub uszkodzenia sprzętu). Potwierdza to korespondencja z dystrybutorem licencji w kanale CSP – Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o. którą Odwołujący wraz z tłumaczeniem dołączył do odwołania.

Dystrybutor w ww. wiadomości wyjaśnił, że licencja nie jest związana z danym sprzętem komputerowym tylko z użytkownikiem. Jak wynika z niżej wymienionego artykułu dotyczącego przedmiotowego oprogramowania dostępnego na stronie Microsoft, przedmiotowa licencja faktycznie związana jest nie ze sprzętem tylko z użytkownikiem, który w razie awarii może uzyskać dostęp do swojego oprogramowania za pośrednictwem internetu i pobrać ją nawet na 4 inne urządzenia.

Funkcjonalność, o której mowa w OPZ jest więc zdaniem Odwołującego zapewniona ponieważ oprogramowanie instalowane u Zamawiającego, które Odwołujący zamierza nabyć w kanale dystrybucji CSP pozwala na swobodne przenoszenie pomiędzy stacjami roboczymi lub serwerami.

2) w zakresie pkt 1.2 ppkt 8 OPZ - Dostarczone Produkty muszą mieć możliwość objęcia ich wsparciem technicznym Dostawcy na rzecz Zamawiającego – Premier Support lub Unified Support.

Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że „Z uzyskanych informacji od Dostawcy produktów (Microsoft), wynika, że obecnie oferowane kontrakty supportowe przez Microsoft (Unified Enterprise Support) nie są dostępne w kanale dystrybucji CSP".

Odwołujący wskazał, że w kanale dystrybucji CSP/NCE reseller (w przedmiotowej sprawie – Odwołujący) musi zakupić licencje od dystrybutora, który posiada wymieniony rodzaj wsparcia technicznego, w związku z czym dostarczane licencje są nim objęte. Na potwierdzenie tej informacji Odwołujący złożył dowód w postaci potwierdzenia przez dystrybutora CSP – Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o., że licencje sprzedawane w modelu CSP są objęte wsparciem technicznym Premier Support.

Powyższe nie może budzić wątpliwości, gdyż nawet producent oprogramowania i udzielający licencji sprzedawanych w modelu CSP – Microsoft – potwierdza na swoich stronach, że w ramach modelu CSP istnieje możliwość uzyskania wsparcia technicznego Premier Support.

W przywołanym przez Odwołującego artykule dostępnym na stronie Microsoft znajdują się podstawowe informacje o współpracy z Microsoft w modelu CSP (Cloud Solution Provider). Jak wynika z treści artykułu, w programie CSP dostępne są dwa modele współpracy: model pośredni i model z fakturą bezpośrednią. Pośród warunków współpracy w modelu bezpośrednim (a wręcz wymagań niezbędnych do podjęcia współpracy z Microsoft), w którym to modelu działa na przykład dystrybutor licencji odsprzedawanych przez Odwołującego - Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o., znajduje się obowiązek zapewnienia wsparcia technicznego - zaawansowanej pomocy technicznej dla partnerów (ASfP) lub Premier Support for Partners (PSfP).

Powyższe zdaniem Odwołującego potwierdza treść artykułu ze strony Microsoft, w którym wskazano minimalne wymagania dotyczące rejestracji jako partner CSP rozliczany bezpośrednio, czyli tak jak dystrybutor licencji odsprzedawanych przez Odwołującego - Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o. Z treści artykułu wynika, że w celu rejestracji jako partner CSP rozliczany bezpośrednio dany podmiot musi najpierw przejść kontrolę kredytową, a potem zakupić plan pomocy technicznej ASfP lub PSfP (Premium Support). Dopiero wtedy podmiot może zarejestrować się jako partner Microsoft w modelu CSP rozliczany bezpośrednio.

Dodatkowo, w powyższym zakresie Odwołujący odniósł się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę subskrypcji pakietu „Microsoft 365" lub rozwiązania równoważnego na potrzeby Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. wraz z usługami towarzyszącymi" nr referencyjny: DZA.DIT.25.22.2024/TP przeprowadzonego przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu, w którym przedmiot zamówienia był niemal identyczny jak w niniejszym postępowaniu i w którym w Rozdziale VI ust. 5 SWZ i w cz. II ust. 2 OPZ Zamawiający zawarł wymóg zapewnienie wsparcia technicznego Premier Support. Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w ww. postępowaniu wybrano wykonawcę działającego w kanale CSP. Potwierdza to, że korzystając z kanału dystrybucji CSP/NCE jak najbardziej istnieje możliwość objęcia dostarczanych produktów wsparciem technicznym dostawcy na rzecz Zamawiającego, określanym jako Premier Support.

3) w zakresie pkt 1.2 ppkt 13 OPZ - Zamawiający wymaga zagwarantowania przez Wykonawcę niezmienności cen jednostkowych na zaoferowane Produkty subskrypcyjne dla realizacji zamówień opcjonalnych w okresie dostępności Produktów.

Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że „Zgodnie z tym cena wartości zamówień opcjonalnych powinna być ustalona na 36 miesięcy. Ceny w EA są blokowane na cały okres obowiązywania umowy, natomiast w CSP ceny są blokowane maksymalnie na rok. W związku z tym oferowany przez Wykonawcę kanał dystrybucji nie spełnia tego wymogu".

Odwołujący w kontekście powyższego wskazał, że niezależnie od tego, w jaki sposób dystrybutor zmienia ceny w cyklu życia produktu, oferta złożona przez Odwołującego wskazuje konkretną cenę, która będzie miała zastosowanie do Zamawiającego w całym okresie umowy zawartej w wyniku Postępowania. Innymi słowy to Odwołujący (jak co do zasady dzieje się w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia) jest gwarantem niezmienności cen. Zważając, że w myśl ww. warunku to Wykonawca zobowiązany jest do zagwarantowania Zamawiającemu niezmienności cen, należy wskazać, że powyższy wymóg również został przez Odwołującego spełniony przez fakt złożenia oferty.

4) w zakresie § 7 pkt 1 projektu umowy - Celem Stron jest zapewnienie możliwości korzystania z produktów gwarantowanych, dostarczanych w ramach umowy, jako całości, jak i wszystkich jego elementów/pakietu usług standardowych i aktualizacji, w pełnym zakresie i bez dodatkowych kosztów.

Jako dalsze uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że „W kanale dystrybucyjnym EA jest pakiet korzyści Software Assurance (SA) – który daje dodatkowe korzyści obejmujące szkolenia, wsparcie i możliwość aktualizacji do najnowszych wersji oprogramowania bez dodatkowych kosztów. Kanał dystrybucji CSP nie oferuje pakietu SA".

Zdaniem Odwołującego Zamawiający argumentuje powyższym, że brak jest możliwości objęcia zaoferowanych przez Odwołującego licencji pakietem Software Assurance (SA) dostępnym jedynie w modelu MPSA/EA. Warto wskazać, że w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie postawiono wymogu, by oferowane licencje musiały być objęte konkretnie pakietem Software Assurance (SA). W przeciwnym razie Zamawiający nie otrzymałby prawdopodobnie żadnej oferty, ponieważ również w przypadku licencji subskrypcyjnych dostępnych za pośrednictwem kanału dystrybucji MPSA nie występują produkty obejmujące pakiet Software Assurance (który to pakiet może być przypisany wyłącznie do licencji wieczystych). Microsoft gwarantuje możliwość aktualizacji oprogramowania w pełnym zakresie i bez dodatkowych kosztów w przypadku każdego pakietu subskrypcyjnego w całym okresie obowiązywania niezależnie od modelu dostawy.

Tym samym ww. cel wyznaczony we wzorze Umowy jest w przypadku oferty Odwołującego spełniony. W celu potwierdzenia należy odnieść się do artykułu ze strony Microsoft, w którym wyjaśniono, że istnieją cztery sposoby zaktualizowania aplikacji Microsoft 365.

Mianowicie są to automatyczna aktualizacja z internetu, skorzystanie z programu Microsoft Configuration Manager, automatyczna aktualizacja z lokalizacji lokalnej, instalacja zaktualizowanej wersji aplikacji Microsoft 365. Zaznaczyć należy, że wszystkie te cztery sposoby dotyczą aplikacji Microsoft 365, niezależnie czy temu samemu oprogramowaniu wchodzącemu w jej skład przyporządkowano określenie Microsoft M365 E3 FUSL EEA Sub Per User czy Microsoft 365 E3 EEA.

Odwołujący powołał się na dokument z treścią strony Microsoft wykazujący, że w ramach przedmiotowego oprogramowania Microsoft 365 producent oferuje tzw. „autopoprawkę" czyli nic innego jak funkcję automatycznej aktualizacji oprogramowania.

Dodatkowo, Odwołujący zaznaczył, że w dotychczasowych przetargach w jakich brał udział Odwołujący, zamawiający publiczni ani pozostali wykonawcy nie kwestionowali takiego oznaczenia oferowanej licencji, jakiego dokonał Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu. W celu udowodnienia, Odwołujący powołuje się na tożsame postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których należało zaoferować, podobnie jak w przedmiotowym postępowaniu, licencję na oprogramowanie Microsoft.

1) Przetarg pn. „Subskrypcja oprogramowania narzędziowego wspierającego i rozszerzającego funkcjonalności w ramach pracy biurowej oraz zdalnej" znak postępowania: ZWiDIT.2611.6.2024.158.APR [APLIK3,OSE2024] przeprowadzony przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy

Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu idąc tokiem rozumowania Zamawiającego również można by domniemywać, że NASK zażądał licencji rozprowadzanej w kanale dystrybucji MPSA. Jak jednak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a więc oferty złożonej przez Odwołującego, NASK wybrał ofertę Odwołującego, który ofertuje licencje w modelu dystrybucji CSP. Warto zwrócić uwagę, że składając ofertę Odwołujący odpowiedział na ogłoszenie NASK sugerujące licencje dystrybuowane w kanale MPSA oferując licencje dystrybuowane w kanale CSP i jednocześnie nie zaoferował produktów równoważnych. NASK wybrał ofertę Odwołującego i żaden z konkurentów nie zakwestionował tego wyboru poprzez wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Następnie doszło do podpisania umowy. Potwierdza to, że produkt zaoferowany przez Odwołującego w niniejszym Postępowaniu jest produktem, którego dotyczy OPZ. Odrębne oznaczenie produktu w zależności od modelu dystrybucji tego nie zmienia.

2) Przetarg pn. „Dostawa 12 miesięcznej subskrypcji oprogramowania biurowego dla Uniwersytetu Pedagogicznego im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie. Znak sprawy: 21/TP/COI/2023" przeprowadzony przez Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie

W przedmiotowej sprawie sytuacja wyglądała niemal identycznie jak w przypadku ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez NASK. W warunkach, gdy zapisy OPZ sugerowały dostarczenie licencji dystrybuowanych w kanale MPSA, Odwołujący złożył ofertę w której zaoferowano licencje dystrybuowane w kanale CSP. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, żaden z konkurentów, którzy również złożyli oferty w ww. postępowaniu nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i doszło do podpisania umowy z ww. zamawiającym.

3) Przetarg pn. „uzupełnienie subskrypcji M365 na okres do dnia 24 października 2024 r." przeprowadzony przez Telewizja Polska S.A.

W przypadku ww. postępowania, w zakresie którego Odwołujący zaoferował identyczny produkt jak w przedmiotowym Postępowaniu, zamawiający – TVP S.A. w warunkach postawienia analogicznych 10

wymogów co do licencji jak w przedmiotowym Postępowaniu postąpił identycznie jak w dwóch ww. postępowaniach wskazanych w pkt 1) i 2). Warto jednak zwrócić uwagę na treść wyjaśnień treści oferty, które Odwołujący złożył w toku postępowania i które następnie Zamawiający zaakceptował dokonując wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wyjaśnił:

„Jednocześnie Wykonawca potwierdza, że produkty wskazane przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia, tj.: M365 E3 ShrdSvr ALNG SubsVL MVL PerUsr (Original), o numerze SKU: AAA-10756 oraz Microsoft Teams Rooms, o numerze SKU: V9B-00001, są produktami tożsamymi co do zakresu funkcjonalnego z produktami zaoferowanymi przez Wykonawcę. Jedyną różnicą jest kanał dystrybucji (sprzedaży), w którym dla subskrypcji wskazanych przez Zamawiającego, zakup odbywa się bezpośrednio od firmy Microsoft, natomiast dla subskrypcji zaoferowanych przez Wykonawcę, zakup odbywa się przez Partnera firmy Microsoft (Odsprzedawcę) w tzw. modelu CSP (Cloud Solution Provider). Wykonawca zwraca jednocześnie uwagę na fakt, że sposób dostawy subskrypcji (poprzez przypisanie ich do tenanta Zamawiającego) i sposób zarządzania nimi (poprzez panel administracyjny Zamawiającego) są również identyczne w obu przypadkach, tj. nie zależą od kanału dystrybucji/zakupu licencji".

Dowód ten potwierdza, że produkt oferowany przez Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu w pełni odpowiada wymogom OPZ i jest tym samym produktem, którego oczekuje Zamawiający, a działanie Odwołującego na przestrzeni innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest spójne i akceptowane przez uczestników rynku.

W świetle powyższego Odwołujący zauważył, że działanie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu dalece

odbiega od powszechnie przyjętych standardów rynkowych.

Jednocześnie, z daleko idącej ostrożności warto zaznaczyć, że produkt oferowany przez Odwołującego nie jest produktem równoważnym w stosunku do produktu opisanego przez Zamawiającego, a produktem identycznym. Tego zdania był również Zamawiający ponieważ żadne z działań podjętych przez Zamawiającego nie potwierdza, że weryfikował on zaoferowany produkt pod względem równoważności.

Odwołujący przywołał okoliczność, że w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała "Istotnie: "(…) oferta równoważna to taka, która przedstawia produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności bowiem nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Zaś rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. (…)" (wyrok z dnia 19 marca 2010 r., KIO 189/10).

Z tego powodu nie było konieczności aby Odwołujący stosował się do opisanej w dokumentacji Postępowania procedury odnośnie wskazywania i identyfikacji produktów równoważnych, albowiem oferta Odwołującego dotyczy produktu tożsamego, nie zaś równoważnego. Z tego powodu Odwołujący 11

nie dokonywał też modyfikacji formularza oferty, ten wskazywał bowiem, że nazwy produktu należy „odpowiednio zmodyfikować w przypadku oferowania produktów równoważnych”, to zaś nie miało miejsca.

Odwołujący ponownie podkreślił, że zaoferował bowiem dokładnie taki produkt (o takich samych, identycznych funkcjonalnościach), jak wymagany przez Zamawiającego, który w kanale dystrybucyjnym z którego korzysta Odwołujący (a który Zamawiający odpowiadając na pytania dopuścił) ma inny numer katalogowy i nazewnictwo.

Podsumowując – Odwołujący zaoferował licencję spełniającą oczekiwania Zamawiającego i pozostającą w zgodności z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego z powodów wymienionych w piśmie Zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2024 r. jest więc bezzasadne.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie miał ustawowego obowiązku wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny dokonano bowiem

na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, którego zastosowanie jest fakultatywne i ma miejsce, gdy Zamawiającemu – jak wskazano wprost w treści przepisu - „wydaje się”, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe mogą być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Na podstawie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z 23 sierpnia 2024 r. można wywnioskować, że Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny bo wydawało mu się, że zaoferowana cena może być rażąco niska, a następnie dopiero w wyniku złożenia wyjaśnień nabrał wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający przyjął bowiem, że Odwołujący zaoferował inny produkt, niż oczekiwał tego Zamawiający.

W ocenie Odwołującego jeżeli Zamawiający przyjął, iż Odwołujący wycenił niewłaściwy przedmiot zamówienia to nie powinien uznawać, że doszło do zaoferowania rażąco niskiej ceny bo to implikuje wniosek, że zaoferowano właściwy przedmiot zamówienia, tylko za zbyt niską cenę. Choćby z tej przyczyny zarzut powinien zostać zdaniem Odwołującego oddalony.

Zdaniem Odwołującego z wyjaśnień treści oferty złożonych w toku postępowania jak i z uzasadnienia niniejszego odwołania wynika, że Odwołujący zaoferował identyczny, w pełni tożsamy funkcjonalnie produkt względem wymagań Zamawiającego postawionych w dokumentacji postępowania. Skoro zaoferowano właściwy i odpowiadający wymogom SWZ i OPZ przedmiot zamówienia

i w wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny prawidłowo uzasadniono, że po zaoferowanej cenie Odwołujący jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, to oferta Odwołującego nie powinna była zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że udzielił wyczerpujących wyjaśnień, odpowiedział na wszystkie pytania i wątpliwości Zamawiającego oraz przedstawił szczegółowe wyliczenie w zakresie zaoferowanej ceny. W ten sposób Odwołujący jasno przedstawił w jaki sposób i z uwzględnieniem jakich konkretnie czynników cenotwórczych wyliczono zaoferowaną cenę, a tym samym udowodnił, że cena ta jest realna i że można zrealizować zamówienie za tę cenę rezerwując sobie dodatkowo odpowiedni zysk. Jako dowody

w zakresie wyliczenia ceny Odwołujący złożył szereg załączników, a w tym wyciąg z cennika Microsoft dla oferowanych produktów, wyciągi z wewnętrznego systemu Wykonawcy, listy referencyjne Microsoft oraz pozostałe dowody stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Rzetelność przedstawionych kalkulacji nie została przez Zamawiającego w

żaden sposób zakwestionowana. Z przedstawionych wyliczeń wynika, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest ceną realną. Nie jest to cena, którą można by uznać za „nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2015 roku, KIO 1624/15).

Z kolei różnica cen w ofertach poszczególnych wykonawców, która wystąpiła w niniejszym Postępowaniu jest zjawiskiem naturalnym. Potwierdza to zdaniem Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 marca 2024 r. sygn. KIO 393/24, w którym wskazano, że „Nie może również stanowić uzasadnienia zarzutu sam fakt występowania różnic pomiędzy cenami w ofertach różnych wykonawców. Różnice pomiędzy ofertami składanymi w postępowaniach o udzielenie zamówienia są naturalnym zjawiskiem i są elementem konkurencji pomiędzy wykonawcami". Odwołujący przytoczył również treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 17 kwietnia 2023 r., sygn. KIO 880/23, w którym wskazano, że „Zestawienie wartości stanowiących różnicę w cenach nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową". Nie można mieć wątpliwości, że "(…) różne podmioty o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdą się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent" (Wyrok KIO z 11.04.2023 r., KIO 740/23).

W ocenie Odwołującego jedynym argumentem w odniesieniu do art. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest to, że przedstawione oferty rzekomo dotyczą innego produktu, niż wymagany przez Zamawiającego, co jak twierdzi nie ma nic wspólnego z realnością lub nie samych kalkulacji przedstawionych przez Odwołującego. Nadto zaś jak wynika z argumentacji przedstawionych powyżej zaoferowany przez Odwołującego produkt odpowiada całkowicie wymogom OPZ, a tym samym

argumentacja Zamawiającego nie potwierdziła się, co oznacza, że działania Zamawiającego naruszyły ustawę Pzp.

W kontekście naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania poprzez ich niezastosowanie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie wymagał aby dostarczany produkt pochodził z konkretnego kanału dystrybucji (a odpowiadając na pytania wykonawców wskazał, że nie ma to dla postępowania znaczenia).

W świetle powyższego, twierdzenie, że Odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia jest niedopuszczalne. Interpretacja warunków zamówienia nie zależy bowiem od tego, co znajduje się w ofertach złożonych przez innych wykonawców czy jakie dodatkowe sposoby ich interpretowania Zamawiający wskaże już po złożeniu ofert. Warunki zamówienia znajdują się w SWZ i w załącznikach do SWZ. Tylko na podstawie takich dokumentów zamówienia, dokonywać można kontroli zgodności oferty danego wykonawcy z warunkami zamówienia, zaś dokonywanie takiej kontroli w oparciu o inne elementy nie jest dopuszczone żadnym przepisem ustawy Pzp.

Nie sposób zatem zdaniem Odwołującego zrozumieć, dlaczego Zamawiający postanowił obarczyć Odwołującego konsekwencjami za podjęcie czynności dopuszczonych przez Zamawiającego i pozostających w zgodności z jego wymaganiami.

Odwołujący przywołał treść komentarz do ustawy Pzp autorstwa A. Gawrońskiej-Baran (Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Opublikowano: LEX/el. 2022), w którym wskazuje się, że „Zamawiający jako gospodarz postępowania ustala jego ramy, określa m.in., jakie są jego wymogi odnośnie do opisu przedmiotu zamówienia, jakie kryteria kwalifikacji muszą zostać spełnione przez wykonawców, wskazuje na obowiązki w zakresie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, jak również określa wszelkiego rodzaju wymogi o charakterze technicznym i organizacyjnym. Wszelkiego rodzaju wymogi zamawiający określa w publikowanych ogłoszeniach, jak również w dokumentach zamówienia, przy czym po upływie stosownych terminów, np. terminu złożenia oferty, wymogi określające sposób postępowania zamawiającego w stosunku do wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu, są wiążące w ramach tego postępowania dla wykonawców, a przede wszystkim dla zamawiającego. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert postępować w odmienny sposób, niż wynika to z dokumentów zamówienia, co przejawia się nie tylko w zakazie wprowadzania dodatkowych, niewyartykułowanych wcześniej, wymogów, pod kątem spełnienia których zamawiający chciałby badać wykonawców lub złożone przez nich oferty, lecz również w zakazie pomijania poszczególnych zapisów dokumentów zamówienia i ominięcia aspektów nimi objętych w procesie badania poszczególnych ofert lub weryfikacji potencjału wykonawców. Należy stwierdzić, że wykonawca, analizując dokumenty zamówienia, musi dysponować kompletem informacji odnośnie do wymagań zamawiającego i wiedzieć, co jest od niego oczekiwane na poszczególnych etapach postępowania". Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 10 lipca 2014 r., sygn. VIII Ga 432/13, w którym wskazuje się, że „(...) instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone 14

jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów".

Zamawiający nie powinien więc zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę stworzone przez niego dokumenty zamówienia oraz fakt, że jest gospodarzem Postępowania i ma wpływ na jego kształtowanie, pozostawiać swoimi

decyzjami pola do wieloznacznego rozumienia swoich oczekiwań wobec wykonawców lub precyzować swoich oczekiwań względem wykonawców dopiero po złożeniu przez nich ofert. Budzącym duży sprzeciw jest fakt, że Zamawiający doprowadził do tego nie na etapie ogłoszenia

o zamówieniu i przed terminem złożenia ofert, tylko już w chwili ostatecznego badania i oceny złożonych ofert. Zamawiający dokonał zasadniczego i decydującego kroku, jakim było odrzucenie oferty Odwołującego

Jak wskazuje w ww. komentarzu A. Gawrońska-Baran, „Wymaga podkreślenia, że zamawiający posiada każdorazowo możliwość swobodnego wyartykułowania swoich potrzeb, w związku z czym wszelkie zaniechania w tym względzie nie mogą obciążać wykonawców". Jeżeli więc Zamawiający postawił wymogi, które Odwołujący spełnił, to Zamawiający nie był uprawniony do wyciągania na tej podstawie jakichkolwiek konsekwencji wobec Odwołującego. W dalszej części komentarza trafnie wskazuje się, że „Zamawiający muszą pamiętać, iż przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji zamawiającego na wykonawców, które może się skończyć nawet odrzuceniem oferty, stanowi w istocie nadużycie prawa".

Takie działanie stanowi również naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający w konsekwencji swoich bezprawnych działań dokonał naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Crayon Poland sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. W dniu 13 września 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości

W dniu 12 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Crayon Poland sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 6 Pzp – 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 podanej w ofercie ceny lub kosztu;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi,

skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego,

w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego,

który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty

nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20).

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności uznać należy, że na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut wskazujący na bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący w zakresie tego zarzutu podnosił, że w dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek wymogów co do kanału dystrybucji produktów, w szczególności w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie postawiono wymogu, by zaoferowane produkty koniecznie musiały być dystrybuowane w kanale MPSA/EA (Microsoft Products and Services Agreement / Enterprise Agreement), a tym samym dopuszczalne było zaoferowanie produktów w kanale dystrybucji CSP/NCE (Cloud Solutions Provider/New Commerce Experience).

Przedmiot zamówienia został określony w rozdziale 4 ust. 1 SWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że przedmiotem umowy jest dostawa pakietów subskrypcji usług standardowych oraz oprogramowania standardowego uprawniających do korzystania z nich przez Zamawiającego przez okres 36 miesięcy od dnia prawidłowej dostawy potwierdzonej protokołem odbioru, lecz nie wcześniej niż 15 września 2024 r., zwanych dalej produktami gwarantowanymi. Analogiczne zapisy zawiera § 1 ust. 1 projektu umowy, 17

stanowiący załącznik nr 1 do SWZ oraz pkt 1.1 opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do projektu umowy (dalej „OPZ"). Z kolei w pkt 1.2 Zamawiający wskazał, że Gwarantowane Produkty subskrypcyjne oraz prawo do aktualizacji do najnowszej wersji licencji muszą umożliwiać ich wykorzystanie w okresie od ich aktywacji przez okres 36-ciu miesięcy. W dalszej kolejności Zamawiający wskazał w Rozdziale 4 ust. 2 SWZ, że W ramach przedmiotu umowy, o którym mowa w ust. 1, wykonawca dostarczy subskrypcje licencji produktów gwarantowanych wskazanych poniżej:

Symbol katalogowy	Nazwa Produktu	Liczba
85P-00001	M365 E3 FUSL EEA Sub Per User	1 000
8Y8-00001	Teams EEA Sub Per User	1 000
KF5-00002	Defender O365 P1 Sub Per User	1 000

Nazwy produktów gwarantowanych wskazano również w § 1 ust. 2 projektu umowy, jak również powtórzono w pkt 1.1 OPZ Specyfikacja ilościowa wraz ze wskazaniem symboli katalogowych. Nazwy produktów wraz z symbolami katalogowymi zostały również wskazane w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

Jak wynika ze stanowisk przedstawionych przez strony w toku rozprawy, jak również dokumentacji postępowania (w szczególności wyjaśnień Odwołującego z dnia 7 sierpnia 2024 r.) za bezsporny należało uznać fakt, iż wskazane nazwy oraz symbole katalogowe przypisane są do produktów oferowanych

przez producenta oprogramowania – firmę Microsoft w ramach kanału dystrybucji MPSA/EA. Bezsporne jest także że w ramach drugiego z kanałów dystrybucji CSP/NCE produkty oferowane są pod innymi nazwami i symbolami katalogowymi, odpowiednio:

Microsoft 365 E3 EEA (no Teams) (CFQ7TTC0LFLX:0010)

Microsoft Teams EEA (CFQ7TTC0MZJF:0004) oraz

Microsoft Defender for Office 365 (Plan 1) (CFQ7TTC0LH04:0001).

Przedmiotowy model dystrybucji MPSA/EA przewidziany jest dla dużych organizacji, które mają ponad 500 użytkowników w swoim środowisku pracy oraz podmiotów administracji publicznej, które mają ponad 250 użytkowników. Zgodnie z oświadczeniem Microsoft z dnia 2 sierpnia 2024 r. model dystrybucyjny umowy Enterprise Agreement (EA) przewiduje jeden łańcuch dystrybucji: Microsoft – Partner LSP (Licensing Solutions Provider) – Klient i nie przewiduje modelu odsprzedaży przez pośredników.

W ocenie Izby powyższe zapisy dokumentacji postępowania wskazują, że Zamawiający w jej treści określił w sposób jasny i jednoznaczny warunki odnoszące się do realizacji przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wymóg dostarczenia produktów w ramach określonego kanału dystrybucji (tj. MPSA/EA) nie stanowi insynuacji Zamawiającego, lecz wynika wprost z powyższych zapisów dokumentacji. Należy podkreślić, że bezsprzecznie przedmiot zamówienia został opisany na zasadach określonych w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego 18

wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Jak z kolei wynika z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp określone w opisie przedmiot zamówienia jego cechy mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metod produkcji bądź realizacji wymaganych dostaw.

Zamawiający zamieszczając w dokumentacji postępowania nie tylko nazwę lecz również numer katalogowy produktu wskazał w sposób jednoznaczny nie tylko znak towarowy i pochodzenie samego produktu, lecz także szczególny proces, który charakteryzuje produkty i usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę (tj. Microsoft). W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia poza określonym produktem – licencjami na określone oprogramowanie charakteryzował również cechy przedmiotu zamówienia odnoszące się do określonego przez producenta Microsoft procesu i metody realizacji dostaw wymaganego oprogramowania tj. dostarczenie opisanych licencji w określonym modelu czy też kanale dystrybucyjnym (MPSA/EA). Wbrew twierdzeniom Odwołującego przedmiotu zamówienia nie można bowiem sprowadzać wyłącznie do dostawy produktu (oprogramowania) o określonych funkcjonalnościach, lecz obejmuje on także realizację dostaw licencji na określone oprogramowanie przy zastosowaniu określonej metody realizacji wymaganych dostaw. Metoda ta zaś wynika jednoznacznie z przywołanego wprost symbolu katalogowego i nazwy produktu. Wymagania w zakresie metody dostaw zostały również odrębnie opisane w pkt 1.2 OPZ Minimalne wymagania ogólne w zakresie dostaw, podczas gdy do cech funkcjonalnych produktów referuje pkt 1.3 w której określono specyfikację techniczno-eksploatacyjną i cechy użytkowych produktów. W świetle powyższego za niezasadny należy uznać zarzut Odwołującego, iż Zamawiający bezpodstawnie w uzasadnieniu odrzucenia skupił się na kanale dystrybucji nie zaś cechach i funkcjonalnościach produktów. Określona metoda realizacji dostaw produktów została bowiem przez Zamawiającego określona w warunkach zamówienia i Zamawiający zasadnie mógł ocenić ofertę Odwołującego pod kątem spełniania tych warunków, zaś wobec jednoznacznego stwierdzenia, że oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia tych warunków nie spełnia, odrzucić ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia.

O braku znaczenia dla Zamawiającego metody realizacji wymaganych dostaw tj. że kwestia cech kanału dystrybucji za pośrednictwem którego pozyskiwany jest produkt pozostaje dla Zamawiającego bez znaczenia nie świadczy wbrew twierdzeniom Odwołującego odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 22 udzielone w ramach wyjaśnień z dnia 17 lipca 2024 r. o treści “Zamawiający informuje, że pytanie nie dotyczy przedmiotu zamówienia, na udzielenie którego przeprowadzane jest obecnie postępowanie”. W ocenie Izby stwierdzenia podnoszonego przez Odwołującego nie sposób wyczytać z treści odpowiedzi, która de facto stanowi brak odpowiedzi na pytanie skierowane do Zamawiającego. Jak wskazuje Odwołujący na jej podstawie poczynił określone założenia tj. że dla Zamawiającego istotne są funkcjonalności produktu, nie zaś jego katalogowa nazwa uzależniona wyłącznie od kanału dystrybucji. Powyższe założenie w świetle treści SWZ w której te zostały wprost wskazane katalogowe nazwy produktów dostarczanych w ramach określonego modelu dystrybucji należy uznać za błędne i sprzeczne z literalnym brzmieniem dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej wymogu posiadania statusu partnerstwa LSP wskazać należy, że wymóg ten jako taki nie stanowił warunku udziału w postępowaniu. 19

Należy bowiem podkreślić, że Zamawiający dopuścił oferowanie rozwiązań równoważnych do wskazanych wprost w opisie przedmiotu zamówienia. Jak jednak wynika z oświadczenia producenta oprogramowania firmy Microsoft zaoferowanie realizacji przedmiotu umowy z wykorzystaniem produktów wskazanych w dokumentacji postępowania i oznaczonych określonym symbolem katalogowym jednoznacznie determinuje model dystrybucyjny (EA), który przewiduje jeden łańcuch dystrybucji: Microsoft – Partner LSP – Klient i nie przewiduje modelu odsprzedaży przez pośredników. Ustalenia Zamawiającego odnośnie braku posiadania przez Odwołującego statusu partnera LSP wynikają z faktu, że Odwołujący w złożonej ofercie nie zadeklarował rozwiązania równoważnego, lecz wprost zaoferował produkty o określonych symbolach katalogowych, dla których przypisana jest w sposób jednoznaczny metoda realizacji dostaw tj. za pośrednictwem partnerów o statusie LSP w kanale dystrybucji MSPA/EA. Nie można się zatem zgodzić z Odwołującym, że brak bezpośrednio wyartykułowanego w dokumentacji postępowania wymogu posiadania przez wykonawców statusu partnera LSP jest jednoznaczny z brakiem wymagania realizacji przedmiotu zamówienia za pośrednictwem kanału dystrybucji MPSA/EA w przypadku oferowania produktów o określonych w dokumentacji symbolach katalogowych.

Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy dowody złożone przez Odwołującego w postaci korespondencji z dystrybutorami licencji na produkty Microsoft odnoszącej się do tożsamości oprogramowania oferowanego w ramach odrębnych kanałów dystrybucji. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego – co wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty zawartej w informacji o wyniku postępowania z dnia 23 sierpnia 2024 r. oraz na co wskazuje sam Odwołujący – był fakt że proponowany przez Odwołującego kanał dystrybucyjny (CSP) nie spełnia wymagań warunków zamówienia. Tego również nie zaś funkcjonalności zaoferowanych produktów dotyczyły wskazywane przez Zamawiającego w tejże informacji niezgodności.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego oraz dowodów odnoszących się do wskazanych przez Zamawiającego w informacji o wyborze niezgodności, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał za ich pośrednictwem zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu. W pierwszej kolejności odnosząc się do niezgodności związanej z pkt 1.2 ppkt 6 OPZ należy wskazać, że przedstawiona korespondencja z dystrybutorem oprogramowania z dnia 29 sierpnia 2024 r. nie zawiera potwierdzenia spełniania wymogu. Zgodnie z jego treścią Dostarczone oprogramowanie instalowane u Zamawiającego musi pozwalać na swobodne przenoszenie pomiędzy stacjami roboczymi lub serwerami (np. w przypadku wymiany lub uszkodzenia sprzętu). Przedstawiona korespondencja wskazuje zaś na powiązanie urządzenia z użytkownikiem oraz warunków korzystania z oprogramowania przez użytkownika. Nie zawiera ona również odniesienia do warunków realizacji usługi określonych w przedmiotowym postępowaniu, lecz stanowi odpowiedź na pytanie abstrahujące od całości tych warunków tj. charakteru dostaw oprogramowania (oprogramowania instalowane u Zamawiającego). Spełniania warunku nie potwierdza również przytoczona treść artykułu, gdyż nie wskazuje ona potwierdzenia możliwości wykorzystania oprogramowania instalowanego u Zamawiającego do swobodnego przenoszenia

pomiędzy stacjami roboczymi lub serwerami w zakresie. Artykuł zawiera informację że nt. produktu platforma Microsoft 365 oraz informację na ilu urządzeniach można tę platformę zainstalować (ograniczone do 5 urządzeń).

W ocenie Izby dowody te nie potwierdzają spełniania przez oferowane rozwiązanie wymogu wskazanego przez Zamawiającego.

Odnosząc się do niezgodności związanej z wymogiem wskazanym w pkt 1.2 ppkt 8 OPZ, przewidującym, że „Dostarczone Produkty muszą mieć możliwość objęcia ich wsparciem technicznym Dostawcy na rzecz Zamawiającego – Premier Support lub Unified Support" w ocenie składu orzekającego również w tym zakresie spełnienie wymagań Zamawiającego nie zostało potwierdzone. Z przedstawionych dokumentów w postaci korespondencji z podmiotem trzecim z dnia 29 sierpnia 2024 r. oraz tłumaczenia artykułu wskazują na możliwość objęcia produktów wsparciem na poziomie Premier Support, jednak jest to możliwość warunkowa. Treść artykułu jednoznacznie wskazuje, że jej uzyskanie jest uzależnione od spełnienia przez dany podmiot określonych wymogów producenta oprogramowania, a także decyzji biznesowej takiego podmiotu w zakresie zwiększenia poziomu wsparcia technicznego. Jak wskazuje

w odwołaniu Odwołujący może to być poziom zaawansowanej pomocy technicznej dla partnerów (ASfP) lub poziom Premier Support for Partners (PSfP). Zarówno treść oferty, złożonych w toku postępowania wyjaśnień jak również odwołania i dowodów nie potwierdza, że oferowany przedmiot zamówienia będzie objęty wsparciem technicznym na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, w szczególności że przedmiot ten będzie świadczony przez konkretnego podwykonawcę oraz że podwykonawca ten korzysta na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia z wsparci na wymaganym w dokumentacji postępowania poziomie. Za nieprzydatny dla oceny argumentacji Odwołującego Izba uznała w tym zakresie dowód w postaci dokumentacji postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego tj. Polską Agencję Inwestycji i Handlu. W pierwszej kolejności należy wskazać, że decyzje podejmowane przez innych zamawiających w innych postępowaniach nie stanowią dowodu na potwierdzenie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia w ramach warunków i wymagań określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Niezależnie od powyższego Izba pragnie wskazać, że z treści dowodu nie wynika jaki przedmiot świadczenia i metoda jego realizacji została zaoferowana przez wykonawcę w przywoływanym przez Odwołującego postępowaniu.

W odniesieniu do niezgodności związanej z pkt 1.2 ppkt 13 OPZ (Zamawiający wymaga zagwarantowania przez Wykonawcę niezmienności cen jednostkowych na zaoferowane Produkty subskrypcyjne dla realizacji zamówień opcjonalnych w okresie dostępności Produktów) wskazać należy, że ponieważ warunek określa zagwarantowanie tej okoliczności jego spełnienie powinno jednoznacznie wynikać z treści zobowiązania i cech oferowanego świadczenia, nie zaś opierać się na domniemaniach wynikających z wyłącznie z faktu złożenia oferty. W przypadku oferty Odwołującego gwarancja taka nie wynika z treści złożonej oferty, a ponadto o jej braku świadczy treść przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień ceny z dnia 30 lipca 2024 r. Z ich treści jednoznacznie wynika, że swoją kalkulację oparł na warunkach przewidzianych dla licencji rocznych/12-miesięcznych i na ich podstawie oparł koszt dla świadczenia w okresie 36 miesięcy. Dodatkowo Odwołujący w ww. wyjaśnieniach podkreślił, że jako Partner Microsoft – producenta zamawianego oprogramowania oferując licencje na produkty Microsoft po określonych cenach musi uwzględniać stosunek wiążący go z producentem. Z tego względu kalkulując ceny za licencje przyjął za punkt wyjścia ceny z cennika Microsoft, obowiązujące na dzień 21

złożenia oferty. Z powyższego jak i z innych dokumentów nie wynika zagwarantowanie cen jednostkowych, przeciwnie przywołana została okoliczność, która potencjalnie może mieć wpływ na zmianę cen w stosunku do stawek z dnia złożenia ofert. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że wykonawca w złożonej ofercie zagwarantował spełnienie ww. warunku.

Przechodząc do ostatniego z warunków wskazanych przez Zamawiającego jako podstawa do stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami zamówienia tj. § 7 pkt 1 projektu umowy zgodnie z którym celem Stron jest zapewnienie możliwości korzystania z produktów gwarantowanych, dostarczanych w ramach umowy, jako całości, jak i wszystkich jego elementów/pakietu usług standardowych i aktualizacji, w pełnym zakresie i bez dodatkowych kosztów, i wynikającego z niego braku zaoferowania pakietu korzyści Software Assurance (dalej „pakiet SA", Izba uznała że zarzuty Odwołującego w tym zakresie nie znalazły potwierdzenia. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący w żadnym punkcie nie wykazał aby zaoferowany przez Odwołującego sposób realizacji przedmiotu zamówienia poprzez kanał dystrybucji CSP obejmował swoim zakresem pakiet SA. Odwołujący skupił się w pierwszej kolejności na wskazaniu, iż taki wymóg nie mógł istnieć, gdyż jego wprowadzenie uniemożliwiłoby złożenie jakiejkolwiek oferty z uwagi na uwarunkowania w zakresie pakietu SA oferowanego w ramach kanału MSPA (wyłącznie dla licencji wieczystych). Jednocześnie Odwołujący pomija fakt, że pakiet ten jest włączony jako elementem świadczenia związanego z produktami w ramach kanału dystrybucji EA. Wynika to m. in. z oficjalnych dokumentów producenta oprogramowania tj. Software Assurance benefits summary oraz Licensing agreements comparison for commercial and government organizations. Postawienie takiego warunku w żaden sposób nie wykluczało zatem złożenia oferty

w przedmiotowym postępowaniu. W dalszej kolejności argumentacja Odwołującego sprowadzała się do ograniczenia zakresu przedmiotowego pakietu SA wyłącznie do kwestii aktualizacji oprogramowania i wskazania że taki zakres usług (tj. aktualizacja) oferowany jest w każdym pakiecie subskrypcyjnym w całym okresie obowiązywania niezależnie od modelu dostawy. Takie założenie należy uznać za nietrafione. Zgodnie z informacją zawartą na stronie producenta oprogramowania pakiet SA stanowi unikatowy zestaw technologii, usług i praw umożliwiających efektywne korzystanie z produktów firmy Microsoft. Tym samym nie sposób uznać, że zapewnienie aktualizacji oprogramowania (zwłaszcza wobec faktu, że Odwołujący nie wskazał który model zarządzania aktualizacjami zaoferował) spełnia cel i wymagania określone w przywołanym przez Zamawiającego wymogu umownym.

Odnosząc się do przywoływanej argumentacji i dowodów związanych z rozstrzygnięciami w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia należy ponownie wskazać, że decyzje podejmowane przez innych zamawiających w innych postępowaniach nie stanowią dowodu na potwierdzenie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia w ramach warunków i wymagań określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto z przedstawionych dowodów nie wynika aby którekolwiek z postępowań charakteryzowało si Niezależnie od powyższego odnosząc się do poszczególnych dowodów Izba pragnie wskazać, iż z dowodu nr 7 tj. dokumentacji dot. postępowania prowadzonego przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy pn. „Subskrypcja oprogramowania narzędziowego wspierającego i rozszerzającego funkcjonalności w 22

ramach pracy biurowej oraz zdalnej" nie wynika jaki produkt i w jakim kanale dystrybucyjnym został zaoferowany w przywoływanym postępowaniu. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku dowodu nr 8 tj. dokumentacji postępowania pn. „Dostawa 12 miesięcznej subskrypcji oprogramowania biurowego dla Uniwersytetu Pedagogicznego im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie. Znak sprawy: 21/TP/COI/2023" przeprowadzony przez Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie.

W obu tych przypadkach przedstawiono wyciąg z SWZ, formularz ofertowy bez zidentyfikowania produktu i sposobu jego realizacji, w szczególności nie wynika z nich okoliczność że zaoferowano w przedmiotowych postępowaniach licencje w modelu dystrybucji CSP. Ponadto nie sposób przyjąć, że warunki przedmiotowych postępowań i sposób opisu przedmiotu zamówienia był analogiczny jak w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie. Również w odniesieniu do dowodu nr 9 tj. postępowania pn. „uzupełnienie subskrypcji M365 na okres do dnia 24 października 2024 r." przeprowadzony przez Telewizja Polska S.A. wskazać należy, że jego przedmiotem były produkty o innych nazwach i oznaczeniach katalogowych niż w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nabywane na krótszy okres. Tym samym nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że dowód ten potwierdza, że produkt oferowany przez Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu w pełni odpowiada wymogom OPZ i jest tym samym produktem, którego oczekuje Zamawiający.

W odniesieniu do podnoszonej w odwołaniu kwestii związanej z oceną równoważności wskazać należy, że wbrew twierdzeniu Odwołującego brak weryfikacji zaoferowanego produktu przez Zamawiającego pod kątem równoważności nie jest jednoznaczna z faktem, iż Zamawiający ocenił zaoferowane przez Odwołującego produkty jako identyczne z opisanymi przez Zamawiającego produktami. Brak weryfikacji w pierwszej kolejności jest pochodną faktu, że Odwołujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu w formularzu ofertowym zadeklarował realizację przedmiotu zamówienia poprzez dostawę produktów o nazwach i symbolach katalogowych wskazanych w dokumentacji postępowania tj.

- 85P-00001 M365 E3 FUSL EEA Sub Per User
- 8Y8-00001 Teams EEA Sub Per User
- KF5-00002 Defender O365 P1 Sub Per User

Jak ustalono dostawa produktów o ww. ściśle sprecyzowanych w dokumentacji postępowania

nazwach i symbolach katalogowych mogła być realizowana jedynie na warunkach przewidzianych modelu dystrybucji MPSA/EA. Skoro Zamawiający otrzymał od Odwołującego oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym, iż taki sposób realizacji przedmiotu zamówienia jest mu oferowany, to trudno oczekiwać aby wobec tak jednoznacznego oświadczenia Odwołującego podejmował czynności zmierzające do ustalenia równoważności świadczenia Odwołującego. Jak

słusznie wskazał Zamawiający i co wynika z treści dokumentacji postępowania, postanowienia SWZ, w tym warunki zamówienia zostały ukształtowane w sposób umożliwiający Zamawiającemu powzięcie wiedzy, czy ma do czynienia z wymaganymi produktami gwarantowanymi, czy też z produktami równoważnymi opisanymi w dokumentacji postępowania.

Odwołujący w swojej argumentacji stara się de facto, wbrew wymaganiom SWZ, wprowadzić obok produktu gwarantowanego oraz produktów równoważnych trzecią kategorię nienależącą do tych dwóch

grup czyli tzw. „produktu identycznego/tożsamego" tj. produktu o takich samych, identycznych funkcjonalnościach, a różniącego się wyłącznie numerem katalogowym i nazewnictwem ze względu na kanał dystrybucji, z którego korzysta Odwołujący. Odwołujący pomija jednak przy tym konsekwentnie okoliczność wskazywaną już we wcześniejszej części uzasadnienia, że metoda realizacji wymaganych dostaw tj. że kwestia cech kanału dystrybucji za pośrednictwem którego pozyskiwany jest produkt oraz świadczenia i usługi związane z cechami i charakterem danego kanałem/modelem dystrybucji stanowią nieodłączny element produktu o określonym symbolu katalogowym. Przyjęcie argumentacji Odwołującego sprowadzałoby się do uznania, że producent oprogramowania – firma Microsoft tworzy stosowane w skali globalnej odrębne modele dystrybucyjne, warunki licencyjne oraz umowne, odrębne kategorie grup klientów, odrębne kategorie własnych partnerów wraz z warunkami i procedurami weryfikacji tych partnerów i nadawania odpowiedniego statusu, jedynie w tym celu aby ostatecznie poszczególne modele dystrybucji różniły się wyłącznie numerem katalogowym oraz nazwą nadaną poszczególnym licencjom. Taka argumentacja stoi w sprzeczności zarówno z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, jak również dokumentami pochodzącymi od producenta oprogramowania, w tym w szczególności dokumentami zgromadzonymi w toku przedmiotowego postępowania.

Z tych przyczyn zarzuty odwołania w zakresie niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia nie zasługiwały na uwzględnienie.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut w zakresie podnoszonego przez Odwołującego bezpodstawne uznanie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę podczas gdy Odwołujący złożył pełne i kompleksowe wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Na wstępie wskazać należy, iż użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ww. ustawy w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

W przedmiotowym stanie faktycznym wbrew twierdzeniom Odwołującego wątpliwości te nie były wynikiem treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Wezwanie do wyjaśnienia ceny z dnia 25 lipca 2024 r. zostało przez Zamawiającego skierowane do Odwołującego w oparciu o informacje zawarte w formularzu ofertowym, w którym Odwołujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu produktów o wskazanych w dokumentacji postępowania nazwach i numerach katalogowych. Fakt, iż na etapie wyjaśnień Odwołujący złożył wyjaśnienia i dowody odnoszące się do innego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia niż wskazany pierwotnie w ofercie tj. produktów o innych numerach katalogowych dostarczanych w innym modelu dystrybucji nie miał zatem wpływu na powzięcie wątpliwości przez Zamawiającego w tym zakresie w momencie kierowania wezwania do 24

wyjaśnień ceny ofertowej. Podstawą decyzji Zamawiającego o skierowaniu wezwania była ocena wysokości ceny za realizację przedmiotu zamówienia zgodnego z opisem zawartym w dokumentacji postępowania tj. produktów o wskazanych w dokumentacji nazwach i numerach katalogowych oferowanych w konkretnym modelu dystrybucyjnym (MPSA/EA). Informacje o zaoferowaniu tego konkretnego sposobu realizacji zamówienia nie stanowiły efektu przyjęcia określonych założeń przez Zamawiającego jak podnosi Odwołujący, lecz wynikały z oświadczenia Odwołującego zawartego w treści formularza oferty konkretyzującego i jednoznacznie identyfikującego produkty i sposób realizacji przedmiotu zamówienia przez Odwołującego.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący przedstawił wyjaśnienia i załączył dowody odnoszące się do produktów o innych symbolach katalogowych dostarczanych przy zastosowaniu innych modelów dystrybucji. Tym samym złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie odnosiły się do treści złożonej przez niego oferty, lecz odmiennego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia niż wskazany pierwotnie przez samego Odwołującego w treści oferty. Zamawiający wymagał wyjaśnienia ceny za realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu produktów określonych co do nazw i symbolu katalogowego w dokumentacji postępowania i tak samo określonych w formularzu ofert Odwołującego, co znalazło swój bezpośredni wyraz w treści wezwania w którym nazwy i symbole te zostały przywołane. Wezwanie dotyczyło następujących elementów oferty Odwołującego:

w zakresie podstawowym

Lp	Symbol katalogowy oferowanego produktu [A]	Nazwa produktu [B]	Cena jednostkowa brutto w PLN -1 szt. produktu za 36 miesięcy [C]	Liczba produktów [D]	Wartość brutto w złotych polskich za 36 miesięcy [Kol. C x Kol. D] [E]
1	85P-00001	M365 E3 FUSL EEA Sub Per User	4 821,60	1000	4 821 600,00

2	8Y8-00001	Teams EEA Sub Per User	713,40	1000	713 400,00
3	KF5-00002	Defender O365 P1 Sub Per User	297,66	1000	297 660,00

w zakresie opcji

Lp	Symbol katalogowy oferowanego produktu [A]	Nazwa produktu [B]	Cena jednostkowa brutto w złotych polskich za 1 miesiąc [C]	Maksymalna liczba produktów [D]	Liczba miesięcy [E]	Cena brutto w złotych polskich za 36 miesięcy [Kol. C x Kol. D x Kol. E] [F]
1	85P-00001	M365 E3 FUSL EEA Sub Per User	133,93	100	36	482 148,00
2	8Y8-00001	Teams EEA Sub Per User	19,82	100	36	71 352,00
3	KF5-00002	Defender O365 P1 Sub Per User	8,27	100	36	29 772,00

Tymczasem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył wyjaśnienia i załączył dowody odnoszące się do produktów o innych symbolach katalogowych tj. Microsoft 365 E3 EEA (no Teams) (CFQ7TTC0LFLX:0010), Microsoft Teams EEA (CFQ7TTC0MZJF:0004) oraz Microsoft Defender for Office 365 (Plan 1) (CFQ7TTC0LH04:0001) dostarczanych w ramach innego modelu dystrybucyjnego (CSP/NCE). W świetle powyższego prawidłowość wyliczenia ceny, rzetelność przedstawionych kalkulacji i dowodów wyjaśnień dla takiego sposobu realizacji przedmiotu umowy ma znaczenie drugorzędne, gdyż podstawową kwestią przy ocenie czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty jest fakt, iż Odwołujący nie udzielił w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień i nie przedstawił dowodów odnoszących się do treści wezwania oraz treści złożonej przez siebie oferty. Odrzucenie oferty nie było zatem skutkiem rzekomego, lecz faktycznego i jednoznacznego udzielenia przez Odwołującego wyjaśnień odnośnie innego produktu i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia niż zaoferowany przez samego Odwołującego w treści oferty. Takie działanie należy traktować równoznacznie z przewidzianą w art. 224 ust. 6 Pzp ustawie sytuacją, zgodnie z którą 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 podanej w ofercie ceny lub kosztu. W świetle powyższego oraz okoliczności faktycznych sprawy zarzut naruszenia art. 226 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W świetle przywołanych wcześniej okoliczności za niezasadny należy zatem zarzut odnoszący się do naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W ocenie Izby Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w dokumentacji postępowania oczekiwany produkt finalny oraz sposób i zasady jego dostarczenia. Okoliczności te nie mogą budzić wątpliwości również w świetle zasad dostarczania licencji określonych przez producenta oprogramowania – firmę Microsoft. Nie sposób przyjąć aby Odwołującemu, będącemu licencjonowanym partnerem firmy Microsoft zasady te nie były znane oraz aby nie mógł on odczytać wprost oczekiwanego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia z dokumentacji postępowania. Wskazanie bowiem wprost w dokumentacji nazwy oraz symboli katalogowych przypisanych do produktów oferowanych przez producenta oprogramowania – firmę Microsoft w ramach konkretnego modelu dystrybucji (MPSA/EA) nie wskazuje na konieczność interpretowania zapisów SWZ i nie pozostawia w tym zakresie wątpliwości czy wieloznaczności odnośnie oczekiwań Zamawiającego wobec wykonawców.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: …….