Sygn. akt: KIO 2050/23

WYROK
z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2023 r. przez wykonawcę **MScloud Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Naukową i Akademicką Sieć Komputerową - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie** przy udziale wykonawcy **P&P Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. 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: ……..

Sygn. akt: KIO 2050/23

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

Zamawiający – Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *subskrypcję oprogramowania biurowego wspierającego i rozszerzającego funkcjonalności w ramach pracy biurowej oraz zdalnej* (znak postępowania: ZZPiZ.2611.11.2023.89.MGA[APLIK2][OSE2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2023 r. pod numerem nr 2023/S 067-201029.

W dniu 13 stycznia 2023 r. wykonawca Proexe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 4) i 5) ustawy Pzp; a w konsekwencji
2. art. 239 ust. 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania przedmiotowego przepisu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 10 lipca 2023 roku;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty P&P i OCHK;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że w pełni podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie ogłoszonym w dniu 7 czerwca 2023 roku (dowód 16) i powołuje je jako własne: *„Wykonawca w Formularzu cenowym nie wskazał produktu Microsoft 365 E5 w sposób jednoznaczny, albowiem w przypadku produktu Microsoft 365 E5, producent oprogramowania, firma Microsoft, wskazuje na 2 różniące się warianty tego oprogramowania: CFQ7TTC0LFLZ:0002 lub CFQ7TTC0LFLZ:0003, z czego pierwszy spełnia wymagan przedmiotu zamówienia, a drugi nie (poniżej link i zrzut ekranu z odniesieniem do informacji producenta). W związku z powyższym Zamawiający nie był w stanie sam zidentyfikować, jaki rodzaj licencji zaoferował Wykonawca, ponieważ jednoznaczna identyfikacja licencji jest możliwa tylko poprzez wskazanie pełnego numeru licencji wg oznaczeń producenta, czyli wraz z podaniem jednostki SKU produktu, a sam kod poprzedzający jest właściwy dla więcej niż jednego produktu. [...] Wobec braku możliwości jednoznacznej identyfikacji oferowanego produktu na podstawie informacji z*

Formularza cenowego, tzn. wskazania jednej i tylko jednej wersji produktu, nie jest również możliwe ustalenie, którą wersję Wykonawca zamierzał dostarczyć Zamawiającemu. Wersja CFQ7TTC0LFLZ:0002 to produkt zgodny z wymaganiam SOPZ, natomiast CFQ7TTC0LFLZ:0003 jest produktem niezgodnym z SOPZ, albowiem nie obejmuje wszystkic funkcjonalności wskazanych w pkt 5.1. SOPZ w podpunkcie opisującym wymagane „Narzędzie do komunikacji wielokanałowej online (SKW)".

Odwołujący wskazał, że wymóg posłużenia się pełnymi oznaczeniami producenta
w celu jednoznacznej identyfikacji zaoferowanego produktu zawarto w pkt 2 O.4 SOPZ oraz że wynika z niego, iż Zamawiający wymagał podania danych oferowanego Oprogramowania zgodnie z oznaczeniem producenta w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednoznaczną identyfikację i weryfikację zaoferowanego Oprogramowania.

Wskazał, że Zamawiający odwołał się do komunikatu Microsoft pod linkiem https://learn.microsoft.com/plpl/partner-center/announcements/2023-april wskazującym, iż oznaczenie produktu Microsoft 365E5 posiada dwie sygnatury: Identyfikator produktu oraz Jednostkę SKU produktu. Uzasadniał, że skoro w OPZ Zamawiający nakazał przy identyfikacji produktu w ofercie posłużyć się „oznaczeniami producenta" to obowiązkiem P&P było podanie nazwy: Microsoft 365E5, identyfikatora: CFQ7TTC0LFLZL oraz Jednostki SKU 0002. W taki właśni sposób oznaczyło oferowany produkt 4 wykonawców, dla których wymaganie SOPZ były klarowne i zgodne z celem wymagania biorąc pod uwagę konieczność spełnienia przez zaoferowane oprogramowanie wymagań przedmiotowych SOPZ.

Odwołujący zauważył, iż przedmiot zamówienia został określony w SOPZ jako:
1/ poz. 1 „pakiet licencji Microsoft 365 E5 lub równoważne"
2/ poz. 2 „pakiet licencji Microsoft Office 365 E1 lub równoważne".

Zamawiający definiując OPZ miał świadomość, iż produkty Microsoft 365 mogą mieć różne oznaczenia katalogowe w zależności od programu licencjonowania, w oparciu o który wykonawcy składają oferty, jak również, iż produkty te mogą być oferowane w różnych odmiennych wersjach i nazwach. Stąd Zamawiający wymagał dokładnej identyfikacji przedmiotu oferty.

Odwołujący wskazał, iż P&P oraz OCHK podały jedynie numer CFQ7TTC0LFLZ, co słusznie doprowadził Zamawiającego do konstatacji, iż w grę mogą wchodzić dwa istotnie różne produkty, z których jeden nie spełnia wymagań SOPZ, o czym Odwołujący wiedział
i co P&P przyznała w tezie 19 i 27 Uzasadnienia Odwołania P&P.

Podkreślał, iż P&P nie kwestionuje istnienia dwóch produktów CFQ7TTC0LFLZ-00002 i CFQ7TTC0LFLZ-000 oraz tego iż produkt CFQ7TTC0LFLZ0003 nie spełnia wymagania 5.1 SOPZ (brak funkcjonalności telekonferencji). P&P w swoim odwołaniu posługiwała się argumentacją w poniższych obszarach: (A) dyskredytowaniem komunikatu Microsoft powołanego przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty P&P i OCHK tj. https://learn.microsoft.com/pl-pl/partnercenter/announcements/2023-april jako informacji marketingowej, (B) próbą przekonania Izby, iż oznaczenie Microsoft 365 E5 jest wystarczające, zatem do identyfikacji produktu nie jest konieczne podawanie numeru CFQ7TTC0LFLZ ani też rozszerzenia SKU, (C) twierdzeniem, że identyfikacja zaoferowanego produktu nastąpiła w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny co miało skutecznie konwalidować braki formularza ofertowego, (D) próbą przekonania Izby, iż z racji niedostępności na Polskim rynku CFQ7TTC0LFLZ-0003 oferta P&P jednoznacznie wskazywała na CFQ7TTC0LFLZ-0002.

Odnośnie ad. A Odwołujący wskazał, iż w zakresie twierdzeń ujętych w tezie 20 uzasadnienia Odwołania P&P należy zauważyć, iż komunikat dostępny po linkiem został opublikowany na domenie adresowanej dla partnerów Microsoft (autoryzowanych dystrybutorów Microsoft). Dokładniej dla niżej określonych odbiorców, cyt: „Odbiorcy, których dotyczy problem: partnerzy z rozliczaniem bezpośrednim, dostawcy rozwiązań w chmurze (CSP) i dostawcy pośredni, którzy korzystają z nowych cen opartych na licencjach na licencje na rynki europejskie."

Powyższy komunikat dotyczy systemu licencjonowania CSP/NCE (New Commerce Expirience), a dokładniej zmiany cen pozycji wymienionych w zamieszczonej tamże tabeli, czyli kwestii cen obowiązujących pomiędzy Microsoft, a dystrybutorami, a więc obszaru profesjonalnego obrotu produktami Microsoft pomiędzy producenta, a autoryzowanym dystrybutorem. Nie jest to jak twierdzi P&P*„strona dedykowana rozwijaniu umiejętności dzięki produktom Microsoft, zawierającej informacje na temat produktów a także przewodniki, artykuły i informacje dla partnerów.* Skoro, cyt. P&P : *„Zdaniem odwołującego właściwego oznaczenia produktu powinno się przede wszystkim szukać w oficjalnej ofercie dla klientów na oficjalnej stronie Microsoft, a nie w jednym z setek ogłoszeń na platformie do nauki"* - właśnie ten komunikat jako adresowany do Partnerów Microsoft ma atrybut oficjalnego komunikatu o charakterze handlowym, a nie marketingowym. Adekwatny poziom szczegółowości reprezentują dane ofertowe w serwisach transakcyjnych partnerów Microsoft jako pochodne danych cenników Microsoft adresowanych do partnerów. Okoliczność „sprzęgnięcia" cennika Microsoft adresowanego do partnerów na potrzeby handlu elektronicznego z cennikami serwisów transakcyjnych partnerów co P&P potwierdził w tezie 29 i 30 Uzasadnienia Odwołania P&P.

Dystrybutorzy Microsoft posługują się relacjach ze swoimi klientami końcowymi, pośrednikami (takimi jak Odwołujący) właśnie za pomocą pełnych oznaczeń produktów obejmujących także jednostki SKU. Przykładem są dane zawarte w serwisach transakcyjnych APN Promise S.A., Crayon Poland Sp. z o.o. i Also Polska Sp. z o.o., gdzie powyżsi dystrybutorzy oferują produkty Microsoft 365, E3 i E5 oraz Microsoft Office E1, E3
i E5 oraz Microsoft 365 Business Premium na poziomie szczegółowości do Jednostki SKU, co jest pochodną konstrukcji cenników dystrybutorów opartej na wiążących dystrybutorów cennikach Microsoft.

Powyższe wyciągi z systemów transakcyjnych partnerów Microsoft potwierdzają, iż produkty Microsoft 365 na potrzeby transakcji zakupowych są definiowane niezwykle szczegółowo w sposób pozwalający na identyfikację każdej z oferowanej wersji,
a oznaczenia jednostek SKU mają kluczowe znaczenia dla identyfikacji wersji przesądzającej o funkcjonalności poszczególnych wersji. Co więcej, z powyższych print screenów wynika, iż każdy z produktów ujęty w systemie transakcyjnym może być zamówiony w różnych opcjach. Dla przykładu produkt CFQ7TTC0LFLZ:0002 dostępny
w systemie transakcyjnym ALSO Polska Sp. z o.o. można zakupić w dalszych opcjach,
w tym:
1/ na okres jednego roku, płatny miesięcznie: (Billing Type = Monthly (with 1 year commitment) -PTY) (tłum. Typ Rozliczenia = Miesięczny (z 1 rocznym zobowiązaniem); 2/ na okres jednego roku, płatny miesięcznie – w ramach promocyjnej ceny (Billing Type= Monthly (with 1 year commitment) -PTY) (tłum. Typ Rozliczenia = Miesięczny (z 1 rocznym zobowiązaniem); 3/ na okres jednego roku, płatny z góry; (Billing Type = Prepaid (with 1 year commitment) -PTY) (tłum. Typ Rozliczenia = Przedpłacony (z 1 rocznym zobowiązaniem); 4/ na okres jednego roku, płatny z góry – w ramach promocyjnej ceny (Billing Type = Prepaid (with 1 year commitment) -PTY) (tłum. Typ Rozliczenia = Przedpłacony (z 1 rocznym zobowiązaniem).

Powyższe przesądza o tym, iż cenniki systemów transakcyjnych partnerów są formułowane na wysokim poziomie szczegółowości i mają walor rzetelnej informacji
o oznaczeniach, typach oraz opcji płatności dostępnych produktów. Jak wynika
z powyższych print screenów sama nazwa produktu Microsoft w żadnym stopniu nie definiuje produktu. Na przykład w dowodzie 5: nazwa produktu Microsoft 365-Business obejmuje: 1/ produkt Microsoft 365-Business Premium CFQ7TTC0LCHC:0002 w trzech opcjach rozliczeniowych; 2/ produkt Premium CFQ7TTC0LCHC:0003 jako licenc testowa, nieodpłatna; 3/ produkt Microsoft365-Business Premium bez kodu: trzy typy licencji dla organizacji non-profit.

Odnośnie ad. B Odwołujący wskazał, że twierdzenie P&P jakoby w świetle informacji zawartej pod linkiem https://www.microsoft.com/pl-pl/microsoft-365/compare-microsoft-365-enterprise-plans (teza 22 Uzasadnienia Odwołania P&P) samo oznaczenie Microsoft 365 E5 było wystarczające do prawidłowej identyfikacji oferowanego produktu pozwalającej na ustalenie, iż zaoferowana wersja posiada narzędzia do prowadzenia konferencji
i komunikacji głosowej jest bezpodstawne. Otóż pod powyższym linkiem (print screen zamieszczono w Odwołaniu P&P) nie znajduje się jakakolwiek oferta Microsoft i nie znajduje się odnośnik do jakiegokolwiek serwisu transakcyjnego Microsoft. Osoba zainteresowana może kliknąć na przycisk „Skontaktuj się ze sprzedawcą" co powoduje wyświetlenie się komunikatu zachęcającego do kontaktu z Microsoft. Zatem informacja zawarta pod powyższym linkiem stanowi jedynie informację marketingową, prezentującą bardzo ogólne informacje o produktach rodziny Microsoft 365, natomiast nie zawiera skonkretyzowanych informacji na temat możliwości poszczególnych wersji Microsoft 365 E5, czy też innych warunków transakcyjnych, jak okres obowiązywania, warunki płatności, dodatki, typy licencji etc. oznaczanych unikalnymi symbolami. Z informacji podanych na powyższej stronie można jedynie wnosić, iż istnieje wersja Microsoft 365 E5 zapewniająca komunikację konferencyjną, lecz brak tu informacji, jakie jest dokładne oznaczenie takiej wersji, którym należy się posłużyć w celu jej zakupu. Liczba wersji produktów Microsoft Office 365 E1, oraz Microsoft 365E3 i E5 jest znaczna.

Dla przykładu, Odwołujący powołał się na wyciąg z cennika Microsoft dla programu licencjonowania zbiorowego MPSA, w ramach którego możliwe jest zakupienie łącznie 48 głównych typów produktów E3 i E5 (wg numerów katalogowych, nie licząc SKU, którego ten cennik z zasady nie obejmuje).

Dla przykładu, Odwołujący powołuje się na wyciąg z cennika Microsoft dla programu licencjonowania zbiorowego Enterprise Agreement, w ramach którego możliwe jest zakupienie łącznie 27 głównych typów produktów E3 i E5 (wg numerów katalogowych, nie licząc SKU, którego ten cennik z zasady nie obejmuje).

Dla przykładu, Odwołujący powołuje się na wyciąg z cennika Microsoft dla programu licencjonowania NCE, w ramach którego możliwe jest zakupienie łącznie 162 głównych typów produktów E3 i E5 (wg numerów katalogowych, nie licząc SKU, którego ten cennik z zasady nie obejmuje).

W tezie 23 Uzasadnienia Odwołania P&P, P&P wysuwa twierdzenie, iż dla oznaczenia produktu wystarczające jest nadanie produktowi określonej nazwy, a P&P jedynie z własnej inicjatywy w ofercie do nazwy dodał także (Product ID czyli numer CFQ7TTC0LFLZ), co jego zdaniem jest wystarczające aby ustalić, iż wystarczy to aby odróżnić wersję bez

konferencji od wersji z konferencją. Powyższe twierdzenie nie znajduje potwierdzenia w informacjach, na jakie powołuje się P&P w linkach powołanych w tezie 21 i 22 Uzasadnienia Odwołania P&P – gdyż informacje te abstrahują od Product ID oraz Identyfikatora SKU i nie sposób na ich podstawie ustalić jakie produkty wchodzą w skład rodziny Microsoft 365 i jakie mają możliwości.

Odnośnie ad. C Odwołujący wskazał, iż P&P z uporem stara się wykazać, iż jest możliwe ustalenie czy zaoferowany przez niego produkt Microsoft posiada akurat funkcjonalność telekonferencji, gdyż wynikało to z wyjaśnień P&P dotyczących rażąco niskiej ceny. Nie mniej należy zauważyć, iż dokładna identyfikacja produktu jest wymagana przez Zamawiającego m.in. w celu zweryfikowania spełniania wymagań także dla Produktu Microsoft. Identyfikacja produktu przez P&P po upływie terminu składania ofert stanowiła nieskuteczną i niedozwoloną próbę zmiany treści oferty. Co znamienne, Zamawiający postawił identyczne warunki przedmiotowe nie tylko dla oprogramowania równoważnego, ale także dla oprogramowania Microsoft Office 365 E1 i Microsoft 365 E5 (patrz pkt 5.1 i 5.2 SOPZ). Praktyka wskazuje, że kryteria równoważności formułowane są zwykle dla rozwiązania równoważnego, ale w przypadku niniejszego postępowania Zamawiający sformułował je także pod adresem oprogramowania zasadniczego. Potwierdza to tezę Odwołującego, iż nie każde oprogramowanie z rodziny Microsoft Office 365 E1 i Microsoft 365 E3 spełnia oczekiwania Zamawiającego, i obowiązkiem wykonawcy jest dokonanie właściwego wyboru odpowiedniego produktu Microsoft z odpowiedniej rodziny. Stąd wymaganie Zamawiającego w przedmiocie dokładnej identyfikacji zaoferowanego oprogramowania pozwalające Zamawiającemu na weryfikację, czy konkretna wersja objęta ofertą spełnia wymagania odpowiednio pkt 5.1 lub 5.2 SOPZ w całości, a nie tylko
w obszarze funkcjonalności związanej z telekonferencjami.

Odnośnie ad. D Odwołujący wskazał, że nie ma znaczenia hipotetyczna okoliczność, czy produkt CFQ7TTC0LFLZ: 0003 nie jest dostępny na terenie Polski. Podstawą prawną odrzucenia oferty P&P powinna być okoliczność wadliwego sporządzenia oferty powodująca niegodność oferty z SWZ, a nie zaoferowanie świadczenia niemożliwego. Nie jest także prawdą, iż w wypadku niedostępności produktu CFQ7TTC0LFLZ:0003 dopuszczalne jest pominięcie oznaczenia 0003. Skoro produkt 0003 istnieje, to jego zamieszczenie w ofercie konkretyzuje przedmiot oferty, a więc definiuje essentialia negotii oraz umożliwia Zamawiającemu weryfikację zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami przedmiotowymi. Niedostępność zaoferowanego produktu może co najwyżej skutkować pierwotną niemożnością świadczenia i nieważnością zawartej Umowy. Natomiast każdy z wykonawców może zamówić produkt CFQ7TTC0LFLZ:0003 dla klienta polskiego o czym świadczy poniższa informacja publikowana przez Microsoft pod linkiem: :

Na marginesie, blokowanie przez Microsoft dostępności określonych produktów dla określonych rynków stanowiłoby obrazę zasady swobodnego przepływu towarów Artykuł 26 ust.2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Produkty niedostępne w krajowym cenniku (i serwisach transakcyjnych krajowych partnerów Microsoft) można nabyć
w transakcjach tradycyjnych tj. poza elektronicznymi serwisami transakcyjnymi partnerów Microsoft. Dowody 11 i 12 przesądzają o dostępności produktu CFQ7TTC0LFLZ:0003
w Polsce (tezy 27-31 Uzasadnienia Odwołania).

Odnośnie powołanych przez P&P trzech przykładów odrębnych postępowań na Microsoft 365, Odwołujący zauważa, iż w żadnym z tych postępowań Zamawiający nie żądali od wykonawców wskazania wyczerpujących wersji oprogramowania Microsoft:
1/ W postępowaniu prowadzonym przez Agencję Badań Medycznych, tamtejszy zamawiający w ogóle nie wymagał podania oznaczenia w ofercie wersji;
2/ W postępowaniu prowadzonym przez Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o., tamtejszy zamawiający sam wskazał numer katalogowy produktów dla zakupów w ramach programu CSP: „Microsoft 365 E5 – kod producenta: 8bdbb60b-e526-43e9-92ef-ab760c8e0b7 lub oprogramowanie równoważne; Microsoft 365 F3 – kod producenta: 3451a3b0-8cda-44a7-bad7-c30be81c4aaa lub oprogramowanie równoważne;" - a P&P zaoferował oprogramowanie równoważne, przy czym podobnie jak w poprzedzającym przetargu, zamawiający nie postawił wymogu podania pełnego oznaczenia wersji.
3/ W postępowaniu prowadzonym przez Kraków 5020 Sp. z o.o., tamtejszy zamawiający
w ogóle nie wymagał podania oznaczenia wersji w ofercie, przy czym postępowanie to nie dotyczyło oprogramowania Microsoft 365 E5;

Tak więc powołane przez P&P przykłady nie odpowiadają przypadkowi niniejszego Postępowania, gdyż nie występował w nim adresowany do wykonawców wymóg dokładnej identyfikacji przedmiotu oferty za pomocą oznaczeń producenta. Natomiast Odwołujący uczestniczył w przetargu Centrum e-Zdrowie WRZ.270.120.2023, gdzie tamtejszy zamawiający samodzielnie definiował poszczególne produkty Microsoft w formularzu ofertowym w celu zapewnienia sobie dokładnie takich produktów jakich, oczekiwał. Co znamienne, w tym postępowaniu produkty zdefiniowano nie tylko za pomocą Product ID, ale także SKU oraz akronimu modelu płatności, przykład: CFQ7TTC0LFLX:0001:P1M:M.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż:

1/ Wymaganie pkt 2 ppkt 0.4 SOPZ nie budzi wątpliwości co tego, iż obowiązkiem P&P i OCHK było precyzyjne określenie zaoferowanego oprogramowania przy wykorzystaniu oznaczeń stosowanych przez producenta;

2/ Zarówno P&P jak i OCHK, w ofercie zastosowały jedynie część oznaczeń producenta dla oprogramowania Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ, w efekcie czego Zamawiający nie mógł ustalić, czy Odwołujący zaoferował Zamawiającemu wersję SKU 0002, czy też 0003.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust.1 pkt 4) Ustawy Odwołujący wskazał, iż skoro produkt „Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ" występuje w dwóch wersjach: Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ-0002 i Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ-0003 to oznacza, że wpisanie do formularza oferty oznaczenia Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ nie wskazuje na żaden konkretny produkt. Tym samym, oferta jako czynność prawna nie zawiera *esentialia negotti* i jest czynnością nieważną, albowiem nie obejmuje swojego przedmiotu w jednym z wymaganych przez Zamawiającego punktów asortymentu zamówienia.

Wynikiem naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 11) w zw. z art. 223 ust.2 pkt 3) oraz art. 226 ust.1 pkt 5) stało się naruszenie art. 239 ust.1 Ustawy u postawy dokonania wyboru oferty podlegającej odrzuceniu i nie posiadającej atrybutu oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 lipca 2023 r. wniósł o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę P&P Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, oferty złożone w postępowaniu oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 10 lipca 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 lipca 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego przy odwołaniu, tj.:

1. pełny wydruk z - na okoliczność zdefiniowania adresatów komunikatu;
2. print screen z system transakcyjnego APN Promise S.A. dla Microsoft Office 365 E1;
3. print screen z system transakcyjnego APN Promise S.A. dla Microsoft 365 E3;
4. print screen z system transakcyjnego APN Promise S.A. dla Microsoft 365 E5;
5. print screen z system transakcyjnego APN Promise S.A. dla Microsoft 365-Business Premium;
6. print screen z system transakcyjnego Also Polska Sp. z o.o. dla Microsoft 365 E5;
7. print screen z system transakcyjnego Crayon Poland Sp. z o.o. dla Micorsoft Office 365 E1;
8. print screen z system transakcyjnego Crayon Poland Sp. z o.o. dla Microsoft 365 E5;
9. wyciąg z cennika MPSA dla produktów Microsoft 365 E3 i E5;
10. wyciąg z cennika MPSA dla produktów Microsoft 365 E3 i E5;
11. wydruk komunikatu z https://learn.microsoft.com/pl-pl/partner-center/pricing-and-offers;
12. oferta Crayon Poland Sp. z o.o. na produkt CFQ7TTC0LFLZ:0003;
13. SWZ postępowania prowadzonego przez Centrum e- Zdrowia – okoliczność irrelewantna dla rozpoznanej sprawy;
14. formularz ofertowy w/w postępowania - okoliczność irrelewantna dla rozpoznanej sprawy;
15. wyciąg z cennika NCE dla produktów Microsoft 365 E3 i E5;
16. zawiadomienie ogłoszone w dniu 7 czerwca 2023 roku – na okoliczność uprzedniego rozstrzygnięcia – okoliczność bezsporna;
17. odwołanie P&P w postępowaniu KIO 1752/23 – na okoliczność argumentacji P&P zawartej w odwołaniu – okoliczność bezsporna;

18. pismo zamawiającego uwzględniające Odwołanie P&P – okoliczność bezsporna;
19. 2 wydruki z cennika Microsoft z programu NCE wskazujące, że dla produktów Power BI Premium, oznaczonych tym samym nr ID, mamy 5 numerów SKU, co oznacza, że są to różne produkty;
20. wydruk z cennika Microsoft z programu NCE wskazujący, że dla produktów Microsoft 365 E3 oraz Microsoft 365 E5 oznaczonych odpowiednio dla danego produktu tym samym nr ID mamy kilka nr SKU.

Jednocześnie Izba włączyła w poczet materiału dowodowego złożone przez Przystępującego oświadczenie A.P.N. PROMISE S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 5 lipca 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 1 do SWZ [dalej „SOPZ"].

Zgodnie z SOPZ przedmiot zamówienia został określony jako:
- poz. 1 pakiet licencji Microsoft 365 E5 lub równoważne;
- poz. 2 pakiet licencji Office 365 E1 lub równoważne.

Zgodnie z punktem 2 O.4 SOPZ: dla jednoznacznej identyfikacji oferowanego Oprogramowania należy podać co najmniej nazwę producenta, nazwę oferowanego Oprogramowania i rodzaj licencji (według oznaczenia producenta). Wykonawca zobowiązany jest podać parametry w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednoznaczną identyfikację i weryfikację zaoferowanego Oprogramowania.

W dniu 10 maja 2023 r. upłynął termin składania ofert.

Przystępujący w złożonym Formularzu Cenowym, dla pkt 1.1., tj. dla pakietu licencji Microsoft 365 E5 lub równoważne, określił oferowany przedmiot zamówienia wskazując w kolumnie nr 2 nazwę oferowanej licencji jako Microsoft 365 E5 oraz w kolumnie nr 3 rodzaj oferowanej licencji (według oznaczenia producenta) jako CFQ7TTC0LFLZ.

Wykonawca Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w złożonym Formularzu Cenowym, dla pkt 1.1., tj. dla pakietu licencji Microsoft 365 E5 lub równoważne, określił oferowany przedmiot zamówienia wskazując w kolumnie nr 2 nazwę oferowanej licencji jako Microsoft 365 E5 oraz w kolumnie nr 3 rodzaj oferowanej licencji (według oznaczenia producenta) jako CFQ7TTC0LFLZ.

W dniu 10 lipca 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy P&P Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Oferta Odwołującego uplasowała się na miejscu trzecim.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 oraz art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P&P Solutions Sp. z o.o. [dalej jako „Przystępujący" albo „P&P"] oraz Operator Chmury Krajowej Sp. z o.o. [dalej jako „OCHK"] jako niezgodnych z warunkami zamówienia oraz nieważnych na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16)Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) [dalej „KC"], który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty

z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne
z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji
z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, czy na gruncie wymogów specyfikacji warunków zamówienia dla jednoznacznej identyfikacji
i weryfikacji oferowanego przez wykonawców oprogramowania dla oczekiwanego produktu Microsoft 365 E5 lub równoważnego, oprócz nazwy producenta, nazwy oferowanego oprogramowania i rodzaju licencji, konieczne było podanie numeru SKU produktu, względnie podanie nazwy Microsoft 365 E5 uzupełnionej o dopisek typu „wraz z funkcjonalnością konferencji dźwiękowych" oraz identyfikatora produktu.

Odwołujący stał na stanowisku, że zaoferowany przez P&P oraz OCHK produkt „Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ" występuje w dwóch wersjach, tj.: Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ-0002 i Microsoft 365 E CFQ7TTC0LFLZ-0003 co oznacza, że wpisanie do formularza oferty oznaczenia Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ r wskazuje na żaden konkretny produkt, czyniąc tym samym oferty wykonawców P&P oraz OCHK niezgodnymi
z punktem 2 lit. O.4 SOPZ oraz nieważnymi na podstawie odrębnych przepisów.

W ocenie Izby Odwołujący w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie wykazał, że oferty P&P oraz OCHK są niezgodne z wymogami Zamawiającego określonymi
w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia dotyczącymi sposobu opisania oferowanegooprogramowania, a w konsekwencji nieważne na podstawie odrębnych przepisów. Wskazać należy, iż w punkcie 2 lit. O4 SOPZ Zamawiający określił minimalne wymogi dotyczące opisania oferowanego produktu podając, iż dla jego jednoznacznej identyfikacji należało wskazać co najmniej nazwę producenta, nazwę oferowanego oprogramowania i rodzaj licencji (według oznaczenia producenta). Wskazane parametry należało podać w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednoznaczną identyfikację
i weryfikację zaoferowanego oprogramowania. Zamawiający zatem w dokumentacji postępowania określił minimalny zakres danych, jakich podania wymagał od wykonawców składających ofertę. Nie wymagał przy tym wskazania w Formularzu Cenowym numeru SKU oferowanego produktu.Wykonawca P&P oraz OCHK niespornie w Formularzu cenowym podali nazwę producenta, tj. Microsoft, nazwę oferowanego oprogramowania, tj. Microsoft 365 E5 oraz rodzaj licencji według oznaczenia producenta, tj. CFQ7TTC0LFLZ, co zdaniem Odwołującego było niewystarczające dla weryfikacji oferowanego oprogramowania z uwagi na brak podania odpowiedniego numeru SKU (0002).

Zdaniem Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dał podstaw do uznania, że zakres danych podanych przez P&P oraz OCHK nie umożliwiał Zamawiającemu weryfikacji oferowanego produktu.Zauważyć należy, iż ze zrzutu z ekranu ze strony Microsoft, na który powołał się Odwołujący na s. 3 odwołania wynika, że jeden z produktów nazwano „Microsoft 365 E5" a drugi z produktów nazwano „Microsoft 365 E5 bez konferencji dźwiękowych", przy czym oba produkty posiadają identyczny identyfikator CFQ7TTC0LFLZ, lecz różny numer SKU (odpowiednio SKU 0002 ora 0003). Z powyższego wynika, iż producent oprogramowania, w przypadku Microsoft 365 E5, rozróżnia wersję Microsoft 365 E5 oraz Microsoft 365 E5 bez konferencji dźwiękowych. Skoro zatem sam producent oprogramowania na swojej oficjalnej stronie oznaczając produkty różnicuje ja przypisując im określony tytuł (nazwę) wskazującą na zakres funkcjonalności, to nie można odmówić wykonawcy możliwości posłużenia się oficjalną nomenklaturą nadaną przez producenta. Tym samym wykonawcy P&P oraz OCHK, którzy w ofercie wskazali oferowany produktu jako Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ posłużyli się nazwą wersji oprogramowania nadaną przez producenta, konkretyzując tym samym przedmiot świadczenia. Brak jest zatem podstaw do przypuszczenia, iż zaoferowali oprogramowanie o innych cechach niż opisane przez producenta nazwą (tytułem produktu). W kontekście powyższego za nieuzasadnione należało uznać podniesione z ostrożności twierdzenia Odwołującego jakoby Wykonawcy nadaną przez producenta nazwę produktu „Microsoft 365 E5" powinni uzupełnić o dopisek typu „wraz z funkcjonalnością konferencji dźwiękowych", bowiem nie jest to oznaczenie, którym posługuje się producent.

Dalej zgodzić należy się z Zamawiającym, że okoliczność, iż na potrzeby prowadzenia rozliczeń z dystrybutorami lub kupcami, producent sprzętu posługuje się identyfikatorem produktu rozszerzonym o numer SKU, nie może wpływać na sposób oceny złożonych w postępowaniu ofert, zwłaszcza że jak już wskazano powyżej, sam producent nadał produktom dedykowane nazwy/tytułu produktu, które rozróżniają od siebie wersje produktu w przypadku Microsoft 365 E5. Analogicznie w przypadku relacji między dystrybutorami Microsoft oraz klientami końcowymi czy pośrednikami.

Ponadto zdaniem Izby Odwołujący wbrew regule dowodowej określonej art. 534
ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał, że kody SKU przesądzają o cechach (funkcjonalnościach) produktów Microsoft, w szczególności w przypadku Microsoft 365 E5. Nawet gdyby przyjąć założenie Odwołującego za słuszne, choć Izba stoi

na stanowisku, że Odwołujący go nie wykazał, to i tak możliwy był co najmniej dwojaki sposób opisania oferowanego oprogramowania (przyjęty przez Odwołującego ze wskazaniem m.in. nr SKU oraz przyjęty przez P&P i OCHK opisany powyżej), przy czym każdy byłby zgodny z wymogami specyfikacji warunków zamówienia, bowiem referował do oznaczenia producenta. Jednocześnie Izba wskazuje, że część dowodów złożonych przez Odwołującego, w szczególności wyciągów z cenników transakcyjnych poszczególnych podmiotów, dotyczyła innych produktów Microsoft niż objęte przedmiotem zamówienia (Power BI Premium P-series, Microsoft 365 E3, E1 czy Business Premium).

Nie zostało również przez Odwołującego wykazane, iż produkt Microsoft 365 E5 z nr SKU 0003 jest dostępny do zakupu do użytkowania na terytorium Polski. Zdaniem Izby stanowiska Odwołującego nie potwierdzają dowody nr 11 i 12, o których mowa na str. 8 odwołania. Podkreślenia wymaga, iż możliwość uzyskania wyceny czy też zakupu określonego oprogramowania w danym kraju nie jest równoznaczna z możliwością jego użytkowania na tym samym terytorium. W ocenie Izby dokonana przez Odwołującego analiza informacji opublikowanej przez Microsoft pt. „Jak uzyskać dostęp do cenników i dlaczego" (dowód nr 11) jest nieprawidłowa. W powyższym zakresie rację należy przypisać Zamawiającemu i powtórzyć za Zamawiającym, iż z przywołanego na str. 8 odwołania fragmentu wynika, że *„(…) jeżeli podmiot A działający w kraju A chce uzyskać informacje o cenach dla jego klienta działającego w kraju B, to ma taką możliwość. Co więcej może też zakupić dane oprogramowanie, które będzie użytkowane w kraju B. Producent wyraźnie w informacji podkreśla, że może wystąpić sytuacja, w której oprogramowanie kupione do użytkowania w kraju B nie jest dostępne do użytkowania w kraju A, co nie zmienia faktu, że można je nabyć w kraju A dla użytkowników w kraju B, w którym jest dostępne.*

W konsekwencji w przypadku gdy wersja danego oprogramowania nie jest przeznaczona na rynek kraju A, to nie można jej zakupić na potrzeby działania na tym rynku." Powyższe pozostaje w zgodzie ze złożonym przez Przystępującego oświadczeniem A.P.N. PROMISE S.A. z dnia 5 lipca 2023 r. – tj. podmiotu, na którego print screeny z systemu transakcyjnego powoływał się sam Odwołujący określającym zasady dystrybucji produktów Microsoft, w którym czytamy, że *„W przypadku Microsoft, zasady dystrybucji w analogicznym modelu handlowym zawsze są takie same i każdy dystrybutor może sprzedawać wyłącznie te produkty, które Microsoft dedykuje na dany rynek, a co za tym idzie system zakupowy każdego dystrybutora produktów Microsoft musi być do takiego modelu dostosowany."* Ponadto zgodnie z ww. oświadczeniem *„system zakupowy dystrybutora i system sprzedażowy Microsoft są zintegrowane, system zakupowy dystrybutora zawsze odzwierciedla w stosunku 1-1 katalog produktów oferowanych przez Microsoft w danym regionie geograficzny"*, a *„dystrybutor nie ma możliwości zaoferowania produktów, których Microsoft nie dedykował do sprzedaży na dany region geograficzny".*

Na możliwość używania na terytorium Polski produktu Microsoft 365 E5 CFQ7TTC0LFLZ:0003 nie wskazuje także oferta Crayon Poland Sp. z o.o. – dowód nr 12 (uwzględniając nawet omyłkę pisarską w kodzie produktu wynikającym z ww. dowodu, której ostatecznie Zamawiający nie podważał). Złożony dowód zawiera jedynie wycenę oprogramowania i nie przesądza, że ww. oprogramowanie jest przeznaczone na rynek polski i na tym rynku może być używane. Ponadto jak wynika za złożonego oświadczenia A.P.N. PROMISE S.A. licencją na oprogramowanie Microsoft 365 E5, dostępną w kanale dystrybucji w Polsce, jest licencja Microsoft 365 E5, kod producenta: CFQ7TTC0LFLZ. Z kolei licencja na produkt Microsoft 365 E5 bez konferencji dźwiękowych, kod producenta: CFQ7TTC0LFLZ, nie występuje w cenniku Microsoft, do którego APN posiada dostęp. Uwzględniając zatem przywołane powyżej zasady dystrybucji produktów Microsoft wynikające z rzeczonego oświadczenia, których Odwołujący nie kwestionował, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że produkt Microsoft 365 E5 oznaczony numerem SKU 0003 jest dedykowany do użytkowania na terytorium Polski. O powyższym nie przesądza możliwość uzyskania jego wyceny od polskiego dystrybutora Microsoft, czy nawet możliwość jego zakupu.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że podstawy do odrzucenia oferty P&P nie dają także wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które niekiedy mogą stanowić źródło ustalenia sprzeczności między ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia. Złożony przez Przystępującego załącznik nr 1 do pisma z dnia 18 maja 2023 r., dodatkowo w sposób obiektywny, potwierdza zgodność zaoferowanego produktu z wymogami Zamawiającego, nie stanowiąc przy tym próby zmiany treści oferty, lecz odniesienie się do wyceny przedmiotu oferty.

Reasumując powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego w przedmiotowej sprawie. Nie wykazał, że oferty wykonawców P&P oraz OCHK winny zostać odrzucone z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz nieważność na podstawie odrębnych przepisów. Tym samym odwołanie należało oddalić.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący konsekwencję omówionych powyżej zarzutów.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: **……..……..……..……..……..……..**