sygn. akt: KIO 1079/20, KIO 1095/20

WYROK

z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2020 r. przez:

1) wykonawcę - Integrated Solutions sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20; 01-211 Warszawa (KIO 1079/20),

2) wykonawcę - A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a; 02-672 Warszawa (KIO 1095/20),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Prokuratura Krajowa, ul. Postępu 3; 02-676 Warszawa,

przy udziale wykonawców:

a) A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a; 02-672 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 1079/20),

b) SoftwareONE Polska sp. z o.o., ul. Marszałkowska 142; 00-061 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20),

orzeka:

1A. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1079/20 w części dotyczącej zarzutów wykonawcy A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a; 02-672 Warszawa.

1B. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1079/20 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SoftwareONE Polska sp. z o.o., ul. Marszałkowska 142; 00-061 Warszawa.

1C. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1095/20 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SoftwareONE Polska sp. z o.o., ul. Marszałkowska 142; 00-061 Warszawa.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SoftwareONE Polska sp. z o.o., ul. Marszałkowska 142; 00-061 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez 1) Integrated Solutions sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20; 01-211 Warszawa (KIO 1079/20) oraz 2) A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a; 02-672 Warszawa

(KIO 1095/20), tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od SoftwareONE Polska sp. z o.o., ul. Marszałkowska 142; 00-061 Warszawa na rzecz:

1) Integrated Solutions sp. z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20; 01-211 Warszawa (KIO 1079/20), kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2) A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a; 02-672 Warszawa (KIO 1095/20), kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

sygn. akt: KIO 1079/20, KIO 1095/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Prokuratura Krajowa, prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem

jest „Dostawa licencji, aktualizacja licencji i subskrypcja oprogramowania oraz usługi wsparcia lub produktów równoważnych w ramach programu licencjonowania grupowego dla podmiotów rządowych".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 5 lutego 2020 r., pod nr 2020/S 025-055997.

Dnia 7 maja 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego

postępowania.

KIO 1079/20

Dnia 18 maja 2020 roku wykonawca Integrated Solutions sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców

   SoftwareOne oraz APN Promise, jako zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na zaoferowanie przez tych wykonawców uśrednionych opustów od cen w cenniku producenta (Microsoft), które sprawiają, że licencje, subskrypcje, aktualizacje i usługi wsparcia będą dostarczane poniżej kosztu ich zakupu,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców

   SoftwareOne oraz APN Promise jako ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie przez tych wykonawców opustów od cen w cenniku producenta (Microsoft) w nierealnej wysokości, która jest niezgodna z warunkami handlowymi oferowanymi przez Microsoft i niemożliwa do uzyskania

przez wskazanych wyżej wykonawców, a została wpisana jedynie, aby uzyskać maksymalną punktację w kryterium ceny,

3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców

SoftwareOne oraz APN Promise jako zawierających błąd w obliczeniu ceny lub kosztu

z uwagi na:

a) przyjęcie błędnych, niezgodnych z informacjami zamawiającego założeń, co do ilości poszczególnych produktów, jakie będzie kupował zamawiający i zaoferowanie nierynkowych i nierealnych opustów przy założeniu, że danych produktów zamawiający nie będzie zamawiał, pomimo iż z oświadczeń zamawiającego wynika, że będą one stanowiły istotną część zamówień, lub

b) dokonanie wyliczenia opustów bez uwzględnienia rzeczywistych kosztów jakie poniosą ww. wykonawcy w celu zrealizowania zamówienia, z pominięciem faktu, że zamawiający ma pełną dowolność zamawiania produktów i może zdecydować się na zakup produktów o najniższych opustach,

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SoftwareOne do uzupełnienia zaświadczenia z KRK dla Prezesa Zarządu p. H.G. z uwagi na to, że na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożone zostały dokumenty dla p. H.G. i brak jest podstaw do tego, aby uznać, że jest to ta sama osoba.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenie ofert wykonawców SoftwareOne oraz APN Promise jako zawierających

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3) odrzucenie ofert wykonawców SoftwareOne oraz APN Promise jako ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4) odrzucenie ofert wykonawców SoftwareOne oraz APN Promise jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny,

5) w przypadku, gdyby oferta wykonawcy SoftwareOne nie podlegała odrzuceniu, do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia zaświadczenia z KRK dla Prezesa Zarządu p. H.G..

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i podpisaniu umowy ramowej z zamawiającym. Na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert (wykonawcy: SoftwareOne, APN Promise), które zawierały rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji lub zawierały błąd w obliczeniu ceny, oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu, co uniemożliwia mu podpisanie umowy ramowej. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza i tym samym odwołujący będzie mógł zawrzeć umowę ramową z zamawiającym. Tym samym, odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż umowa ramowa obejmowała dostarczanie licencji, subskrypcji, aktualizacji i usług wsparcia w ramach ściśle określonego systemu licencjonowania producenta oprogramowania firmy Microsoft. System ten przewiduje określone ramy, w tym maksymalne wysokości rabatów, jakie może uzyskać każdy Partner LSP - odsprzedawca produktów Microsoft, i które to rabaty determinują zarazem wysokość opustów, jakie może zaoferować partner firmy Microsoft swoim klientom, w tym zamawiającemu. Ta okoliczność jest na tyle istotna i kluczowa dla przedmiotowego postępowania, że kryterium ceny zostało przez zamawiającego opisane właśnie w odniesieniu do tego systemu licencjonowania poprzez określenie ceny, jako wysokości uśrednionego opustu dla danej kategorii produktów firmy Microsoft (roz. XII ust. 1 i roz. XIII ust. 1 s.i.w.z.). Wysoka rozbieżność opustów, jakie posiadają w cennikach partnerzy LSP, przy uwzględnieniu specyfiki umowy ramowej, powoduje konieczność ostrożnej estymacji zaoferowanych opustów zamawiającemu, tak by wynik finansowy na koniec obowiązywania umowy był pozytywny. Oczywistym jest fakt, że właściwą metodą wyliczeń jest zaproponowanie w ofercie takich opustów, by każdy produkt Microsoft z cennika mógł być sprzedany z zyskiem. Jakiekolwiek inne działania powodują, że oferta jest obarczona błędami, które powinny skutkować wykluczeniem

z postępowania.

Zarzut 1 - Wykonawcy SoftwareOne i APN Promise zaoferowali uśrednione opusty dla produktów Microsoft w wysokości wyższej niż maksymalne możliwe do zaoferowania, przy braku uwzględnienia rozpiętości opustów z cennika producenta dla Partnerów LSP. Oznacza to, że w celu realizacji zamówienia ww. wykonawcy będą musieli dostarczać większość produktów poniżej kosztów ich zakupu. Uwzględnienie informacji zamawiającego o zakładanym wolumenie zamówień z każdej kategorii miało ułatwić oferentom właściwe oszacowanie opustów, co jednak nie ma miejsca jeśli chodzi o oferty SoftwareOne i APN.

Wykonawca SoftwareOne zaoferował niezgodne z systemem licencjonowania wysokości opustów dla następujących kategorii produktów;

1) Subskrypcje - opust w wysokości 15,07% w sytuacji, gdy producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuście w wysokości od 3,00% do 20,56%,

2) Azure - opust w wysokości 13,07% w sytuacji, gdy producent nie dopuszcza żadnych opustów dla tej kategorii produktów,

3) Dynamics - opust w wysokości 0,10% w sytuacji, gdy producent nie dopuszcza żadnych opustów dla tej kategorii produktów.

Odwołujący podkreślił, że sam wykonawca APN Promise skierował do zamawiającego pismo ws. zbyt dużych opustów zaoferowanych przez wykonawcę SoftwareOne.

Wykonawca APN Promise zaoferował niezgodne z systemem licencjonowania wysokości opustów dla następujących kategorii produktów:

1) Licencje - opust w wysokości 18,7% w sytuacji, gdy producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuście w wysokości od 17,39% do 27,83%,

2) Subskrypcje - opust w wysokości 4% w sytuacji, gdy producent dopuszcza dla tej grupy produkty o opuście w wysokości od 3,00% do 20,56%,

3) Azure - opust w wysokości 2,5% w sytuacji, gdy producent nie dopuszcza żadnych opustów dla tej kategorii produktów,

4) Dynamics - opust w wysokości 0,10% w sytuacji, gdy producent nie dopuszcza żadnych opustów dla tej kategorii produktów,

5) Usługi - opust w wysokości 4,90% w sytuacji, gdy producent dopuszcza dla tej grupy produkt o opuście maksymalnym 4,76%.

Sumaryczne wyniki finansowe odwołującego oraz SoftwareOne i APN zostały przedstawione w tabelach (załącznik nr 1 do odwołania - opracowanie własne). Wyliczenia te uwzględniają podstawowe założenie, tj. oferowanie wszystkich produktów bez straty. Z trzech wykonawców, jedynie odwołujący może wykazać się możliwym do osiągnięcia pozytywnym wynikiem finansowym, w przeciwieństwie do SoftwareOne i APN. Tabele przedstawiają również podział wartości produktów z poszczególnych kategorii wg. założeń zamawiającego oraz cenę katalogową wynikającą z maksymalnego opustu.

Mając powyższe na względzie, odwołujący stwierdził, że oferty wykonawców SoftwareOne i APN Promise zawierają ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i jako takie powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut 2 - Wykonawcy SoftwareOne i APN Promise zaoferowali uśrednione opusty nieadekwatne do maksymalnych możliwych do uzyskania od producenta. Zaoferowanie takich opustów nie mogło być przypadkowe, gdyż warunki handlowe są znane wszystkim partnerom firmy Microsoft i są one jednakowe dla wszystkich partnerów. Pomimo, iż ww. wykonawcy mieli dostęp do warunków handlowych producenta lub z łatwością mogli te warunki poznać, zignorowali je i zaoferowali opusty przekraczające dopuszczalne w systemie licencjonowania producenta oprogramowania. Stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji i świadczy o chęci uzyskania przez wykonawców dodatkowych, nadmiarowych punktów, poprzez zawyżenie opustów, które zostały zaoferowane. Jednocześnie takie działanie uniemożliwia uzyskanie zamówienia rzetelnym przedsiębiorcom, którzy stosują się do warunków handlowych obowiązujących przy sprzedaży oprogramowania i usług będących przedmiotem zamówienia.

Odwołujący w tabelach (załącznik nr 2 do odwołania - opracowanie własne) wskazuje jak wyglądałaby punktacja w postępowaniu, gdyby wszyscy wykonawcy nie przekroczyli maksymalnego poziomu opustów na produkty z każdej kategorii, przy założeniu

zaoferowania wszystkich produktów bez straty. To również potwierdza fakt nieuprawnionego zawyżenia opustów w celu zawyżenia punktacji i uzyskania zamówienia.

Mając na względzie powyższe, odwołujący stwierdził, że złożenie ofert przez wykonawców SoftwareOne i APN Promise stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i oferty te powinny były zostać przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut 3 - Przyjmując, że oferty wykonawców SoftwareOne i APN Promise nie stanowiły czynu nieuczciwej konkurencji, należy uznać, że powinny były zostać odrzucone jako zawierające błąd w obliczeniu ceny, co wynika z następujących względów.

Zarzut 3 a) - odwołujący wskazał, że można wyobrazić sobie, że wykonawcy SoftwareOne i APN Promise przyjęli niewłaściwe założenia przy kalkulacji ceny oferty. Założyli, że w poszczególnych kategoriach mogą zaoferować nierealne, niezgodne z systemem licencjonowania ceny z uwagi na to, że zamawiający nie będzie zamawiał produktów z poszczególnych kategorii. Wówczas zaoferowanie uśrednionego nawet 100% rabatu nie wpływałoby na możliwość realizacji zamówienia. Takie wyliczenie ceny należy uznać za niezgodne z przekazanymi przez zamawiającego informacjami w odpowiedzi na pytania nr 4 i 8 z dnia 28 lutego 2020 r., w których stwierdził, że proporcjonalnie do szacowanych ilości zamawianych produktów przypisał wagi w kryterium ceny. Odpowiednio poszczególnym grupom przypisał następujące wagi:

1) Licencje - 30%, czyli 60% wartości całej umowy - 24.000.000 zł;

2) Subskrypcje - 5%, czyli 10% wartości całej umowy - 4.000.000 zł;

3) Azure- 10%, czyli 20% wartości całej umowy - 8.000.000 zł;

4) Dynamics - 2%, czyli 4% wartości całej umowy -1.600.000 zł;

5) Usługi - 3%, czyli 6% wartości całej umowy - 2.400.000 zł.

Tym samym nawet w kryterium, któremu zamawiający przyznał najniższą wagę nie było uprawnione założenie, że zamawiający nie będzie dokonywał zakupu określonych produktów. Jeśli zatem w ten sposób zostały skalkulowane oferty wykonawców SoftwareOne i APN Promise, należy uznać, że w kalkulacji ceny jest błąd i oferty powinny zostać odrzucone jako zawierające błąd w obliczeniu ceny lub kosztu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzut 3 b) - Odwołujący przyjął, że założenia co do ilości produktów zostały przyjęte w sposób prawidłowy, ale wykonawcy SoftwareOne i APN Promise nieprawidłowo dokonali uśrednienia oferowanych opustów. Zamawiający nie określił w jaki sposób należy dokonać uśrednienia (roz. XIII ust. 1 s.i.w.z.). Jednakże w roz. XII ust. 3 s.i.w.z. zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że podana cena (uśredniony opust i cena z roboczogodziny) powinna uwzględniać wszystkie koszty wykonania zamówienia („Wykonawca jest zobowiązany do złożenia oferty na wysokość procentową opustu w stosunku do cen oferowanych (sugerowanych) przez Producenta oraz koszt roboczogodziny za wykonywanie usług wsparcia Wykonawcy. W cenie ofertowej winny zostać ujęte wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SIWZ"). Tym samym przyjęcie dla danej kategorii średniej arytmetycznej skrajnych wartości opustów, choć z formalnego punktu widzenia było dopuszczalne, to prowadziło do błędu w obliczeniu ceny z uwagi na zaoferowanie opustu, który wymusza sprzedaż oprogramowania po cenie niższej niż koszt zakupu, a zatem nie uwzględniającej wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co było wymagane w roz. XII ust. 3 s.i.w.z. Jeśli zatem ww. wykonawcy dla danej kategorii produktów, w której było przykładowo 30 pozycji i jedna miała rabat 30% a reszta 0%, wyliczali uśredniony opust stosując średnią arytmetyczną dwóch skrajnych wartości, to prowadziło to do tego, że mogli zaoferować rabat 15%, choć w istocie dla większości produktów musieliby dostarczyć oprogramowanie po cenie 15% niższej niż cena zakupu. Nawet uśrednienie upustów wszystkich produktów powodowałoby, że wynik tego uśrednienia to 1 % (30%, jako suma wszystkich opustów dzielona przez 30 czyli liczbę wszystkich produktów). Wynik 1 % i zaoferowanie go zamawiającemu powodowałby, że 29 produktów będzie sprzedawanych przez oferenta ze stratą 1 %, a tylko jeden z zyskiem 29%. Zaburza to sens realizacji umowy przez wykonawcę, bo przez określony czas jej obowiązywania będzie miał dużą niepewność, co do pozytywnego wyniku finansowego na koniec trwania umowy. Jedyną możliwością realizacji umowy przy tak bardzo rozbieżnych opustach jakie wykonawca ma przyznane przez producenta jest zaoferowanie opustu nie większego niż najniższy spośród danej kategorii. Jeśli wykonawca uzyskuje od producenta opusty w danej kategorii np. od 15 do 20%, to maksymalnym opustem, jaki możliwy jest do zaoferowania jest opust 15% gwarantujący, że nie zostanie wygenerowana strata podczas realizacji

zamówień. Tym samym nawet, jeśli zostały przyjęte przez tych wykonawców właściwe założenia co do ilości produktów, ale uśrednienie zostało dokonane w sposób nie uwzględniający cen producenta i rozbieżności w rabatach na poszczególne produkty z danej kategorii, to oferta również zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, gdyż nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzut nr 4 - Zgodnie z odpisem z KRS Prezesem Zarządu wykonawcy SoftwareOne jest p. H.G.. Na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca SoftwareOne nie przedstawił zaświadczenia o niekaralności dla p. H.G., lecz dla p. H.G.. Tym samym nie została potwierdzona niekaralności Prezesa Zarządu wykonawcy SoftwareOne. Nie jest możliwe przyjęcie założenia, że w szwajcarskim rejestrze karnym znak „u" jest zastępowany literami „ue", o czym świadczy zaświadczenie dla drugiego członka Zarządu SoftwareOne p. P.H. W tym dokumencie nazwisko zostało zapisane z użyciem znaku „u". Brak jest też jakichkolwiek innych danych (jak np. numer paszportu itp.) ujawnionych w rejestrze, które pozwalałyby przyjąć założenie, że jest to ta sama osoba. Tym samym zamawiający winien był wezwać wykonawcę SoftwareOne do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w całości.

Wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia, przystępujący - po stronie zamawiającego - wykonawca SoftwareOne wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

Wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia, przystępujący - po stronie zamawiającego - wykonawca A.P.N. Promise S.A. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

Wobec powyższych oświadczeń, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy SoftwareOne.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

W przedmiotowej sprawie, rozstrzygając meritum zarzutów odwołania, Izba w szczególności odniosła się do dowodów złożonych przez odwołującego oraz przez przystępującego wykonawcę SoftwareOne.

Przystępujący SoftwareOne złożył na rozprawie następujące dokumenty, które Izba oceniła w następujący sposób:

- wydruk ze strony internetowej Wikipedia - potwierdza jedynie okoliczność, że firma wykonawcy (główna spółka z siedzibą w Szwajcarii), działa od określonego czasu, posiada określone przychody (za rok 2016), oraz że jest parterem firmy Microsoft o statusie Gold, a także że posiada 65 oddziałów na całym świecie - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania,

- wyciągi z dokumentacji postępowań prowadzonych przez innych zamawiających - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania,

- porównanie cenników produktów zakupionych w koronach norweskich do ceny euro - dowód złożony na okoliczność, iż przystępujący SoftwareOne może osiągnąć dodatkowe oszczędności w wyniku różnic kursowych - pozostaje bez znaczenia, albowiem przystępujący nie wykazał, że faktycznie dokonał zakupu przedmiotu zamówienia po określonym kursie i kurs ten jest zabezpieczony na cały okres trwania kontraktu,

- kalkulacje własne uwzględniające różne scenariusze opustów - dowód został zakwalifikowany jako stanowisko własne przystępującego,

- wydruk z cennika Microsoft na okoliczność zmiany wysokości opustów w stosunku miesiąc do miesiąca (czerwiec/lipiec 2020) - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, albowiem nie dotyczy wysokości opustu zaproponowanego przez przystępującego w ofercie,

- zaświadczenie z KRK wraz z tłumaczeniem, Izba dopuściła ten dowód stwierdzając jednocześnie, iż dowód ten potwierdza zarzut odwołania, tj. wadliwość zaświadczenia złożonego przez przystępującego w wyniku wezwania go przez zamawiającego w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp,

- oświadczenie dyrektora zarządzającego spółki prawa szwajcarskiego, Izba dopuściła ten dowód stwierdzając jednocześnie, że wynika z niego jedynie fakt, iż spółka jest obecnie największym dystrybutorem produktów Microsoft Corporation, o określonym obrocie, oraz że w związku z tym w ramach globalnej umowy stosuje warunki handlowe niedostępne dla innych odsprzedawców - z dowodu nie wynika jakie specjalne warunki (w jakiej wysokości) są dostępne dla spółki prawa polskiego (przystępującego).

Natomiast odwołujący, na rozprawie złożył następujące dowody:

- wydruk z korespondencji e-mail prowadzonej pomiędzy odwołującym a przedstawicielem firmy Microsoft na okoliczność, iż w ramach przedmiotowego postępowania, wszystkich partnerów LSP obowiązywały standardowe warunki handlowe i nie były udzielane jakiekolwiek warunki specjalne, Izba dopuściła ten dowód, stwierdzając, wraz z dalszymi dowodami, tj. wyciągiem z cennika dla produktu Azurre, oraz pełnymi cennikami w zakresie produktów Dynamics i subskrypcji, iż producent firma Microsoft, dla swoich partnerów handlowych o tym samym statusie sprzedawcy nie stosowała żadnych dodatkowych opustów umożliwiających zaoferowanie opustów w innej wysokości niż te wynikające z cenników firmy.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, przystępujący SoftwareOne nie udowodnił, że zaoferowane przez niego w ofercie opusty, są skalkulowane na właściwym poziomie, tj. że przystępujący w ramach przedmiotowego postępowania był uprawniony do zastosowania opustów w innej (wyższej) wysokości, niż standardowo oferowane przez Microsoft dla partnerów LSP. Argumentacja przystępującego SoftwareOne, prezentowana na rozprawie zogniskowana była jedynie na właściwie jednej okoliczności, tj. że jako spółka „córka" firmy szwajcarskiej, ma wypracowane specjalne warunki kontraktowe, które dają jej przewagę konkurencyjną nad innymi partnerami LSP. Jednakże przystępujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że tak faktycznie jest. Nadto argumentacja przystępującego, że różnice kursowe wynikające z wysokości kursu korony norweskiej do euro, pozwalają mu na zaoferowanie takich opustów również nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Ogólne twierdzenia przystępującego, że może zabezpieczyć kurs korony norweskiej i euro na określonym poziomie nie zostały udowodnione. Również oświadczenie spółki szwajcarskiej nie daje żadnych dodatkowych argumentów potwierdzających zasadność zaoferowanych opustów.

Odwołujący wykazał natomiast okoliczność, że wszyscy partnerzy LSP firmy Microsoft, w tym postępowaniu przetargowym, posiadali takie same warunki kontraktowe, co oznacza, że mieli prawo do zaoferowania opustów, zgodnie z oficjalnym cennikiem firmy Microsoft.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

KIO 1095/20

Dnia 18 maja 2020 roku wykonawca A.P.N. Promise S.A. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SoftwareOne Polska sp. z o.o. (dalej: SoftwareOne) zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo, iż zachodziły ku temu przesłanki opisane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności wysokość oferowanego przez SoftwareOne opustu w odniesieniu do cen subskrypcji usług hostowanych (usługi on-line Microsoft Azure) przekraczających w znaczący sposób opust wynikający z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), stanowiącego istotną część składową ceny oferty. Zaoferowany przez SoftwareOne opust jest rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego,

2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie przedmiotowego przepisu w sytuacji, gdy ocena wyjaśnień złożonych przez SoftwareOne powinna doprowadzić zamawiającego do wniosku o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji do odrzucenia oferty SoftwareOne przez zamawiającego,

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

SoftwareOne jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na wysokość oferowanego przez SoftwareOne opustu w odniesieniu do cen subskrypcji usług hostowanych (usługi on-line Microsoft Azure) przekraczającego w znaczący sposób opust wynikający z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), stanowiącego istotną część składową ceny oferty, a w konsekwencji sprzedaż tych subskrypcji poniżej kosztu ich zakupu, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium cena - co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazane w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert,

3) odrzucenia oferty wykonawcy SoftwareOne na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp,

4) dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odrzuconej.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, wskutek czego odwołujący został pozbawiony możliwości zawarcia umowy z zamawiającym oraz osiągnięcia przychodu z tytułu jej wykonania. Gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym należy uznać, że odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 12 marca 2020 r. wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w ramach opustu na usługi on-line

Microsoft Azure zaoferowali następujące wartości:

1. T-Systems Polska sp. z o.o. - 0,50 %
2. Integrated Solutions sp. z o.o. - 0,00 %
3. SoftwareOne Polska sp. z o.o. -13,07 %
4. A.P.N. Promise S.A. - 2,5 %

Z przedstawionych powyżej wartości wynika, że oferta złożona przez SoftwareOne znacznie przekroczyła wartość opustu jaki wykonawcy mogą zaoferować klientowi końcowemu w ramach sprzedaży usług Microsoft Azure. Zwrócić uwagę należy na fakt, że nawet suma opustów zaoferowanych przez pozostałych wykonawców jest niższa niż opust zaoferowany przez SoftwareOne. Na tej podstawie można więc domniemywać, że zaoferowana przez SoftwareOne wartość opustu zawiera rażąco niską cenę co jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W celu zobrazowania wysokości opustu udzielonego przez SoftwareOne, należy wykazać również średnią arytmetyczną rabatów udzielonych w omawianym kryterium oceny ofert przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. W ramach opustu na usługi on-line Microsoft Azure, średnia arytmetyczna udzielonych opustów wynosi ok. 4%, pomimo faktu, że wartość tę i tak znacząco zawyża oferta SoftwareOne.

SoftwareOne zaniżyła ceny za usługi on-line Microsoft Azure oferując opust w wysokości znacznie przekraczającej ten, który mogłaby zaoferować. Jak wynika z przyznanych przez producenta bonusów (tzw. incentive) dla podmiotów, które sprzedają produkty Microsoft Azure maksymalny możliwy opust wynosi 2,5%, gdyż taki procent sprzedanej usługi Microsoft Azure wypłaca producent na rzecz partnerów (dowód: wyciąg z zasad otrzymywania przez partnerów od Microsoft zwrotów pieniężnych za subskrypcję usług online Microsoft Azure - załącznik stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa).

Konsekwencją zaoferowania przez SoftwareOne tak wysokiego opustu będzie sprzedaż tych produktów znacznie poniżej kosztu ich zakupu. Oznacza to, że SoftwareOne sprzedając produkty Azure zamawiającemu od Microsoft otrzyma zwrot w wysokości 2,5% wartości sprzedanych produktów, pomimo tego, że sam odsprzeda je po cenie niższej o 13,07% niż cena jego zakupu. Zgodnie z powyższym, w przypadku odsprzedaży tej grupy produktów zamawiającemu, SoftwareOne poniesie stratę w wysokości 10,57% na całości zamówienia jakie zrealizuje na rzecz zamawiającego. Pomimo, że zamawiający jednoznacznie nie określił ilości zamawianych jednostek Azure, to zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 28 lutego 2020 r., odpowiedź nr 4 na pytania wykonawców, a także mając na względzie wartość przedmiotu zamówienia określoną przez zamawiającego, która wynosi 40 000 000,00 zł brutto, można szacować, że strata SoftwareOne na wykonaniu zamówienia w zakresie dostawy produktów Azure wyniesie ok. 400 000,00 zł brutto. Polityka cenowa SoftwareOne bezsprzecznie nakierowana jest na uzyskanie wyższej punktacji w kryterium „Uśredniony minimalny opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta” dla produktów usług on-line Microsoft Azure, tak by uzyskać jak największą sumę punktów w kryteriach oceny ofert. Potwierdzeniem braku możliwości zaoferowania przez wykonawców produktów Azure z tak wysokim rabatem jest wyciąg z cennika producenta, aktualny na dzień składania ofert, który jednoznacznie obrazuje, że zaoferowanie przez SoftwareOne opustu w wysokości 13,07% i sprzedaż zamawiającemu produktów z takim rabatem wiązał się będzie ze stratą wykonawcy. Z cennika wynika bowiem wprost, że cena zakupu produktów Azure jest taka sama jak cena ich odsprzedaży do klienta końcowego a wykonawcy za sprzedaż danej grupy produktów czerpią zysk uzyskując zwrot wyrażony w procencie od kwoty za jaką dane produkty odsprzedali. W przypadku produktów Azure, maksymalny zwrot jaki wykonawcy mogą uzyskać to 2,5%. Wartość ta jest znacząco poniżej opustu jaki zaoferowała SoftwareOne (dowód: wyciąg z cennika producenta oprogramowania Microsoft dotyczący produktu Azure - załącznik stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa).

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w postępowaniu cena rozumiana jest m.in. jako opust procentowy od cen sugerowanych producenta w okresie obowiązywania umowy na wszystkie licencje i subskrypcje które będą zakupione przez zamawiającego w ramach umowy. Oznacza to, że każdy z wykonawców sporządzając ofertę musiał przyjąć warunki oferowane przez producenta. Innymi słowy, opusty oferowane zamawiającemu w postępowaniu nie mogły być większe niż opusty, które obowiązują każdego wykonawcę na podstawie zwrotów pieniężnych dokonywanych przez Microsoft. Należy przy tym wyraźnie zaznaczyć, że producent oprogramowania, firma Microsoft traktuje wszystkich partnerów jednakowo i każdemu z nich udziela identycznych warunków odnośnie zakupu oprogramowania, a co za tym idzie żadnemu z nich nie udziela dodatkowych rabatów na zakup produktów producenta. Powyższe wynika z comiesięcznego cennika, który Microsoft przekazuje swoim partnerom a także z korespondencji mailowej otrzymanej od przedstawiciela Microsoft, który wprost potwierdził odwołującemu, że do postępowania

Microsoft nie przygotował żadnych specjalnych warunków cenowych a wszyscy partnerzy są traktowani identycznie (dowody: 1) korespondencja mailowa z przedstawicielem producenta oprogramowania Microsoft - załącznik stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, 2) wyciąg z cennika producenta oprogramowania Microsoft dotyczący produktu Azure - załącznik stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa).

Odwołujący podkreślił, że tak wysoki opust zaoferowany przez SoftwareOne wyczerpuje przesłanki opisane w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, które legitymują zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, którego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że oferta SoftwareOne kwalifikuje się do objęcia jej tą procedurą. Wysokość opustu zaoferowana przez SoftwareOne jest rażąco zawyżona w stosunku do poziomu wynikającego z cennika dla partnerów Microsoft. Bez znaczenia jest tu fakt, że opust zaoferowany przez SoftwareOne jest jedynie jedną ze składowych całej wartości oferty. „Często w przypadku zarówno dostaw, jak i usług zamawiający nie określa precyzyjnie zakresu zamówienia. Wtedy, jak potwierdził wyrokiem Sąd Okręgowy w Częstochowie, należy w ocenie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny uwzględnić ceny jednostkowe, ale nawet wówczas należy poddać analizie wszystkie ceny jednostkowe zadeklarowane przez wykonawcę w jego ofercie, nie zaś wybrane” (Monografia, Olszewska-Stompel Justyna, Stompel Marek, Prawo zamówień publicznych. Wybór najkorzystniejszej oferty i zawieranie umów, LEX 2013). Oznacza to, że każdy z wykonawców kalkulując swoją ofertę za punkt wyjścia musiał przyjąć warunki oferowane dla partnerów producenta oprogramowania, tzw. Licensing Solution Providers (LSP), tj. odsprzedawców licencji oprogramowania Microsoft i usług stowarzyszonych. Oznacza to, że opusty oferowane zamawiającemu przez wykonawców nie mogły być większe niż opusty, które wykonawcy otrzymali od Microsoft. Gdyby którykolwiek z wykonawców zaoferował opusty większe niż, te które przewiduje producent oprogramowania, oznaczałoby, że wykonawcy oferują licencje, subskrypcje bądź usługi poniżej kosztów ich nabycia od Microsoft.

Odwołujący podniósł, że procedura opisana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uruchamiana w sytuacji kiedy cena oferty lub koszt bądź ich istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie. Innymi słowy, na tym etapie - tj. przed przeprowadzeniem procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - nie jest konieczne wykazanie, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę, wystarczy, że cena ta wydaje się rażąco niska lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie. W kontekście podniesionego zarzutu odwołujący wskazuje, iż wedle jego najlepszej wiedzy, oferta Microsoft dla wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu jest taka sama i wynika z cennika, przekazywanego przez Microsoft każdemu z partnerów LSP. Tymczasem poziom opustu zaoferowanego przez SoftwareOne znacząco przekracza poziom opustu, wynikający z cennika dla partnerów LSP, po którym wykonawcy mogli odsprzedać produkty zamawiającemu. W cenniku tym są różne kategorie produktów. Oznacza to, że wykonawcy chcący zaoferować zamawiającemu dany produkt powinni zaoferować go maksymalnie z takim opustem, który wynika z cennika Microsoft dla partnerów LSP. SoftwareOne w złożonej ofercie zaoferowała opust dla subskrypcji usług hostowanych (usługi on-line, Microsoft Azure) w wysokości 13,07 % podczas gdy opust dla tego rodzaju subskrypcji zawarty w cenniku Microsoft dla partnerów LSP wynosi maksymalnie 2,5% (dowód: wyciąg z zasad otrzymywania przez partnerów od Microsoft zwrotów pieniężnych za subskrypcję usług online Microsoft Azure na fakt ustalenia maksymalnych opustów jakich mogą udzielić partnerzy (tzw. incentive) - załącznik stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa).

W wyjaśnieniach i zmianach treści s.i.w.z. z dnia 28 lutego 2020 r. (odpowiedź 4) zamawiający wskazał, że: „biorąc pod uwagę powiązanie zakupów dokonywanych w ramach umowy ramowej z przyszłymi potrzebami Zamawiającego, nie jest możliwe oszacowanie przyszłych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający odzwierciedlił potencjalne, przewidywane zakupy w ramach umowy ramowej, określając proporcjonalnie wagę opustów stosowanych do oceny kryterium „Uśredniony minimalny opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta”.

Uwzględniając powyższe, właściwym, maksymalnym opustem jaki należało zaoferować dla subskrypcji usług hostowanych (usługi on-line, Microsoft Azure) był opust 2,5%, gdyż oferując maksymalny opust w takiej wysokości wykonawcy nie ponosiliby ryzyka, że zaoferują produkt w cenie poniżej kosztów jego nabycia. SoftwareOne oferując opust 13,07% zaoferował zamawiającemu daną grupę produktów poniżej kosztu ich zakupu a więc cena lub koszt oferty, bądź jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez SoftwareOne bez ponoszenia starty i zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż poza zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny należy uznać, że złożenie oferty przez SoftwareOne stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie ceny za subskrypcje usług hostowanych (usługi on-line, Microsoft Azure) w związku z zaoferowaniem opustu w wysokości znacznie przekraczającej opust wynikający

z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), a w konsekwencji sprzedaż tych subskrypcji poniżej kosztu ich zakupu, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium cena - co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazane w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zaoferowanie prze SoftwareOne opustu dla produktów Azure na poziomie 13,07% bezsprzecznie stanowi czy nieuczciwej konkurencji porównując chociażby oferty pozostałych czterech wykonawców, którzy zaoferowali opusty zdecydowanie niższe niż SoftwareOne. Zaoferowanie przez SoftwareOne opustu większego niż wynikający z cenników producenta oznacza, że wykonawca ten zaoferował licencje czy usługi poniżej kosztów ich nabycia od Microsoft, co wprost wyczerpuje przesłanki wskazane w art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk.

W dalszej części odwołania, odwołujący uzasadnił swoją decyzję o zastrzeżeniu tajemnicą przedsiębiorstwa dowodów złożonych wraz z odwołaniem.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w całości.

Wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia, przystępujący - po stronie zamawiającego - wykonawca SoftwareOne wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach

procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na

uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

W przedmiotowej sprawie, rozstrzygając meritum zarzutów odwołania, Izba w szczególności odniosła się do dowodów złożonych przez odwołującego oraz przez przystępującego wykonawcę SoftwareOne.

Przystępujący SoftwareOne złożył na rozprawie następujące dokumenty, które Izba oceniła w następujący sposób:

- wydruk ze strony internetowej Wikipedia - potwierdza jedynie okoliczność, że firma wykonawcy (główna spółka z siedzibą w Szwajcarii), działa od określonego czasu, posiada określone przychody (za rok 2016), oraz że jest parterem firmy Microsoft o statusie Gold, a także że posiada 65 oddziałów na całym świecie - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania,

- wyciągi z dokumentacji postępowań prowadzonych przez innych zamawiających - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania,

- porównanie cenników produktów zakupionych w koronach norweskich do ceny euro -

dowód złożony na okoliczność, iż przystępujący SoftwareOne może osiągnąć dodatkowe oszczędności w wyniku różnic kursowych - pozostaje bez znaczenia, albowiem przystępujący nie wykazał, że faktycznie dokonał zakupu przedmiotu zamówienia po określonym kursie i kurs ten jest zabezpieczony na cały okres trwania kontraktu,

- kalkulacje własne uwzględniające różne scenariusze opustów - dowód został zakwalifikowany jako stanowisko własne przystępującego,

- wydruk z cennika Microsoft na okoliczność zmiany wysokości opustów w stosunku miesiąc do miesiąca (czerwiec/lipiec 2020) - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, albowiem nie dotyczy wysokości opustu zaproponowanego przez przystępującego w ofercie,

- oświadczenie dyrektora zarządzającego spółki prawa szwajcarskiego, Izba dopuściła ten dowód stwierdzając jednocześnie, że wynika z niego jedynie fakt, iż spółka jest obecnie największym dystrybutorem produktów Microsoft Corporation, o określonym obrocie, oraz że w związku z tym w ramach globalnej umowy stosuje warunki handlowe niedostępne dla innych odsprzedawców - z dowodu nie wynika jakie specjalne warunki (w jakiej wysokości) są dostępne dla spółki prawa polskiego (przystępującego).

Natomiast odwołujący, wraz z odwołaniem złożył następujące dowody:

1) Wyciąg z zasad otrzymywania przez partnerów od Microsoft zwrotów pieniężnych za subskrypcję usług online Microsoft Azure,

2) Wyciąg z cennika producenta oprogramowania Microsoft dotyczący produktu Azure,

3) Korespondencja mailowa z przedstawicielem producenta oprogramowania,
które zostały skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa.

Oceniając, złożone przez odwołującego dowody, Izba stwierdziła, że potwierdzają one okoliczność, iż przystępujący SoftwareOne nie miał podstaw do zastosowania opustów w wysokości wynikającej ze złożonej oferty. Z dowodów wynika bowiem, jaki może być maksymalny poziom opustu w zakresie produktu Azure dla partnerów z określonym statusem LSP. Dowody są jednoznaczne, pochodzą ze stron producenta firmy Microsoft, a ponadto powyższą okoliczność potwierdził również przedstawiciel producenta firmy Microsoft, w korespondencji e-mail kierowanej do odwołującego.

Izba podtrzymuje swoją argumentację w zakresie stanowiska przystępującego SoftwareOne, jak w sprawie o sygn. akt KIO 1079/20.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.

1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: .....