Sygn. akt: KIO 186/21

Sygn. akt: KIO 190/21

WYROK
z dnia 01 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk

Emil Kuriata

Jan Kuzawiński

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 14.01.2021 r. przez wykonawcę **SoftwareONE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 186/21)**
B.w dniu 14.01.2021 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 190/21)**
w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Prokuraturę Krajową w Warszawie**

przy udziale:

A.wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 186/21 po stronie odwołującego
B.wykonawcy **A.P.N. Promise S.A., z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 186/21 i KIO 190/21 po stronie zamawiającego
C.wykonawcy **SoftwareONE Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 190/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

I.w sprawie o sygn. akt: KIO 186/21:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego – **SoftwareONE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SoftwareONE Polska Sp. z o.o. z siedzibą wWarszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2.zasądza od wykonawcy **SoftwareONE Polska Sp. z o.o. z siedzibą wWarszawie** na rzecz **Skarbu Państwa - Prokuratury Krajowej w Warszawie**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II.w sprawie o sygn. akt: KIO 190/21:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego - **Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i

II.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

II.2.zasądza od wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą wWarszawie** na rzecz **Skarbu Państwa - Prokuratury Krajowej w Warszawie**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020),na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego
w Warszawie.

…….....…..
……...
……..…..

Sygn. akt: KIO 186/21

Sygn. akt: KIO 190/21

Uzasadnienie

Zamawiający **–** Prokuratura Krajowa w Warszawie - prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej

pn.: Dostawa licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji oprogramowania oraz usług wsparcia lub produktów równoważnych w ramach programu licencjonowania grupowego dla podmiotów rządowych" Znak sprawy: PK XF 261.32.2020. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 215-526518.

Sygn. akt: KIO 186/20

Wykonawca - **SoftwareONE Polska Sp. z o.o**z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „**SoftwareONE**" lub „odwołującym I") wniósł w dniu 14 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego zaistniałych w toku badania i oceny ofert:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez A.P.N. PROMISE S.A., ul. Domaniewska 44a, 02-672 Warszawa (dalej„APN"), pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp,
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę APN, jako niejawnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (RNC) złożonych w trybie art. 90 ustawy Pzp, pomimo, że wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorcy.
3. niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny wyjaśnień RNC złożonych przez APN w trybie art. 90 ustawy Pzp;
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty APN, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a APN nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ złożone wyjaśnienia RNC nie obalają domniemania, że oferta APN zawiera rażąco niską cenę;
5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty APN, pomimo że złożenie jej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 91 ust. 1 z zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty APN;
2. art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez APN jako tajemnica przedsiębiorstwa w szczególności wyjaśnień RNC, dlatego, że Wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł ten dokument jako tajemnica.

Odwołujący I podniósł również zarzuty ewentualne dotyczące czynności dot. oferty APN (Odwołujący wniósł o rozpoznanie ich przez KIO, w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 8 PZP tj. zarzut nr 2)

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez APN Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty APN, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca APN nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 sPZP;
5. 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 (zwana dalej „uoznk") - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty APN jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na wysokość oferowanego przez APN opustu w odniesieniu do pozycji określonych w SIWZ w ramach kryterium oceny ofert „Uśredniony minimalny opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta", tj.:
   - **Opust ceny EUR netto w odniesieniu do**cen licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), **z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics,) (O1);**
   - **Opust ceny EUR netto w odniesieniu do**cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) **(O2);**
   - Opust ceny EUR netto w odniesieniu do cen usług wsparcia Producenta (O6)

   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 „produktów" poniżej kosztu ich zakupu, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium oceny ofert.

Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert;
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. Odtajnienie dokumentów złożonych przez APN, zastrzeżonych jako tajemnica, w szczególności wyjaśnień RNC;
4. Odrzucenie oferty APN - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
5. Ponowną ocenę ofert;
6. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący I żądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I podnosił, co następuje.

Zamawiający tj. Prokuratura Krajowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę licencji, aktualizację licencji i subskrypcji oprogramowania oraz usług wsparcia lub produktów równoważnych w ramach programu licencjonowania grupowego dla podmiotów rządowych" znak sprawy: PK XF 261.32.2020. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyły trzy podmioty, czyli SoftwareONE Polska Sp. z o. o., ul. Marszałkowska 142, 00-061 Warszawa, A.P.N. PRO MISE S.A.,ul. Domaniewska 44a, 02-672 Warszawa, Integrated Solutions Sp. z o. o., ul. Kasprzaka 18/20 01-211 Warszawa.

Odwołujący wskazał, że SIWZ kreował następujące kryteria oceny ofert:

a.„Uśredniony minimalny opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta" - 50,00 pkt

b.„Koszt usług wsparcia Wykonawcy" - 10,00 pkt,

c.„Minimalna liczba godzin, którą Zamawiający może zamówić w jednej transzy usług wsparcia eksperckiego Producenta dla jednego zamówienia" - 10,00 pkt,

d.„Liczba warsztatów" - 10,00 pkt,

e.„Kompetencje osób dedykowanych do realizacji usług wsparcia Wykonawcy" - 20,00 pkt.

Ponadto odwołujący I wskazał, że faktycznym kryterium, które decydować będzie o uzyskaniu przedmiotowego zamówienia było kryterium „uśrednionego minimalnego opustu od cen EUR netto w cenniku Producenta". W pozostałych kryteriach każdy z wykonawców otrzymał maksymalna ilość punktów. Wobec powyższego już na etapie sporządzania oferty istotnym była właściwa kalkulacja wskazanego opustu. Przede wszystkim powinna ona odbywać się w sposób realny, czyli w taki aby nie wykonywać przedmiotu zamówienia poniżej faktycznych kosztów. Punktem wyjścia był tutaj cennik firmy Microsoft dla partnerów LSP.

Dalej odwołujący I wskazał że APN dokonując kalkulacji swojej oferty tj. zaproponowanych opustów, naruszył zasady wynikające z ustawy Pzp. Przede wszystkim zaproponowany rabat (de facto cena) stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 90 ustawy Pzp, czyli stanowi rażąco niską cenę. Dodatkowo APN dokonał przerzucenia kosztów pomiędzy poszczególnymi „grupami produktowymi" celem uzyskania lepszej punktacji. Takie działanie należy bezspornie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący I wskazał również, że po wyborze oferty APN wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu tej oferty wraz z załącznikami (w tym wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp). W odpowiedzi na to Zamawiający przekazał Odwołującemu I niektóre dokumenty, podając, że m.in. wskazane wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie zostaną udostępnione.

Dalej odwołujący wskazał, że uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień RNC złożonych przez APN jako tajemnicy firmy, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. W sytuacji gdyby KIO nie przychyliła się do przedmiotowego zarzutu, Odwołujący formułuje dwa zarzuty na wypadek oddalenia zarzutu dotyczącego konieczności odtajnienia dokumentacji APN.

Odnośnie zarzutu niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

W pierwszej kolejności odwołujący I wskazał, że APN zastrzegając przedłożoną dokumentację jako tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadnił to zastrzeżenie w sposób ogólny, bez podania jakichkolwiek konkretów a tym bardziej bez wykazywania (dowody) faktów, że dane informacje w APN są chronione w szczególny sposób.

Odwołujący I zaznaczył, że przedmiotowe wyjaśnienia zawierają jedynie wskazanie na definicję tajemnicy firmy w myśl przepisów Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera treści kilku orzeczeń sądowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Takie uzasadnienie nie spełnia przesłanek ustawy Pzp. Uzasadnienie to ma charakter ogólny, nie spełnia ustawowych wymogów i bezspornie nie wykazuje, że zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego I, Zamawiający nie dokonał właściwej analizy przepisów oraz orzecznictwa KIO przy podejmowaniu decyzji odnośnie uznania zastrzeżenia za skuteczne. Odwołujący poniżej wskazał, że informacje zastrzeżone przez APN nie tylko powinny zostać odtajnione z powodów formalnych (brak odpowiedniego zastrzeżenia tajemnicy), lecz przede wszystkim nie spełniają przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 2 uoznk.

Odwołujący I podał, że uznając poczynione zastrzeżenie wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez tego Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (przywołał wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO 1542/14).

Odwołujący I wskazał, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 2 uoznk, tj. wykazania, że dana informacja:

1.ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,

2.nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3.podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego, odwołujący I podał, że powszechnie przyjmuje się, że informacjami organizacyjnymi są dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, z kolei informacjami technicznymi czy technologicznymi są informacje dotyczące procesu produkcji czy też usług świadczonych przez przedsiębiorcę - przy czym każda taka informacja musi mieć wartość gospodarczą.

W zakresie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej), odwołujący I stwierdził, że stanowisko jest takie, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności przesłanka ta wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa lub gdy są publikowane w powszechnie jawnych rejestrach.

Odnośnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) – odwołujący I zaznaczył, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W szczególności za podjęcie takich działań można uznać zawarcie odpowiednich umów o poufności lub umieszczenie stosownych klauzul w umowach.

APN w swoim uzasadnieniu, nie wykazał żadnej przesłanki z art. 11 ust. 2uoznk a więc, w ocenie odwołującego I, nie dochował należytej staranności w ocenie informacji, które stanowią realnie i bezspornie tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile zachowany został termin zastrzeżenia tajemnicy, to argumentacja uzasadnienia nie wskazuje na to, że zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego odwołujący I wskazał, że APN w uzasadnieniu zastrzeżenia jawności bardzo lakonicznie odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, pomijając w ogóle ten niezbędny element albo też nie wykazując w sposób należyty tej gospodarczej wartości. W tym miejscu odwołujący I przywołał wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 roku, sygn. akt KIO 2784/14 oraz wyrok z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i 872/17.

Odwołujący I stwierdził, że prawdopodobnie APN przedstawiło ogólne wyjaśnienia opustów, bez odniesienia się do specyficznych uwarunkowań tego Wykonawcy, odzwierciedlających jego sytuację. Poszczególne koszty zapewne

zostały przedstawione (być może poza nielicznymi wyjątkami) w sposób ogólny, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, pokazania metodologii ich wyliczenia, sposobu kalkulacji, co także powinno mieć znaczenie dla uznania zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa za bezpodstawne. Odwołujący I przywołał wyrok KIO o sygn. akt 13/20.
Odwołujący I podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia odnosi się do całych wyjaśnień. Być może jest ono adekwatne do niektórych wyjaśnianych pozycji, ale wiele elementów wyjaśnień nie zawierają żadnych konkretnych informacji, żadnej konkretnej, szczegółowej metodologii wyliczenia kosztów, więc całość wyjaśnień bezspornie nie może stanowić tajemnicy firmy.
W ocenie odwołującego I, zastrzeżone informacje nie miały wartości gospodarczej, a ich utajnienie miało służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty APN, która w świetle okoliczności przedstawionych powyżej zapewne została wadliwie skalkulowana we wskazanych pozycjach. W tym kontekście powołał się na wyrok Izby z dnia 10 lipca 2015 r. (KIO 1185/15). Mając na uwadze powyższe, odwołujący I stwierdził, że całość wyjaśnień RNC złożonych przez APN powinna zostać udostępniona Odwołującemu.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny

W zakresie rażąco niskiej ceny, Odwołujący I (który na dzień składania odwołania) nie zna wyjaśnień APN w tym zakresie, wskazał, że zaoferowane przez APN opusty w punktach a), oraz f) znacznie przekraczają opusty oferowane w oficjalnych cennikach Microsoft dla Partnerów LSP.
Poniżej Odwołujący I przedstawił zestawienie opustów zaoferowanych przez poszczególne podmioty:
SoftwareONE Polska Sp. z o.o.

a) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics (O1), tj. 16,71 %,
b) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Sen/ices Agreement (MPSA) (O2), tj. 14,50 %,
c) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA) (O3), tj. 2,50 %,
d) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji usług hostowanych (usługi on- linę, Microsoft Azzure) (O4), tj. 1,5 %,
e) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics (O5), tj. 0,11 %,
f) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen usług wsparcia Producenta (O6), tj. 4,75 %.

A.P.N. PROMISE S.A.

a) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics (O1), tj. 20,80 %,
b) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Seryices Agreement (MPSA) (O2), tj. 18.01%.
c) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA) (O3), tj. 3.00 %.
d) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji usług hostowanych (usługi on- linę, Microsoft Azzure) (O4), tj. 1,00 %,
e) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics (O5), tj. 0,10 %,
f) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen usług wsparcia Producenta (O6), tj. 4.99 %.

Integrated Solutions Sp. z o. o.

a) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics (O1), tj. 15,80%,
b) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) (O2), tj. 2,97 %,
c) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA) (O3), tj. 0,00 %,
d) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji usług hostowanych (usługi on- linę, Microsoft Azzure) (O4), tj. 0,00 %,
e) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics (O5), tj. 0,00 %,
f) Opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen usług wsparcia Producenta (O6), tj. 4,73 %.

Odwołujący I przedstawił zestawienie tabelaryczne:

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Opustu od ceny brutto cennika producenta
1	Integrated Solutions Sp. z o.o. ul. Kasprzaka 18/20 01-211 Warszawa	a) produkty on-premise- 15,80%, b) subskrypcje MPSA - 2,97 %, c) produkty MEA- 0,00 %, d) usługi hostowane - 0,00 %, e) usługi Dynamics - 0,00%, f) usługi wsparcia Producenta -4,73%;

2	SoftwareOne Polska Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 142 00-061 Warszawa	a)produkty on-premise- 16,71%, b)subskrypcje MPSA- 14,5 %, c)produkty MEA- 2,50 %, d)usługi hostowane -1,50 %, e)usługi Dynamics-0,11%, f)usługi wsparcia Producenta - 4,75%;
3	A.P.N. PROMISE S.A. ul. Domaniewska 44a 02-672 Warszawa	a)produkty on-premise - 20,80 %, b)subskrypcje MPSA- 18,01 %, c)produkty MEA - 3,00 %, d)usługi hostowane -1,00 %, e)usługi Dynamics-0,10%, f)usługi wsparcia Producenta -4,99%;

Odwołujący I wskazał, że poprzednio Zamawiający unieważnił analogiczne postępowania udzielenie zamówienia, gdzie oferty złożyły te same podmioty. W poprzednim postępowaniu APN oraz Integrated Solutions złożyli odwołania, zgodnie z którymi opusty zaoferowane przez Odwołującego stanowiły RNC z uwagi, że znacznie przekraczały opusty w standardowych cennikach Microsoft. Odwołujący I powołał się na wyrok KIO z dnia 7 lipca 2020 r. (KIO 1079/20, KIO 1095/20).
Odwołujący poinformował, że zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem w kontekście tego orzeczenia, czy Zamawiający przewiduje w SIWZ określony sposób kalkulowania opustów. Zamawiający odpowiedział ogólnie, że kalkulacja opustów powinna odbyć się zgodnie z dyspozycją art. 90 ustawy Pzp. Odwołujący dostosował się do wskazanych zaleceń, dokładnie analizując treść przepisu w kontekście zaoferowanych rabatów. Wyjaśnienie ceny i opustów odwołującego I znajduje się w wyjaśnieniach RNC z dnia 22 grudnia 2020 r. (część niejawna).
Natomiast APN rabaty wskazane dla produktów z grupy a-b) oraz f) zaoferował ewidentnie poniżej kosztów nabycia od producenta tj. Microsoft. Przechodząc do konkretnych „zaskarżonych" opustów zaoferowanych przez APN odwołujący I wskazał:

a)20,80 % od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics (OI)

Grupa produktowa z pkt a) oparta jest o produkty (konkretne SKU) Microsoft ofertowane w dwóch umowach MPSA oraz MEA. Dokonaliśmy zestawienia wskazanych produktów, które znajduje się w tabeli poniżej. W ramach pkt a) Zamawiający może zamówić ponad 1500 pozycji, z czego 97,34% przypadków w cenniku MS posiada rabat MNIEJSZY niż 20,80 %. Tak więc w tym zakresie (tej istotnej części składowej ceny) oferta APN jest rażąco niska. Zaoferowanie rabatu powyżej 18 % bezspornie powinno zostać uznane jako RNC.

Cennik 1a - MPSA on premise			
Liczba SKU z rabatem max < 20,80%	Liczba SKU z rabatem max > 20,80%	% SKU z rabatem max < 20,80%	Średni rabat
196	1	99,49%	18,00%
Cennik 1b - MEA on premise			
Liczba SKU z rabatem max < 20,80%	Liczba SKU z rabatem max > 20,80%	% SKU z rabatem max < 20,80%	Średni rabat
1343	41	97,04%	18,13%

b)18,10 % od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) (O2),

Grupa produktowa z pkt b) oparta jest o produkty (konkretne SKU) Microsoft ofertowane w MPSA. Dokonaliśmy zestawienia wskazanych produktów, które znajduje się w tabeli poniżej. W ramach pkt b) Zamawiający może zamówić 33 pozycje, z czego 90,91% przypadków w cenniku MS posiada rabat mniejszy niż 18,10 %. Tak więc w tym zakresie (tej istotnej części składowej ceny) oferta APN jest rażąco niska. Zaoferowanie rabatu powyżej 17 % bezspornie powinno zostać uznane jako RNC.

Cennik 2 - MPSA subskrypcja			
Liczba SKU z rabatem max < 18,10%	Liczba SKU z rabatem max > 18,10%	% SKU z rabatem max < 18,10 %	Średni rabat
30	3	90,91%	16,96%

f)4,99 % od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen usług wsparcia Producenta (O6),

Rabat taki jest nierealny. Microsoft wystosował maila do Odwołującego I (OFERTA), z którego wynika, że maksymalny rabat może wynosić 4,76%, więc wszystkie usługi wsparcia APN sprzedawałby poniżej kosztów nabycia.
. Przedłożył e-mail od Microsoft w którym wskazano, ze warunki są takie same dla każdego z Partnerów LSP. Przedmiotowy mail to oferta na usługę wsparcia Producenta dla przedmiotowego przetargu. Znajduje się tutaj kolumna rabat maksymalny, która jest następującym ilorazem: (ERP - CNP)/ERP. Iloraz ten wyraża maksymalny rabat, który Dostawca może zaoferować Klientowi zarabiając cały czas na tej ofercie. Jak widać rabat ten nie jest niższy od zaoferowanego dla tej grupy produktowej

Pakiet	Wsparcie producenta [liczba godzin]	Cena netto [PLN Netto]	Cena ERP [PLN Netto]	Rabat maksymalny
PS300H12M	300	415 000	435 750	4,76%

Mając na uwadze powyższe, odwołujący I stwierdził, że wartość opustów zaoferowanych przez APN we wskazanych pozycjach powinna zostać uznana jako rażąco niska cena.

Odnośnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący w ramach zarzutu rażąco niskiej ceny oferty APN wykazał, że nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia z opustami wskazanymi w ofercie tego Wykonawcy. Niezależnie od tego Odwołujący podniósł, że ceny tego wykonawcy, w zakresie wskazanych w formularzu cenowym opustów w sposób wyjątkowo rażący nie uwzględniają wszystkich kosztów. Należy zauważyć, że przeniesienie części kosztów do innych pozycji pozwala zdobyć w „sztuczny" i nieuczciwy sposób znaczną liczbę dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert.

Odwołujący I wskazał ponadto, że Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Sankcja określona w powołanym wyżej przepisie wynika ze złamania jednej z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji, odnoszącej się nie tylko do działań Zamawiającego, ale również do działań podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Aby dokonać właściwej interpretacji wskazanego przepisu należy sięgnąć do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „Ustawa znk"). Zgodnie z art. 3 tejże ustawy Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, zatem Zamawiający jest zobowiązany w danym stanie faktycznym podjąć decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie kryteriów, które kwalifikują działanie tego wykonawcy jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy znk. Istotne jest również to, że nie ma znaczenia czy takie działanie miało czy też nie wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący I stwierdził, ze jednym z najczęściej ujawnianych czynów nieuczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych jest manipulowanie ceną lub jej częściami albo innymi kryteriami oceny ofert. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być uznane takie działanie, które polega na manipulowaniu ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. Aby móc zakwalifikować dane działanie jako czyn nieuczciwej konkurencji, jego przesłanki powinny zostać spełnione łącznie, a zatem działanie musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, musi być związane z działalnością gospodarczą przedsiębiorcy oraz naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta lub mu zagrażać. Wszystkie wskazane wyżej przesłanki zostały spełnione w odniesieniu do oferty APN.

Podsumowując odwołujący I stwierdził, że APN złożyło ofertę wygrywającą, która uzyskała 88,49 pkt w wyniku zawyżania opustów (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) oraz przerzucania kosztów (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), wobec tego żądanie odwołania jest w pełni zasadne.

Sygn. akt KIO 190/21

Wykonawca – Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Integrated Solutions" lub „odwołującym II") wniósł w dniu 14 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechania zamawiającego.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp" - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców APN Promise i SoftwareOne jako zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na zaoferowanie przez tych wykonawców opustów w wysokości przekraczającej opust (rabat) możliwy do uzyskania od Producenta (Microsoft), które sprawiają, że licencje, subskrypcje, aktualizacje i usługi wsparcia będą dostarczane poniżej kosztu ich zakupu, a w konsekwencji realizacja zamówienia nastąpi ze stratą;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców APN Promise i SoftwareOne którzy nie złożyli wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu, z których wynika, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców APN Promise i SoftwareOne jako ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie ceny za licencje, subskrypcje, aktualizacje i usługi wsparcia w związku z zaoferowaniem opustu w wysokości przekraczającej opust (rabat) możliwy do uzyskania od Producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), a w konsekwencji sprzedaż tych licencji, subskrypcji, aktualizacji i usług wsparcia poniżej kosztu ich zakupu, i realizację zamówienia poniżej kosztów jego wykonania, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium cena - co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wskazane w art. 3 ust. 1, jak również w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uoznk").

Odwołujący II wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty wykonawcy APN Promise;
3. odrzucenia oferty wykonawcy SoftwareOne;
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podnosił, co następuje.

Na wstępie odwołujący II przedstawił stan postępowania o udzielenie zamówienia.

I. Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizację licencji i subskrypcji oprogramowania oraz usług wsparcia lub produktów równoważnych w ramach programu licencjonowania grupowego dla podmiotów rządowych. Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji, aktualizacji licencji, subskrypcji, odnowienia i zakupu wsparcia technicznego dla oprogramowania, subskrypcji platformy usług hostowanych, świadczenia usług wsparcia producenta w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft (Microsoft Products and Services Agreement lub Microsoft Enterprise Agreement) lub produktów i usług równoważnych oraz usług wsparcia Wykonawcy dla powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury.

Wykonawcy składający ofertę zobowiązani byli do określenia wysokości procentowej opustu w stosunku do cen oferowanych (sugerowanych) przez Producenta oraz kosztu 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wskazano w SIWZ w Rozdziale XII w ust. 5 - Każdy z opustów musiał być obliczony w taki sposób, aby cena każdego produktu określona w cenniku Producenta po przeliczeniu z EURO na złote zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 7 wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) i uwzględnieniu tego opustu oraz po powiększeniu o wartość należnego podatku od towarów i usług (VAT), uwzględniała wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym:

-koszty udostępnienia i odsprzedawania licencji,

-wynagrodzenia za prawo do korzystania z oprogramowania na polach eksploatacji określonych w § 11 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej (stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia),

-podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz cła.

4 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy APN Promise. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta wykonawcy SoftwareOne. Oferta odwołującego II uzyskała trzecią lokatę. Taką klasyfikację ofert i wybór oferty najkorzystniejszej należy uznał odwołujący II za niezgodne z ustawą.

II.Odwołujący II podkreślił, że oferta produktowa i cenowa Microsoft dla wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego jest taka sama. Koszt zakupu produktów w poszczególnych grupach produktowych określonych przez Zamawiającego wynika z comiesięcznego cennika dla partnerów LSP. Odwołujący II stwierdził, że wykonawcy APN Promise oraz SoftwareOne zaoferowali uśrednione opusty dla poszczególnych grup produktów Microsoft (grupy oznaczone przez Zamawiającego jako O1 do O6) w wysokości wyższej (od O1 do O6 - APN Promise oraz od O2 do O5 - SoftwareOne) niż upusty możliwe do uzyskania od Producenta, przy jednoczesnym braku uwzględnienia rozpiętości upustów z cennika Producenta dla Partnerów LSP. Odwołujący II wskazał, że wysokości procentowe opustów w stosunku do cen określonych przez Producenta, zaoferowane przez wykonawców APN Promise i SoftwareOne, przewyższające minimalne wartości opustów (rabatów) przyznawane przez Producenta wykonawcom będącym licencjonowanymi partnerami Microsoft w zakresie odsprzedaży produktów Microsoft, wskazują jednoznacznie na zaoferowanie przez tych wykonawców rażąco niskiej ceny za wykonanie zamówienia, ponieważ cena ta nie uwzględnia kosztów realizacji zamówienia, a jej kalkulacja zakłada wykonanie zamówienia ze stratą. W ocenie odwołującego II, wysokości procentowe opustów zaoferowane przez wykonawców APN Promise i SoftwareOne świadczą również o tym, że złożenie przez APN Promise i SoftwareOne ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie ceny za licencje, subskrypcje, aktualizacje i usługi wsparcia w związku z zaoferowaniem opustu w wysokości znacznie przekraczającej opusty (rabaty) wynikające z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP).

Odwołujący II zwrócił uwagę, że umowa ramowa obejmuje dostarczanie licencji, subskrypcji, aktualizacji i usług wsparcia w ramach ściśle określonego systemu licencjonowania Producenta oprogramowania firmy Microsoft. System ten przewiduje określone ramy, w tym minimalne i maksymalne wysokości rabatów, jakie może uzyskać każdy Partner posiadający status LSP - odsprzedawca produktów Microsoft. Rabaty udzielone przez Producenta determinują jednocześnie wysokość opustów, jakie może zaoferować partner firmy Microsoft swoim klientom, w tym Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że fakt ten jest na tyle istotny i kluczowy 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 (patrz Rozdział XIII ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zaniechanie uwzględnienia powyższych wymagań powoduje, że wykonanie zamówienia jest dla wykonawców nieopłacalne, a zaoferowana cena jest rażąco niska, ponieważ cena ta nie uwzględnia kosztów realizacji zamówienia.

Mając na względzie powyższe, odwołujący II stwierdził, iż wybór oferty najkorzystniejszej oraz ocena ofert dokonane zostały niezgodnie z ustawą z następujących względów.

III.Odwołujący II wskazał, że wykonawcy, jako partnerzy firmy Microsoft, dysponują cennikami Producenta Microsoft udostępnianymi poprzez portal partnerski sukcesywnie co miesiąc. Cenniki te są takie same dla wszystkich partnerów Microsoft, czyli dla wszystkich wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Cenniki na poszczególne kategorie produktowe obejmują kilkaset, a nawet wiele tysięcy produktów, wśród których upusty od cen oferowanych przez Microsoft dla wszystkich wykonawców wynoszą odpowiednio:

a)dla licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics (O1) - opust od 17,39% do 27,83%,

b)dla subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) (O2)- opust od 3,00% do 20,56%,

c)dla subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA) (O3) - opust 0%,

d)dla licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics (O5) - opust 0%.

Odwołujący wskazał również, że cenniki te są załącznikami do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego II w dniu 22.12.2020 r. do Zamawiającego.

Z racji, że Zamawiający może podczas realizacji przedmiotu zamówienia zamawiać niczym nieograniczoną (oprócz budżetu) ilość oraz rodzaje produktów z poszczególnych kategorii produktowych, to wykonawca powinien zaoferować w swojej ofercie upust nie wyższy niż, odpowiednio:

a)dla licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics (O1) - opust nie wyższy niż 17,38%,

b)dla subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) (O2) - opust nie większy niż 2,99%,

c)dla subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA) (O3) - opust 0%,

d)dla licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics (O5) - opust 0%.

Odwołujący II podkreślił, żedzięki temu wykonawca ma pewność, że każde zamówienie z każdej kategorii produktowej zostanie zrealizowane z dodatnim dla wykonawcy wynikiem finansowym, a wykonawca nie poniesie straty realizując

zamówienie. Tylko takie działanie pozwoli wykonawcy wykonać zamówienie z zyskiem. Każde inne założenie uwzględnia stratę przy realizacji zamówienia.
Odwołujący II wskazał, że Wykonawca APN Promise zaoferował opusty od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do poszczególnych grup produktowych wyższe niż możliwe do uzyskania od Producenta (Microsoft):

a) opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta dla licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics (O1) - opust 20,80%,
b) opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta dla subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) (O2) - opust 18,01%,
c) opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta dla subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów2 grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA) (O3) - opust 3,00%,
d) opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta dla licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics (O5) - opust 0,10%.

Odnośnie wykonawcy SoftwareOne, odwołujący II natomiast wskazał, że wykonawca ten zaoferował opusty od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do poszczególnych grup produktowych wyższe niż możliwe do uzyskania od Producenta (Microsoft):

a) opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta dla subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) (O2) - opust 14,50%,
b) opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta dla subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA) (O3) - opust 2,50%,
c) opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta dla licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics (O5) - opust 0,11%.

Odwołujący II zwrócił uwagę, że Zamawiający we wzorze umowy ramowej w § 8 ust. 7 wskazuje, iż cyt. „Wynagrodzenie Wykonawcy, w przypadku gdy ceny w cenniku Producenta określone są w EURO, przeliczane jest na polskie złote według średniego kursu NBP z dnia przekazania przez Zamawiającego formularza zamówienia." Z tego powodu jedynym dopuszczalnym w świetle specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobem kalkulacji jest korzystanie z cennika Microsoft w walucie EURO. Fakt ten jest istotny dla dokonania poprawnej oceny ofert przez Zamawiającego z tego powodu, gdyż partnerzy Microsoft mają możliwość zakupu produktów z cenników Microsoft w różnych walutach; m.in. z cenników w koronach norweskich (NOK), funtach brytyjskich (GBP), frankach szwajcarskich (CHF). W wyniku wahań kursowych pojawiają się okresy, w których korzystnym dla partnerów Microsoft jest zakup produktów w innej walucie niż EURO. Microsoft, analizując swoje cenniki i statystyki zakupów, w szybkim czasie potrafi „wyrównać" cenniki i podwyższyć ceny w jednej z walut, która stała się bardziej „atrakcyjna" do zakupu produktów. Mechanizm ten oraz zmiany cen w cennikach Microsoft zostały opisane w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w dniu 22.12.2020 do Zamawiającego.
W ocenie odwołującego II, analiza powyższych uwarunkowań prowadziła do oczywistego wniosku, że dla 3 letniej umowy z Zamawiającym jedynym cennikiem, jakim wykonawcy powinni się posłużyć na potrzeby określenia ceny oferty (opustu) jest cennik w walucie EURO. Pozwala to na zachowanie stabilności, poprzez rozliczanie się z Zamawiającym w tej samej walucie.
Jakiekolwiek sztuczne zawyżenie upustu od cen EURO jest ewidentnym nadużyciem, z racji, że Microsoft w bardzo szybki sposób zmienia swoje cenniki i nie jest możliwe „zagwarantowanie" sobie przez wykonawcę wyższego upustu w poszczególnych grupach produktowych niż ten z zakresu możliwego do uzyskania przez wykonawcę od Microsoft.
Uwzględniając powyższe, odwołujący II stwierdził, że oferta wykonawcy APN Promise z oferowanym opustem dla grup produktowych O1, O2, O3 i O5 przewyższającym rabat udzielany przez Producenta na licencje, subskrypcje w ramach grup produktowych, zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego II zaoferowanie jakiegokolwiek wyższego upustu niż możliwy do uzyskania od Microsoft oznacza realizację zamówienia poniżej poniesionych kosztów oraz kalkulację ceny oferty przez wykonawcę uwzględniającą stratę. Z tego to powodu oferta Wykonawca APN Promise powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
Odwołujący stwierdził, ze podobnie, oferta wykonawcy SoftwareOne z oferowanym opustem dla grup produktowych O2, O3 i O5 przewyższającym rabat udzielany przez Producenta na licencje, subskrypcje w ramach grup produktowych, zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zaoferowanie jakiegokolwiek wyższego upustu niż możliwy do uzyskania od Microsoft oznacza realizację zamówienia poniżej poniesionych kosztów oraz kalkulację ceny oferty przez wykonawcę uwzględniającą stratę. Z tego to powodu oferta Wykonawca SoftwareOne powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
IV. W odniesieniu do grupy produktowej subskrypcji usług hostowanych (usługi on-line, Microsoft Azzure) (O4) odwołujący II stwierdził, że podobnie jak w przypadku innych produktów z grup O1 - O5, Microsoft udostępnia swoim partnerom co miesiąc cennik na subskrypcje usług hostowanych (usługi Online, Microsoft Azzure). Cennik ten zawiera kilka tysięcy produktów, wśród których wszystkie mają opust 0%. Ten fakt powoduje, że wykonawca, który nie chce się narazić na odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, powinien zaproponować w swojej ofercie opust 0%. Zaoferowanie jakiegokolwiek wyższego upustu niż 0% powoduje, że zamówienie będzie realizowane ze stratą. Tylko takie działanie pozwoli wykonawcy wykonać zamówienie z zyskiem. Każde inne założenie uwzględnia stratę przy realizacji zamówienia.
Odwołujący II podkreślił, że wykonawca APN Promise zaoferował opusty od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji usług hostowanych (usługi on-line, Microsoft Azzure) O4 - opust 1,00%. W jego ocenie oferowana wysokość opustu wyższa od upustu możliwego do uzyskania od Microsoft oznacza realizację zamówienia poniżej poniesionych kosztów oraz kalkulację ceny oferty przez tego wykonawcę uwzględniającą stratę.
Podobny wniosek odwołujący II wysnuł wobec wykonawcy SoftwareOne, który zaoferował opusty od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen subskrypcji usług hostowanych (usługi on-line, Microsoft Azzure) O4 - opust 1,50%. W jego ocenie oferowana wysokość opustu która jest wyższa od upustu możliwego do uzyskania od Microsoft oznacza realizację zamówienia poniżej poniesionych kosztów oraz kalkulację ceny oferty przez tego wykonawcę uwzględniającą stratę.
Odwołujący nie zna treści wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu udzielonych przez APN Promise i SoftwareOne,

jednak zwraca uwagę na potencjalną możliwość wskazania przez tych wykonawców programu zwrotów od Microsoft za sprzedaż produktów Azzure jako mogącego pokryć koszty związane z odsprzedażą produktów Azzure.
Uwzględnienie takich zwrotów w kalkulacji ceny oferty należy uznać za niedopuszczalne, w tym jako nieprawidłowe finansowanie kosztów wykonania zamówienia z innych, zewnętrznych źródeł.
Odwołujący, w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że takie zwroty wynoszą aktualnie (program zwrotów Microsoft za okres 1 października 2020 - 30 września 2021) 1,5% wartości sprzedaży. Faktem jest jednak stopniowe obniżanie wysokości tych „zwrotów". W roku 2019 zwroty te wynosiły 2,5%, a w jeszcze wcześniejszych latach nawet 4%. Z racji na stopniową obniżkę poziomu zwrotów i brak pewności co do zachowania tego programów „zwrotów", nie jest możliwym złożenie Zamawiającemu oferty z opustem w kategorii O4 na poziomie odpowiadającym „zwrotom".
Po drugie, odwołujący II wskazał, że nie jest możliwe przyjęcie stałej wysokości opustu na cały okres trwania umowy ramowej. Umowa z Zamawiającym będzie obowiązywać przez 36 miesięcy, czyli aż do początku 2024 roku. Nie można przyjąć, że w kolejnych latach zwroty będą obowiązywać, a istnieje duże prawdopodobieństwo, że w ostatnim okresie realizacji umowy ramowej, program zwrotów może już nie istnieć. Po trzecie, odwołujący II podniósł, iż z uwagi na opust, jaki można uzyskać od Microsoft (0%), bez względu na wysokość opustu zaoferowanego przez wykonawców w tej grupie produktowej - o ile nie wynosi on 0%, wykonawcy nie będą w stanie pokryć kosztów wykonania zamówienia i zakładają w kalkulacji stratę. Bez umowy wykonawcy z Microsoft wprowadzającej możliwość uzyskania zwrotów, która to umowa ma charakter umowy zewnętrznej, nie dotyczącej przedmiotowego zamówienia, wykonawcy nie sfinansują zakupu produktów z przychodów z wykonania zamówienia.
Zmiany w systemie „zwrotów" od Microsoft dotyczących produktów z grupy O4 wraz z dowodami zostały opisane w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w dniu 22.12.2020 do Zamawiającego.
Uwzględniając powyższe, odwołujący II, stwierdził stwierdzić, że:
1)oferta wykonawcy APN Promise w zakresie przedmiotowego produktu z oferowanym opustem 1,00% zawiera rażąco niską cenę lub koszt i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zakłada realizację zamówienia poniżej poniesionych przez wykonawcę kosztów;
2)oferta wykonawcy Software One w zakresie przedmiotowego produktu z oferowanym opustem 1,50%, zawiera rażąco niską cenę lub koszt i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zakłada realizację zamówienia poniżej poniesionych przez wykonawcę kosztów.
V.Dalej odwołujący II wskazał, że producent Microsoft przedstawił dedykowaną ofertę na usługi wsparcia Producenta. Co ważne, cytując oświadczenie przedstawiciela Microsoft: „Potwierdzam również, *że* identyczna informacja cenowa przesłana zostanie do wszystkich zainteresowanych udziałem w postępowaniu, po złożeniu przez te podmioty zapytania o oszacowanie cenowe na usługi wsparcia eksperckiego Producenta. Jednocześnie informuję, iż na potrzeby wyżej wymienionego postępowania oraz w ramach realizacji postępowań wykonawczych do tejże umowy ramowej, nie zostaną zaproponowane inne niż powyższe pakiety usług wsparcia Microsoft Premier Support."
W ocenie odwołującego II, powyższe informacje potwierdzają, że jakikolwiek opust zaoferowany w tej kategorii przez wykonawców wyższy niż 4,76% powoduje, że oferta takiego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Upust ten wynika wprost z kalkulacji ceny usług ERP (katalogowej) i ceny usług dla wykonawcy.
Uwzględniając powyższe odwołujący II stwierdził, że oferta wykonawcy APN Promise, z zaproponowanym opustem 4,99%, oznacza, że wykonawca ten zaoferował pakietu usług wsparcia Producenta za kwotę 414 006,07 PLN netto, czyli 993,93 PLN netto poniżej kosztu. Z tego powodu oferta wykonawcy APN Promise powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zakłada realizację zamówienia ze stratą.
Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w żaden sposób w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w pytaniach i odpowiedziach nie ograniczył ilości i rodzaju produktów, jakie będzie zamawiać w ramach umowy ramowej. W związku z tym wykonawcy są zobowiązani do założenia, że wśród zamawianych produktów będą te z najniższym lub zerowym upustem i że ilość tego typu zamówionych produktów może być znacząca. Jakiekolwiek zawyżone upusty w każdej z kategorii powodują, że oferty z tymi upustami zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.
Podstawowym celem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest umożliwienie instytucjom zamawiającym odrzucania ofert, których niska cena rodzi ryzyka związane z należytym wykonaniem zamówienia.
Odwołujący II podkreślił, że ryzyko realizacji zamówienia nie wiąże się z pojedynczym elementem cenotwórczym oferty (jednym opustem dla jednej grupy produktowej), ale z każdym zaoferowanym opustem do każdej grupy produktów stanowiących przedmiot zamówienia. Prawie każda grupa produktów (a w przypadku APN każda) została zaoferowana do odsprzedaży Zamawiającemu z opustami uśrednionymi wyższymi niż możliwe do uzyskania od Producenta. Oznacza to, w ocenie odwołującego II że wykonawcy APN Promise i SoftwareOne kalkulując cenę oferty poniżej kosztów zakupu produktów założyli pokrywanie strat ze sprzedaży poszczególnych produktów ze strat w innych grupach produktowych.
Przepisy ustawy Pzp wprowadzają nakaz odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyjmuje się, że działania wykonawców polegające na przedstawianiu ofert zawierających rażąco niskie ceny mają negatywny wpływ na konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wiele innych niekorzystnych skutków (jak chociażby przypadki obniżenia kosztów pracy poniżej dopuszczalnego prawnie poziomu czy np. używania materiałów niespełniających norm jakościowych). Jednocześnie zachowanie Zamawiającego w postaci akceptacji takiego stanu rzeczy sprzeciwia się generalnej zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
VII.Odwołujący II stwierdził, że zamawiający w nieprawidłowy sposób ocenił wyjaśnienia złożone przez wykonawców APN Promise i SoftwareOne w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
W doktrynie i orzecznictwie ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub zawierającą rażąco niski istotny składnik ceny definiuje się zwykle przez pryzmat podejrzenia, iż wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia na zaoferowanych warunkach lub też w trakcie realizacji będzie poszukiwał dodatkowych płatności. Weryfikacja ceny jako rażąco niskiej odnosi się zawsze do konkretnego przedmiotu zamówienia, zwłaszcza do rzeczywistych kosztów jego realizacji. Jeśli bowiem wysokość oferowanej ceny nie zapewni dostatecznego pokrycia wszystkich kosztów realizacyjnych, wykonawca - chroniąc się przed stratą transakcyjną, posuwa się zazwyczaj do niedopuszczalnych oszczędności ilościowo - jakościowych, ze szkodą dla interesu publicznego, nie wspominając o naruszeniu wymagań

uczciwej konkurencji,
Odwołujący II podniósł, że pomimo nieudostępnienia wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu, udzielonych przez APN Promise i SoftwareOne, w jego ocenie na podstawie samych informacji dostępnych w dokumentacji postępowania możliwe jest ustalenie, że złożone przez APN Promise i SoftwareOne wyjaśnienia nie potwierdzały, że cena oferty nie jest rażąco niska. Fakt ten sam w sobie stanowi przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na to, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W oparciu o złożone przez APN Promise i SoftwareOne wyjaśnienia Zamawiający nie mógł uznać, że cena ofert tych wykonawców nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynika to z następujących względów.
W ocenie odwołującego II, fakty i argumenty przedstawione w pkt I - VI powyżej uzasadniały wniosek, że wykonawcy APN Promise i SoftwareOne nie mogli przedstawić wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających, że nie zaoferowali rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Wykonawcy APN Promise oraz SoftwareOne zaoferowali uśrednione opusty dla produktów Microsoft w wysokości wyższej niż możliwe do zaoferowania, przy braku uwzględnienia rozpiętości upustów z cennika Producenta dla Partnerów LSP. Oznacza to, że w celu realizacji zamówienia ww. wykonawcy będą musieli dostarczać większość produktów poniżej kosztów ich zakupu.
Odwołujący II wskazał, że oferta Microsoft dla wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu jest taka sama i wynika z comiesięcznego cennika dla partnerów LSP, a poziom upustów zaoferowanych przez APN Promise i SoftwareOne jest znacząco wyższy niż poziom wynikający z cennika dla partnerów LSP. Cennik Microsoft przewiduje dla partnerów LSP upusty na poszczególne produkty od ceny katalogowej i wśród subskrypcji mamy w cenniku wiele produktów mających upust 0% od ceny katalogowej oraz kilka mających upust ok. 3% lub 4% ód ceny katalogowej. Oznacza to, że wykonawca chcący zaoferować produkt subskrypcyjny z marżą powinien zaoferować go z upustem niższym niż określony w cenniku Microsoft dla partnerów LSP.
Wykonawca APN Promise zaoferował opusty niezgodne z warunkami udzielonymi przez Microsoft dla wszystkich kategorii produktów, tj. O1 do O6.
Wykonawca SoftwareOne zaoferował opusty niezgodne z warunkami udzielonymi przez Microsoft dla kategorii produktów O2 do O5.
Odwołujący II podkreślił, że zaoferowanie przez wykonawców APN Promise i SoftwareOne opustów przekraczających wysokość rabatów, jakich tym wykonawcom udzieli Producent, 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.
Odwołujący II wskazał, że zamawiający zwrócił się do wykonawców APN Promise i SoftwareOne, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w odniesieniu do określenia ceny w pozycjach dotyczących wszystkich opustów, tj. od O1 do O6. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w wezwaniu wykroczył poza ogólne wytyczne wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i sformułował zapytania dotyczące konkretnych pozycji, konkretnych opustów, z jednoczesnym zobowiązaniem wykonawców do przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu na poparcie złożonych wyjaśnień. Zastrzegł, że przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami na ich poparcie powinny wykazać możliwość (realność) wykonania zamówienia w cenie zaproponowanej w złożonej ofercie.
Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący II wskazał, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego mogli w zakresie ceny konkurować w ramach opustów od cen oferowanych przez Producenta zaoferowanych Zamawiającemu a opustami (rabatami) otrzymanymi od Microsoft.
Ponadto, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w odniesieniu do określenia ceny w pozycjach dotyczących wszystkich opustów, tj. od O1 do O6, zobowiązani byli wykazać, jakim przychodem w jakiej wysokości i z jakich źródeł pokryją koszty wykonania zamówienia.
W ocenie odwołującego II wykonawcy APN Promise i SoftwareOne, z uwagi na zaoferowanie opustów w wartości przekraczającej wysokość rabatów, jakich tym wykonawcom udzieli Microsoft, wykonają zamówienie poniżej kosztów jego wykonania.
Potwierdza to, zdaniem odwołującego II prosty przykład: jeżeli wykonawca nabywa u producenta produkt za kwotę 100 zł z uwzględnieniem maksymalnego rabatu na zakup, a odsprzedaje klientowi za kwotę 98 zł, skutkuje to stratą po stronie wykonawcy.
Odwołujący II stwierdził, że aby wykazać, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, możliwość (realność) wykonania zamówienia w cenie zaproponowanej w złożonej ofercie, w udzielonych wyjaśnieniach APN Promise oraz SoftwareOne powinni byli wykazać i udowodnić w szczególności następujące fakty.

1) Czy i na jakiej podstawie wykonawcy mogą zaoferować odsprzedaż dla Zamawiającego produktów Microsoft z większym opustem niż opust (rabat) oferowany przez Microsoft wszystkim wykonawcom ubiegającym się o zamówienie?
   Odwołujący II przypomniał fakt, iż Zamawiający może podczas realizacji przedmiotu zamówienia zamawiać niczym nieograniczoną (oprócz budżetu) ilość oraz rodzaje produktów z poszczególnych kategorii produktowych.
2) Jeżeli wykonawcy mogą zaoferować wyższe opusty niż wynikające ze standardowej oferty Microsoft dedykowanej do zamówienia udzielanego przez Zamawiającego - czy przedstawili w wyjaśnieniach dowód na ten fakt i czy dowód ten potwierdza wysokość faktycznie zaoferowanych opustów?
3) W związku z faktem, iż Zamawiający wymagał udzielenia opustu od ceny EUR w cenniku Producenta - w jaki sposób wykonawcy dokonali kalkulacji ceny i kosztu z ewentualnym uwzględnieniem zakupu odsprzedawanych produktów w walucie innej niż EUR, w tym ryzyka związanego z takim działaniem w okresie 3 lat realizacji umowy?
4) Jeżeli wykonawcy dokonali kalkulacji ceny i kosztu z ewentualnym uwzględnieniem zakupu odsprzedawanych produktów w walucie innej niż EUR, w tym ryzyka związanego z takim działaniem w okresie 3 lat realizacji umowy - czy uwzględnili przy określeniu ceny konieczność zastosowania przelicznika walutowego?
5) Czy wykonawcy uwzględnili przy określeniu ceny ryzyko kursowe - z uwagi na realizację zamówienia w okresie 36 miesięcy, a ponadto w związku z ewentualnym nabyciem odsprzedawanych produktów w walucie innej niż EUR.

Odwołujący stwierdził, że przedstawiony wyżej zakres wyjaśnień, jak również dowody, w przedmiotowym postępowaniu są o tyle istotne, że wiążą się między innymi z kwestiami zakupu produktów, które odsprzedawane Zamawiającemu

stanowią istotną, bo przeważającą część kosztów realizacji zamówienia.
Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera przesłankę odrzucenia oferty skonstruowaną odmiennie niż w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi o odrzuceniu oferty zawierająco rażąco niską cenę. Przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie wymaga stwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska. Przepis ten natomiast zawiera sankcję, którą objęty zostaje wykonawca, który albo nie uniesie ciężaru dowodu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, albo który nie dołoży należytych starań w składaniu tych wyjaśnień - bądź też całkowicie zaniecha podjęcia działań w tym kierunku. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja jest logiczną konsekwencją ustalonego rozkładu ciężaru dowodu, który w zakresie braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 3.03.2020 r. sygn. KIO 320/20).
Wystosowanie przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. W kontekście powyższego obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień w omawianym zakresie. W takim przypadku wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny i szczegółowo wyjaśnić przyczyny, z których wynika poziom cenowy przez niego zaoferowany. Doniosłość wyjaśnień składanych przez wykonawcę opiera się przede wszystkim na tym, że na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej Zamawiający, powinien dokonać oceny, czy oferta podlega odrzuceniu.
Na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również przedstawienia odpowiednich dowodów na ich poparcie. W oczywisty sposób wiąże się ten obowiązek z tym, że to właśnie na podstawie dowodów Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. W niektórych przypadkach dowody mogą okazać się. wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup produktów stanowiących przedmiot zamówienia). Zatem, gdy wykonawca dokonuje zakupów po bardzo niskich cenach, czy też cenach nie wynikających ze standardowych warunków handlowych producenta, powinien przedstawić Zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody potwierdzające ww. okoliczności, tj. uzasadniające dokonanie takiego zakupu. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień, jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowym jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.
Podsumowując, odwołujący II stwierdził, że zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił wyjaśnienia wykonawców APN Promise i SoftwareOne dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu, z powodów opisanych wyżej.
Jeśli wyjaśnienia miały wykazywać, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, wykonawcy APN i SoftwareOne powinni byli przedstawić dowód na to, że otrzymali inne warunki cenowe od Microsoft. Tylko wtedy Zamawiający mógłby uznać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.
Odwołujący II stwierdził, iż wykazał, że nie jest to możliwe, gdyż Microsoft zaoferował takie same warunki handlowe dla wszystkich wykonawców.
Odwołujący II stwierdził, iż wykazał, że skoro koszt nabycia produktów odsprzedawanych Zamawiającemu, wynikający z ofert APN Promise i SoftwareOne, jest kosztem mniejszym niż koszt nabycia tych produktów od Producenta danego elementu, to wykonawcy zaoferowali cenę przyjmując rażąco niskie koszty, które diametralnie odbiegają od realiów rynkowych i zostały błędnie skalkulowane, zaś oferty wykonawców winny zostać odrzucone.
Odwołujący zwrócił uwagę, że w postępowaniu odwoławczym w którym przedmiotem zarzutu są kwestie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy, Krajowa Izba Odwoławcza bada nie tylko samą cenę oferty, ale również czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji dotyczącej odrzucenia bądź zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Co ważne w tym kontekście, ocena złożonych wyjaśnień odbywa się na podstawie wezwania, skierowanego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
VIII.Odwołujący II podniósł także, że działanie obu wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie ceny za produkty (licencje, subskrypcje, aktualizacje i usługi wsparcia) w związku z zaoferowaniem upustu w wysokości znacznie przekraczającej upust wynikający z cennika produktowego producenta oprogramowania dla partnerów Licensing Solution Providers (LSP), a w konsekwencji sprzedaż tych produktów 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,
Odwołujący podkreślił ponownie, że zaoferowanie przez wykonawców APN Promise i SoftwareOne opustów przekraczających wysokość rabatów, jakich tym wykonawcom udzieli Producent, nie mogło być przypadkowe, gdyż warunki handlowe są znane wszystkim partnerom firmy Microsoft i są one jednakowe dla wszystkich partnerów.
W ocenie odwołującego II, zaoferowanie przez wykonawców APN Promise i SoftwareOne opustów przekraczających wysokość rabatów, jakich tym wykonawcom udzieli Producent, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i świadczy o chęci uzyskania przez tych wykonawców dodatkowych, nadmiarowych punktów, poprzez nieuzasadnione zawyżenie opustów. Jednocześnie takie działanie uniemożliwia uzyskanie zamówienia rzetelnym przedsiębiorcom, którzy stosują się do warunków handlowych obowiązujących przy sprzedaży oprogramowania i usług będących przedmiotem zamówienia.
Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, które podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to - podobnie jak dawniej uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego, zbiór norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd (tak w wyroku Izby z dn. 17.09.2020 r. sygn. KIO 2048/20).
W wyroku z dnia 23.07.2020 r. sygn. KIO 1277/20 Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że za czyn nieuczciwej konkurencji stanowiący podstawę do odrzucenia oferty uważa się również sytuację, w której wykonawca nie uwzględnił w ramach wyceny elementu składowego ceny oferty, stanowiącego jeden z kryteriów oceny ofert, wszystkich kosztów realizacji odpowiadającej mu części przedmiotu zamówienia, dokonując "przeniesienia" tych kosztów na inny lub inne elementy składowe ceny, celem uzyskania w postępowaniu wyższej punktacji od tej, którą otrzymałby w przypadku dokonania prawidłowej wyceny. W takim przypadku zachodzi podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp bez względu na to czy całkowita cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej.
W komentarzu do powyższego Odwołujący wskazał, że wykonawcy APN Pro misę i SoftwareOne nie mogą przenieść potencjalnych nadwyżek na inne grupy produktowe, gdyż dla prawie każdej z grup produktowych (w przypadku APN dla każdej grupy) kalkulacja tych wykonawców zakłada stratę przy wykonaniu zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba w sprawach połączonych KIO 186/21 i KIO 190/21, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania zawarte w odwołaniu, pismach procesowych a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „nową Pzp" lub „nPzp". Jednocześnie w sferze materialnej orzekając na podstawie przepisów dotychczasowej ustawy, tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Przystępując do rozpoznania odwołań, w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że obaj odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 nPzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego KIO 186/21 zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy: Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (dalej także jako Integrated Solutions) oraz A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej także jako APN).

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego KIO 190/21 zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy: SoftwareONE Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie(dalej także jako SoftwareONE)oraz A.P.N. Promise S.A., z siedzibą w Warszawie**,** zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
Izba ustaliła, że w dniu 22 lutego 2021 roku wykonawca A.P.N. Promise S.A. – drogą elektroniczną – przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisma procesowe w sprawach o sygn. akt: KIO 186/21 oraz KIO 190/21, częściowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia - ppkt 2 i 3 „Przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizacji licencji, subskrypcji, odnowienia i zakupu wsparcia technicznego dla oprogramowania, subskrypcji platformy usług hostowanych, świadczenia usług wsparcia producenta w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft (Microsoft Products and Services Agreement lub Microsoft Enterprise Agreement) lub produktów i usług równoważnych oraz usług wsparcia Wykonawcy dla powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Zamawiający przewiduje, że wartość zamówień w okresie obowiązywania Umowy ramowej nie przekroczy kwoty 80 000 000,00 zł (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych).".
W Rozdziale XII. Opis sposobu obliczenia ceny pkt 5 wskazano: „Każdy z opustów musi być obliczany w taki sposób, aby cena każdego produktu określona w cenniku Producenta po przeliczeniu z EURO na złote zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 7 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ i uwzględnieniu tego opustu oraz po powiększeniu o wartość należnego podatku od towarów i usług (VAT), uwzględniała wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym:
- koszty udostępnienia i odsprzedawania licencji,
- wynagrodzenia za prawo do korzystania z oprogramowania na polach eksploatacji określonych w § 11 ust. 4 Wzoru umowy wykonawczej, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ,
- podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz cła.

W Rozdziale XIII. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert pkt 1 lit.a) wskazano, że „Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:
a) Uśredniony minimalny opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta - 50%
W ramach oceny kryterium opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta Zamawiający bierze pod uwagę zaoferowany opust ceny EUR netto w cenniku Producenta (w %), w odniesieniu do poniższych grup Produktów Producenta, zgodnie z formularzem ofertowym.

i.Opust ceny EUR netto w odniesieniu do cen licencji oprogramowania, aktualizacji licencji oprogramowania, usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania (produkty on premise), z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics,) (O1) – liczony wg wzoru, o wadze 30 pkt

ii.Opust ceny EUR netto w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA) (O2) - liczony wg wzoru, o wadze 2,5 pkt

iii.Opust ceny EUR netto w odniesieniu do cen subskrypcji oprogramowania, z wyłączeniem produktów z grupy Microsoft Dynamics, dostarczanego w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA) (O3) - liczony wg wzoru, o wadze 2,5 pkt

iv.Opust ceny EUR netto w odniesieniu do cen subskrypcji usług hostowanych (usługi on- line, Microsoft Azzure) (O4) - liczony wg wzoru, o wadze 10 pkt

v.Opust ceny EUR netto w odniesieniu do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics (O5) - liczony wg wzoru, o wadze 5 pkt

vi.Opust ceny EUR netto w odniesieniu do cen usług wsparcia Producenta (O6) - liczony wg wzoru, o wadze 3 pkt
Ocena kryterium przebiegać będzie w oparciu o poniższy wzór:
O = O1+O2+O3+O4+O5+O6".
14 grudnia 2020 r. upłynął termin składania i otwarcia ofert. W tym terminie wpłynęły trzy oferty od wykonawców: A.P.N Promise S.A., SoftwareOne Polska Sp. z o.o. oraz Integrated Solutions Sp. z o.o.

17 grudnia 2020 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując w wezwaniu zakres elementów oferty koniczych do wyjaśnień oraz żądając przedstawienia wraz z wyjaśnieniami dowodów na ich poparcie.

22 grudnia 2020 r. wykonawca A.P.N. Promise S.A. złożył w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia wraz z

dowodami zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W tej samej dacie swoje wyjaśnienia wraz z dowodami złożyli wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz SoftwareOne Polska sp. z o.o., również zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

4 stycznia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A.

Wykonawcy złożyli następujące dowody, które Izba oceniła w następujący sposób:

Wykonawca SoftwareONE powołał następujące dokumenty (KIO 186/21):

1. Cennik grupy produktowej a) i b) (załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie) na okoliczność wykazania poziomu rabatów oferowanych przez producenta - dokument potwierdza okoliczności bezsporne,
2. Wydruk e-mail – oferta Microsoft dot. grupy f) - dokument potwierdza okoliczności bezsporne,
3. Wydruk e-mail z dn. 19 lutego 2021 r. na okoliczność zaoferowania tych samych warunków handlowych przez producenta dla każdego z oferentów - Izba dopuściła ten dowód, stwierdzając, iż dowód ten potwierdza oferowanie usług wsparcia Producenta wszystkim wykonawcom na tożsamych warunkach,
4. Wydruk ze strony Microsoft wraz z tłumaczeniem, informacja z 12 stycznia 2021 r. dot. wzrostu cen komercyjnego oprogramowania lokalnego i usług online dla Norwegii od dnia 1 marca 2021 r. - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, albowiem nie był on znany w dacie składania oferty czy też wyjaśnień RNC przez APN i jako taki nie mógł stanowić podstawy oceny prawidłowości działań zamawiającego
5. Porównanie cen produktów Microsoft (cennik MPSA) na okoliczność niekorzystnego bilansu zakupu licencji w walucie NOK vs. EURO, marzec 2021-dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, gdyż prezentuje dane na marzec 2021, a nie na moment składania ofert lub wyjaśnień RNC przez APN, zakwalifikowany jako stanowisko własne odwołującego
1. Jako przystępujący do odwołania Integrated Solutions 190/21 składa wyciąg z programu rabatowego Microsoft wraz z tłumaczeniem na okoliczność iż zaoferowane opusty dla grupy produktów Dynamics oraz Azzure mieszczą się w standardowych rabatach – Izba dopuściła ten dowód, stwierdzając, iż dowód ten potwierdza poziomy zwrotów aktualne na datę składania ofert dla określonych grup produktów,

Wykonawca APN złożył na rozprawie następujące dokumenty (KIO 186/21 i 190/21),

1. Informacja z otwarcia ofert w dn. 17 grudnia 2020 r., w postępowaniu wykonawczym do umowy ramowej nr C/223/20/DI/B/134 prowadzonym przez Ministerstwo Finansów -dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania
2. Informacja z otwarcia ofert z dnia 30 kwietnia 2020 r. w postępowaniu nr KPP IV-0413-22/20 prowadzonym przez Sąd Najwyższy w Warszawie - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania
3. Wyciąg z programu motywacyjnego Microsoft wraz z tłumaczeniem – objęty tajemnicą przedsiębiorstwa – na okoliczność wyższego poziomu zwrotu na produktach Azzure, dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania gdyż wykonawca nie wykazał, że podwyższony poziom zwrotu ma zastosowanie w niniejszym postępowaniu, ponadto jest on sprzeczny z oświadczeniem APN zawartym w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dn. 22.12.2020 r.

Wykonawca Integrated Solutions powołał następujące dokumenty (KIO 190/21):

1. Oświadczenie przedstawiciela Microsoft potwierdzające udzielenie standardowych warunków handlowych dla wszystkich oferentów na fakt obowiązywania oferty produktowej i cenowej Microsoft, w tym rabatów, na potrzeby postępowania prowadzonego przez zamawiającego na warunkach identycznych dla wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (załączone do odwołania) – dokument potwierdza okoliczności bezsporne,
2. Oferta na usługi wsparcia Producenta na fakt zaoferowania przez Microsoft pakietów usług wsparcia Microsoft Premier Support na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego na warunkach identycznych dla wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (załączona do odwołania) - Izba dopuściła ten dowód, stwierdzając, iż dowód ten potwierdza oferowanie usług wsparcia Producenta wszystkim wykonawcom na tożsamych warunkach,
3. Cenniki producenta dla grup O1-O6 (wyciąg z cenników dla grup O3 i O4)– na okoliczność zakresów opustowych w danej grupie - dokumenty potwierdzają okoliczności bezsporne,
4. Wyciągi z materiałów producenta otrzymywanych przez partnerów informujące o aktualnym poziomie zwrotów za lata 2016 – 2021 wraz z tłumaczeniem - na okoliczność wykazania spadkowej tendencji poziomu zwrotów - pozostaje bez znaczenia, albowiem prezentuje dane historyczne i aktualne, odwołujący nie wykazał jakie poziomy zwrotów będą obowiązywały w przyszłości,
5. Informacje ze strony Microsoft wraz z tłumaczeniem oraz materiał dla partnerów otrzymany od Micorosft na okoliczność wykazania sposobu reakcji producenta i zrównywania cen w różnych walutach–dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, przedstawia zmiany dokonywane w latach ubiegłych,
6. Wydruki ze strony stooq.pl – na okoliczność wahań kursu korony norweskiej w okresie ostatnim i w okresie trzech lat - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania,
7. Wyliczenie wyniku finansowego APN na zamówieniach wykonawczych nr 14-20 do umowy ramowej nr 41 z dn. 19.06.2019 r. realizowanych na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, wraz z kopiami zamówień wykonawczych - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla spraw i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba zważyła, co następuje (KIO 186/20):

Podstawowym zarzutem SoftwareONE było naruszenie przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez nieodtajnienie i nieudostępnienie wykonawcom informacji zastrzeżonych przez APN jako tajemnica przedsiębiorstwa w szczególności wyjaśnień RNC. Zarzut ten podlegał oddaleniu.

Norma art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. W ocenie Izby APN zasadnie zastrzegł wyjaśnienia złożone w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że przepisy ustawy Pzp nie wyłączają możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w ramach wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Powyższe oznacza, że to wyłącznie charakter informacji oraz wypełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk ma decydujące

znaczenie rozstrzygające o tym, czy dane informacje mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy też nie.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W konsekwencji APN zobowiązany był po pierwsze zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacje ta jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie. Izba stwierdziła, że przedstawione przez APN uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób właściwy wykazało zarówno w zakresie charakteru informacji, jej wartości gospodarczej i związku przyczynowo – skutkowego z rozmiarem ewentualnej szkody, dotychczasowego nieujawnienia jak i podjęcia stosownych działań w celu zachowania jej poufności, że zastrzeżone informacje podlegają ochronie i jako takie nie podlegają ujawnieniu. Oczywiście wykonawca APN w złożonych wyjaśnieniach przywoływał również orzecznictwo czy to Izby czy sądów powszechnych, jednakże przedstawił również uzasadnienie merytoryczne potwierdzające zasadność objęcia wskazanych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a odnoszące się do posługiwania się informacjami poufnymi innego podmiotu, czy też przyjętej strategii i metod obliczania ceny oferty wraz ze wskazaniem sposobu zabezpieczania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż zamawiający prawidłowo ocenił dokonane przez APN zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i zasadnie nie ujawnił tych informacji innym uczestnikom postępowania. Jednocześnie Izba wskazuje, że zamawiający każdorazowo, uwzględniając składane uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, zobowiązany jest do analizy składanych przez wykonawców uzasadnień i w oparciu o nie podejmowanie decyzji w przedmiocie utrzymania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa lub ich ujawnienia – niedopuszczalny jest w tym zakresie automatyzm działania zamawiającego.

Zarzuty ewentualne postawione przez odwołującego I skupiają się wokół poziomu opustów zaoferowanych przez APN. W przedmiotowych zarzutach odwołujący wywodzi, iż oferta APN podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jej nieprawidłową ocenę i zaniechanie odrzucenia pomimo, że zawiera rażąco niską cenę (dalej także RNC) w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca APN nie złożył wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Ponadto odwołujący I zarzucał, iż zamawiający naruszył 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 APN z uwagi na wysokość oferowanego opustu w odniesieniu do pozycji określonych w SIWZ w ramach kryterium oceny ofert jako O1, O2 oraz O6.

Izba wskazuje, iż w niniejszym postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli do określenia opustów dla sześciu grup produktów określonych przez zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert, przy czym skład poszczególnych grup nie został przez zamawiającego szczegółowo określony (grupy od O1 do O6). Zamawiający ma możliwość swobodnego wybory produktów, które nabędzie z poszczególnych grup. Przypisania produktów do poszczególnych grup wykonawcy dokonywali samodzielnie wg swej wiedzy i doświadczenia (za wyjątkiem grupy oznaczonej O6 lub lit. f). Stosownie do postanowień SIWZCena była rozumiana jako opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w okresie obowiązywania umowy na wszystkie licencje i usługi, które będą zakupione przez jednostki Zamawiającego w ramach umowy, oraz jako koszt roboczogodziny, a każdy z opustów musi być obliczany w taki sposób, aby cena każdego produktu określona w cenniku Producenta po przeliczeniu z EURO na złote zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 7 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ i uwzględnieniu tego opustu oraz po powiększeniu o wartość należnego podatku od towarów i usług (VAT), uwzględniała wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia (…). Zamawiający dla oceny ofert stosował kryterium „uśredniony minimalny opust od ceny netto w cenniku Producenta". Zgodnie z § 8 ust. 6 Załącznika nr 2 do SIWZ - wzoru umowy ramowej, wynagrodzenie wykonawcy z tytułu dostawy Produktów Producenta, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a i b określane jest w Umowach ich dotyczących na podstawie cennika Producenta określanego zgodnie z Programem licencjonowania grupowego Producenta aktualnego na dzień przekazania Wykonawcy formularza zamówienia z uwzględnieniem upustu określonego w Ofercie. Tym czym wykonawcy mieli konkurować był opust od cen bazowych Microsoft. SIWZ nie określał w jaki sposób należy wyliczyć ten opust.

Wobec takiego ukształtowania postanowień SIWZ, uzasadnione było przyjęcie badania złożonych ofert pod kątem wystąpienia RNC odnośnie opustów oferowanych w ramach poszczególnych grup, gdyż art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odnosi możliwość badania wystąpienia RNC w odniesieniu do zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych.

Powyższe postanowienia SIWZ nie były kwestionowane na etapie przed upływem składania ofert i są wiążące na etapie ich oceny. W ocenie Izby użycie przez Zamawiającego sformułowania „uśredniony" skutkuje dopuszczeniem w ramach danej grupy produktów, określenia jednego opustu dla wszystkich produktów będącego wynikowym z opustów stosowanych w danej grupie, uwzględniającego również inne czynniki mogące mieć wpływ na oferowany jego poziom. W ocenie Izby opust ten jako „uśredniony" nie musi być opustem minimalnym dla danej grupy produktów. O dopuszczalności oferowanego poziomu opustu na gruncie ustawy Pzp, decydować będzie ocena, czy zaoferowana cena jest realna, a realizacja zamówienia w cenie uwzględniającej dany opust nie przynosi strat wykonawcy. Postępowanie odwoławcze pokazało, iż każdy z wykonawców ubiegających się o to zamówienie przyjął inne założenia do realizacji umowy i w inny sposób mitygował ryzyka związane z jego realizacją. Niewątpliwie znaczne ryzyka związane z realizacją zamówienia występują, również w obszarze uzależnienia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia od producenta produktów tj. firmy Microsoft i jego jednostronnych decyzji, mających bezpośredni wpływ na realizację zamówienia (np. w zakresie oferowanych produktów, opustów czy zwrotów). Izba podziela argumentację zamawiającego, iż złożone oferty odzwierciedlają poziom ryzyka jaki każdy z wykonawców jest w stanie zaakceptować. Integrated Solutions uwzględnił ryzyka w sposób absolutny, dążąc do ich mitygacji do zera. SoftwareONE przyjął pewien poziom ryzyk odrzucając skrajne wartości opustów w poszczególnych grupach i szacując ekspercko opust dla danej grupy. W ocenie zamawiającego APN wziął na siebie większe ryzyko i większą odpowiedzialność, co w ocenie Izby jest dopuszczalne o ile wykonawca wykaże, istnienie po jego stronie obiektywnych okoliczności potwierdzających realność zaoferowanej ceny. Izba podziela również pogląd zamawiającego, że niedopuszczalne jest ryzyko zbyt daleko idące,

nieograniczone, gdyż ono skutkuje rażąco niską ceną i koniecznością odrzucenia oferty. Każdy z wykonawców składał wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, chociaż w niniejszym postępowaniu nie zachodziły obligatoryjne przesłanki do wystosowania takich wezwań do wykonawców. Każdy z wykonawców objął składane wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, dlatego też rozważania Izby pozostają w znacznym stopniu ogólne. W ocenie Izby, złożone przez wykonawców wyjaśnienia potwierdzają, że istnieją obiektywne przesłanki do uznania, że złożone oferty nie zostały złożone z ceną rażąco niską. Izba uznała, że tzw. zwroty (ang. incentive) tak jak i opusty są dopuszczalnymi elementami z uwzględnieniem których wykonawcy mogli kreować ofertę, a ich poziomy obowiązujące na dzień składania ofert uzasadniały zastosowanie zaoferowanych opustów. Nie może w tym zakresie być mowy o niedopuszczalnym finansowaniu zewnętrznym, gdyż zwroty tak jak opusty pochodzą od Producenta tj. podmiotu zaangażowanego w realizację zamówienia i są powiązane ze zrealizowanym poziomem sprzedaży określonych produktów. Za dopuszczalny mechanizm, Izba uznała również, zakupy produktów w innych walutach, których bilans jest korzystny do euro, jeśli wykonawca wykazał realność możliwości wykorzystania go w realizacji zamówienia. Takie praktyki, jak potwierdzili wykonawcy są powszechne na rynku i nie zakazane przez producenta nabywanych produktów tj. Microsoft. Dlatego też, Izba uznała, iż istnieją obiektywne przyczyny zaoferowania określonego poziomu cen/opustów i wykonawca APN w składanych wyjaśnieniach wykazał (w tym przestawił dowody), iż w grupach O1-O5 / lit. a do lit. e może osiągnąć zysk, tak więc zaoferowane ceny nie mogą być uznane za rażąco niskie.

Odmiennie jednakże ma się sytuacja odnośnie grupy określanej jako O6 lub lit. f) tj. dot. usług wsparcia Producenta. Odwołujący I swoją argumentację odnośnie zaniżenia ceny w tej grupie przez APN opierał na informacji cenowej Microsoft, z której wynika, iż przedmiotowa informacje cenowa została przekazana wszystkim wykonawcom w tożsamej treści, wyliczony na jej podstawie maksymalny opust mógł wynosić 4,76 %, a nie jak zaoferował APN 4,99%. Fakt poziomu opustu potwierdza właśnie wskazana wyżej informacja cenowa Microsoft. W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez APN potwierdzają, że wykonawca ten błędnie wyliczył poziom opustu w tej grupie. Tym samym, zgodzić się należy z odwołującym I, iż zaoferowany rabat jest nierealny. Jednakże ze względu na znikomą wartość tej grupy w stosunku do przedmiotu zamówienia (około 0,5%) nie można uznać, iż mamy do czynienia z zaniżeniem wartości istotnej części składowej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.
Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż oferta APN nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp samodzielnie ani też w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.
Odwołujący I w odwołaniu postawił również zarzut naruszenia przez zamawiającego 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 (zwana dalej „uoznk") - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty APN jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na wysokość oferowanego przez APN opustu w odniesieniu do pozycji określonych w SIWZ w ramach kryterium oceny ofert „Uśredniony minimalny opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta",grupy O1, O2 i O6 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 „produktów" poniżej kosztu ich zakupu, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium oceny ofert.
Również ten zarzut w ocenie Izby, że podlega oddaleniu.
Jak już Izba stwierdziła w grupach O1 i O2 nie potwierdził się zarzut złożenia oferty z RNC, tak więc w tym zakresie nie może być mowy również o czynie nieuczciwej konkurencji w świetle postawionego zarzutu. Jednakże wobec, ustaleń poczynionych przez Izbę odnośnie opustu oferowanego przez APN w grupie O6, konieczne jest rozważenie zaistniałej sytuacji w kontekście wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji. zgodnie z ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei stosownie do treści uoznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.
Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 18 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2483/17, zgodnie z którym „aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać inny przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu."
Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby odwołujący I nie wykazał, iż APN oferował sprzedaż usług będących przedmiotem zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia w określonym przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celu - tj. w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W ocenie Izby, APN oferując upust w grupie O6 nie działał celowo, a zaoferowany poziom opustu wynikał z błędnych wyliczeń. Zauważyć należy, że błędy, o ile nie wynikają one z celowych działań wykonawcy są dopuszczalne i powszechne w działalności przedsiębiorców, a tym samym ich wystąpienie nie może skutkować uznaniem działania wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji.
Podkreślić należy, iż odwołujący I, na którym ciąży obowiązek wynikający z treści KC, nie wykazał popełnienia przez APN czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zgodzić się należy z APN, iż odwołujący I ograniczył się w tym zarzucie do gołosłownego twierdzenia, że APN manipulował ceną i „przerzucał koszty".

W związku z przedstawioną argumentacją Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył również dyspozycji art. 91 ust 1 w zw. z art.7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie wniesione przez odwołującego SoftwareONE (sygn. akt: KIO 186/21).

Sygn. akt: KIO 190/21

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert APN oraz SoftwareONE ze względu na zawieranie przez nie RNC oraz nie złożenia wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu, z których wynika, że oferta nie zawiera RNC w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także zaniechania odrzucenia ofert wyżej wskazanych wykonawców jako ofert, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdza, iż aktualna jest argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu sprawy KIO 189/21 i dotyczy ona również oferty i wyjaśnień RNC wykonawcy SoftwareONE.

Uzupełniająco co do argumentacji odwołującego II, Izba wskazuje.

Odwołujący II podkreślał, wagę ust. 5 Rozdziału XII SIWZ, wskazującego w jaki sposób wykonawcy winni wyliczyć ceny produktów i niespełnienie tego wymagania przez wykonawców APN i SoftwareONE. Jednakże odwołujący II nie postawił w tym zakresie zarzutu niezgodności ofert wykonawców APN i SoftwareONE z treścią SIWZ, w kontekście którego owo niespełnienie mogło być badane. Izba natomiast nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 555 nPzp). Sposób badania ofert pod kątem RNC określa art. 90 ustawy Pzp i to on określa wytyczne w oparciu o które takie badanie należy przeprowadzić.

Odwołujący II zwrócił uwagę, że umowa ramowa obejmuje dostarczanie licencji, subskrypcji, aktualizacji i usług wsparcia w ramach ściśle określonego systemu licencjonowania Producenta oprogramowania firmy Microsoft. System ten przewiduje określone ramy, w tym minimalne i maksymalne wysokości rabatów, jakie może uzyskać każdy Partner posiadający status LSP - odsprzedawca produktów Microsoft. Rabaty udzielone przez Producenta determinują jednocześnie wysokość opustów, jakie może zaoferować partner firmy Microsoft swoim klientom, w tym Zamawiającemu. Twierdzenie to, w świetle argumentacji przestawionej w uzasadnieniu wyroku dot. odwołania 186/21 nie potwierdziło się. Słusznie wskazywał także zamawiający, że brak jest dowodów potwierdzających, że wykonawcy nie mogą oferować opustów innych aniżeli określonych przez Microsoft.
Tak jak, stwierdziła Izba już w uzasadnieniu wyroku KIO 186/21 zamawiający oczekiwał zaoferowania przez wykonawców „uśrednionego" opustu dla produktów z danej grupy i takiego modelu postepowania żaden z wykonawców nie kwestionował. Stąd argumentacja odwołującego II, iż de facto dopuszczalny opust „uśredniony" powinien być opustem co najwyżej minimalnym dla danej grupy produktów nie potwierdziła się. Przyjęte przez odwołującego II założenie jest niezwykle korzystne dla wykonawcy (gdyż nie rodzi ono po jego stronie żadnego ryzyka) – wykonawca zawsze osiągnie znaczący zysk na danej grupie produktowej, ale bardzo niekorzystne dla zamawiającego, gdyż ze względu na rozpiętość poziomu opustów w danej grupie produktów może on znacząco przepłacić i nie racjonalnie wydatkować środki publiczne. Przykładowo, jak wskazał sam odwołujący II w odwołaniu, w grupie O2 opusty wahają się pomiędzy 3% a 20,56%, co przy założeniu konieczności oferowania zamawiającemu opustu minimalnego dla danej grupy powodowałoby odsprzedaż produktu dla którego producent przewiduje opust na poziomie 20,56% z 17,56% zyskiem.

W ocenie Izby, nie potwierdziła się również argumentacja odwołującego II co do nie dopuszczalności ujęcia w wycenie oferty tzw. zwrotów.
Uzupełniająco odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wykonawców APN oraz SoftwareONE gdyż ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji uwagi na zaniżenie cen, a w konsekwencji sprzedaż produktów i usług poniżej kosztu ich zakupu i realizację zamówienia poniżej kosztów jego wykonania, w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium cena, Izba wskazuje Odwołujący II wywodził czyn nieuczciwej konkurencji wprost z argumentacji odnośnie RNC, dodając, iż sprzedaż produktów poniżej kosztu ich zakupu zaoferowana została w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium cena. Wobec uznania przez Izbę, że ceny zaoferowane przez APN (za wyjątkiem grupy O6) oraz SoftwareONE nie noszą znamion RNC nie potwierdził się również zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie aktualna pozostaje argumentacja Izby podniesiona wobec analogicznego zarzutu w odwołaniu o sygn. akt KIO 186/21.
Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie wniesione przez odwołującego Integrated Solutions (sygn. akt: KIO 190/21).

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do ich wyników na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 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).

……
……
……