Sygn. akt: KIO 635/22

WYROK

z dnia 25 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2022 r. przez wykonawcę KPMG Advisory sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Stermedia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Stermedia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 oraz 10 ustawy pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw wykonawcę Stermedia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KPMG Advisory sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw wykonawcy Stermedia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawcy KPMG Advisory sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 635/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Dostawa, wdrożenie, serwis

i świadczenie usług rozwojowych platformy RPA na potrzeby Banku Gospodarstwa Krajowego.", nr postępowania: DZZK/32/DZU/2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2021 r., za numerem 2021/S 230-603151.

W dniu 7 marca 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca KPMG Advisory sp. z o.o. sp.

k. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Stermedia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy pomimo iż oferta Stermedia jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz pomimo, że oferta Stermedia złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

pzp:

l. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stermedia, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu

ceny,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej dalej „ustawą ZNK" poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stermedia, pomimo iż złożona została w warunkach czynu

nieuczciwej konkurencji,

a w konsekwencji art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Stermedia, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu oraz art. 16 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Stermedia,

2) unieważnienia czynności oceny ofert,

3) ponowienia czynności badania i oceny ofert,

4) odrzucenia oferty Stermedia,

5) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał na postanowienia dokumentacji postępowania: pkt II, XI 1, 2, 3, 6, 9 i 11, XII 1, 2, 4 SWZ, OPZ załącznik nr 1 do SWZ pkt II, PPU załącznik nr 2 do SWZ par. 1 Definicje: Serwis, par. 2 ust. 2 pkt 1, formularz cenowy, wyjaśnienia treści SWZ (pytanie nr 13 z dnia 16 grudnia 2021 r.), formularz oferty Przystępującego. Odwołujący podniósł, że Stermedia złożył oświadczenie, iż jest autoryzowanym partnerem producenta oferowanego rozwiązania, i jednocześnie w ofercie oświadczył, iż oferta dotyczy oprogramowania (licencji) producenta Blue Prism. W dniu 28 stycznia 2022 r., działając na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy pzp, Zamawiający wystąpił do

Stermedia z pytaniem: Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, czy złożony Formularz ofertowy/cenowy w ramach składnika/pozycji dot. świadczenia usług Serwisu dla Systemu RPA, odpowiednio w części gwarantowanej/podstawowej zamówienia oraz w części opcjonalnej zamówienia uwzględnia również cenę za wsparcie serwisowe producenta? Wyjaśnienia Stermedia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp Odwołujący powołał się na wyrok KIO 207/21 i wskazał, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia, skutkująca koniecznością jej odrzucenia, będzie miała miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada wymaganiom zamawiającego wyrażonym np. w zasadach obliczenia ceny oferty nie ujmując — wbrew tym zasadom - wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Ponadto co do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp powołał się na wyroki KIO 3295/20, KIO 1881/20, KIO 1314/20 i wskazał, że w wyroku KIO 559/21, Izba uznała, że dla stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny, a tym samym podstawy do odrzucenia oferty, nie ma znaczenia czy wystąpienie błędu ma wpływ na ranking ofert, albowiem jest on kategorią obiektywną. Podstawą do odrzucenia oferty jest więc sam fakt zidentyfikowania błędu w obliczeniu ceny.

Jak wynika z opisu stanu faktycznego, wykonawcy zobowiązani byli do uwzględnienia w cenie za Serwis (zarówno gwarantowany, jak i opcjonalny) kosztów świadczenia

Production Support, tj. kosztów świadczenia serwisu przez producenta oferowanego oprogramowania, którym w przypadku Stermedia, jak i Odwołującego jest firma Blue Prism. Wymaganie takie wynika z warunków zamówienia określających sposób obliczenia ceny zawartych w pkt XI SWZ, a w szczególności w ppkt 11, gdzie wskazano, że każda cena jednostkowa wskazana w poszczególnych pozycjach formularza cenowego ma zawierać w sobie wszystkie koszty oraz ewentualne upusty oraz: „Wartość pozycji po zastosowaniu upustu nie może być niższa niż koszty własne lub koszty wytworzenia". Jednoznacznie wymaganie to wynika także z odpowiedzi na pytanie 13 w piśmie nr DZZK.26.564.ASzP.2021 z 16 grudnia 2022 r.

Odwołujący wskazał, iż pozycja cenowa nr 6 formularza cenowego w ofercie Stermedia (Świadczenie usług Serwisu dla Systemu RPA w zakresie dodatkowych 4 szt. Licencji/subskrypcji oprogramowania) została wyliczona niezgodnie z ww. warunkami zamówienia. Pozycję nr 6 — czyli serwis opcjonalny dla 4 licencji - Stermedia wycenił na 332,10 zł brutto za 1 miesiąc, tj. 11.955,60 zł brutto za 36 miesięcy świadczenia. Cena taka nie odpowiada ww. warunkom zamówienia, tj. zasadom obliczenia ceny, albowiem jest niższa niż koszty własne, na które składa się co najmniej koszt zakupu usługi wsparcia producenta Blue Prism (tj. Production Support). Podstawowe zasady licencjonowania i wsparcia serwisowego środowisk produkcyjnych tego producenta to:

1. Warunki licencjonowania Blue Prism narzucają wymóg jednolitego poziomu wsparcia serwisowego dla wszystkich utrzymywanych licencji i partner powinien zakupić ten sam poziom wsparcia dla końcowego klienta dla wszystkich jego licencji (dotyczy to zarówno tych licencji, które są kupione przed postępowaniem, jaki i tych które są kupowane w postępowaniu, w ramach zamówienia podstawowego oraz w ramach zamówienia opcjonalnego). Niezależnie od tego Odwołujący podkreślił, iż takie właśnie wymagania co do poziomu wsparcia producenta dla wszystkich licencji wynikają z opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ pkt II. Wymagania prawne i wymagane parametry technicznoużytkowe, podtytuł Wsparcie techniczne). Zamawiający wymagał Production Support.

2. Cena za Production Support dla partnera kształtowana jest następująco:

a. Cena za Production Support stanowi 15% ceny licencji. Jest to dodatkowy koszt, który zgodnie z obowiązującymi partnerów zasadami, powinien zostać doliczony do ceny licencji.

b. Zgodnie z cennikiem Blue Prism cena licencji wynosi 8000 GBP, a dla partnera może być dyskontowana na maksymalnie 41%

c. Od ceny licencji z upustem (max 41%) naliczane jest ww. 15% stanowiące cenę za Production Support.

d. W konsekwencji, cena minimalna, jaką płacą partnerzy BluePrism za Production Support w celu dalszej odsprzedaży do klienta, wynosi:

i. Minimalna cena 1 (jednej) rocznej licencji Digital worker platformy BluePrism po zniżce — jako baza do wyliczenia ceny za Production Support:

8000 GBP minus 41% (z 8000 GBP) = 4720 GBP per licencja rocznie
ii. Cena Production Support:

15% x 4720 GBP = 708 GBP per licencja rocznie.

Taka jest minimalna cena netto zakupu dla partnera dla wsparcia serwisowego (tj. Production support) o ile mając odpowiedni status jest on uprawniony do tak głębokich upustów partnerskich. Zakładając zatem: iż partner odsprzedaje Production Support do końcowego klienta w cenie jego zakupu, tzn. z marżą 0% oraz kurs wymiany GBP na PLN wynosi 1 GBP = 5,4406 zł — przyjęto wg tabeli NBP z dnia podpisania oferty przez Stermedia tzn. 10 stycznia 2022 r., to minimalna cena brutto 3 letniego Production Support dla jednej licencji wynosi 14 213,67 zł, zgodnie z poniższym wyliczeniem:

708 GBP x 5,4406 = 3.851,94 zł netto rocznie

3 lata x 3.851,94 zł netto = 11.555,83 zł netto + 23% VAT = 14.213,67 zł brutto

a minimalna cena brutto 3 letniego Production Support dla czterech licencji wynosi 56 854,68 zł, zgodnie z poniższym wyliczeniem:

4 szt. x 14.213,67 zł = 56.854, 68 zł

Zgodnie z formularzem ofertowym Stermedia w poz. 6 - cena za Serwis dla 4 szt. dodatkowych licencji — zaoferowało kwotę 11.955,60 zł brutto, co oznacza prawie 5-krotne zaniżenie ceny w stosunku do samych wyłącznie kosztów zakupu Producion Support.

W związku z powyższym jednoznacznym jest, iż Stermedia zaoferował Zamawiającemu wykonanie Serwisu opcjonalnego za kwotę nie obejmującą nawet ceny zakupu przez Stermedia od producenta usługi Production Support, co jest wprost sprzeczne z warunkami zamówienia wyrażonymi w pkt XI SWZ.

Odwołujący wskazał, że nieznana jest mu treść wyjaśnień złożonych przez Stermedia w sprawie kalkulacji Production Support, albowiem zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej w sytuacji, gdyby Stermedia wskazał, że koszty Production

Support opcjonalnego ujęte zostały w innej pozycji cenowej, Odwołujący podkreślił, że działanie takie jest również sprzeczne z warunkami zamówienia wyrażonymi w pkt XI ppkt 11 SWZ oraz odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 13 z dnia 16 grudnia 2021 r., i tożsamo podpada pod obie podstawy odrzucenia oferty.

W szczególności Odwołujący podkreślił, iż ewentualne wyjaśnienie przez Stermedia, iż koszt Production Support został skalkulowany w poz. 5, tj. w cenie za dostawę i wdrożenie dodatkowej licencji, nie tylko jest niezgodne z ww. warunkami, ale także jest ceną poniżej kosztów zakupu licencji i wsparcia od Blue Prism.

Odwołujący poczynił ewentualne założenie z tego powodu, iż zgodnie z opisem Kryterium III ocenie w nim podlegała oferowana cena za jedną dodatkową licencję systemu RPA (wraz z serwisem) ważną przez maksymalny okres 36 miesięcy, w ramach prawa opcji. Natomiast w odpowiedzi na pytanie skierowane do Zamawiającego o sposób przyznania punktów w Kryterium III i kwoty podstawione do wzoru, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „KPMG — kwota 128 258,50 zł brutto z formularza ofertowego KPMG oraz kwota 99 023,85 zł brutto z formularza ofertowego Stermedia, obliczone wzoru > 10*99023,85/128258,50=7,72 pkt, Stermedia — kwota 99 023,85 zł brutto z formularza ofertowego Stermedia, obliczone wzoru > 10*99023,85/99023,85= 10 pkt". Zamawiający podstawił zatem do wzoru w ramach Kryterium III tylko cenę Stermedia z poz. 5 formularza cenowego (bez ceny z poz. 6 za serwis), co sugeruje, iż cena ta, tj. 99.023,85 zł — stosownie do wyjaśnień Stermedia - mogła uwzględniać jednocześnie koszt licencji i serwisu (Production Support). Jednak nawet przy tym założeniu, cena z poz. 5 w formularzu cenowym Stermedia opiewająca na kwotę 99.023,85 zł brutto, nie uwzględnia minimalnego kosztu licencji i wsparcia producenta.

Koszt licencji wraz ze wsparciem (Production Support) wyniósłby bowiem minimum

108.971,94 zł brutto, co wykazano w poniższej kalkulacji:

Licencja Blue Prism GBP 1 rok		8.000
Licencja Blue Prism PLN Netto (kurs jw. 1 GBP = 5,4406 zł)		43.525
Licencja Blue Prism PLN Brutto		53.535,75
Minimalna cena zakupu dla partnera Brutto	-41%	31.586,09
Licencja 3 lata		94.758,27
Cena zakupu Production Support 1 rok Brutto	15%	4.737,89
Cena zakupu Production Support 3 lata Brutto		14 213,67
Licencja + Production Support na 3 lata		108 971,94

Co więcej, wyjaśnienia Stermedia idące w powyższym kierunku oznaczałyby w konsekwencji także to, iż niezgodnie z SWZ (tj. poniżej kosztów zakupu licencji i wparcia od producenta) wykonawca ten skalkulował także cenę w poz. 1 formularza cenowego, w którym tożsamo jak w poz. 5 wskazał cenę za dostawę i wdrożenie 1 licencji w kwocie 99.023,85 zł brutto. Mając na uwadze powyższe nie ulega w ocenie Odwołującego wątpliwości, iż Stermedia złożył Zamawiającemu ofertę niezgodną z warunkami zamówienia odnoszącymi się do sposobu obliczenia ceny nakazującego ujęcie w wycenie danej pozycji ofertowej wszystkich kosztów i zakazu zaoferowania takiej ceny poniższej kosztów wykonawcy. Ponadto złożenie oferty z ceną skalkulowaną niezgodnie z tymi zasadami stanowi błąd w obliczeniu ceny. Obie te okoliczności stanowią podstawę do odrzucenia oferty, a wybór przez Zamawiającego oferty Stermedia oznacza de facto, że Zamawiający odstępuje od określonych w postępowaniu warunków zamówienia, co jest nieodpuszczalne na obecnym etapie i wprost sprzeczne z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stermedia, pomimo iż złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że czynem nieuczciwej konkurencji jest m. in. utrudnianie dostępu do rynku, o którym mowa w art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy. „Utrudnianie dostępu do rynku" to taki sposób zachowania się na konkurencyjnym rynku, który w sposób sprzeczny z prawem tub dobrymi obyczajami dąży co najmniej do stworzenia niekorzystnych warunków dla innego przedsiębiorcy działającego na tym samym lub innym rynku. Przy czym utrudnianie dostępu do rynku należy rozumieć szeroko jako wszelkie działania przeszkadzające w prowadzeniu normalnej działalności gospodarczej. Nie muszą one zawsze być na tyle intensywne, aby eliminowały konkurentów z obrotu. W orzecznictwie wskazuje się, że: „ustawa z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosząc popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji do utrudnienia dostępu do rynku nie określa o jaki dokładnie rynek chodzi. Rynkiem tym może być zarówno rynek globalny jak i lokalny. Wobec tak szerokiego rozumienia pojęcia rynku zawartego w ustawie, popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji może być związane z utrudnieniem lub uniemożliwieniem innym przedsiębiorcom uzyskania konkretnego zamówienia. Eliminowanie z rynku nie oznacza wyłącznie sytuacji gdy przedsiębiorca traci byt prawny lub faktycznie nie może uzyskiwać żadnych zamówień, ale jest to także pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców" (KIO 2067/13). Wśród stypizowanych ustawą ZNK czynów nieuczciwej konkurencji znajduje się, wymieniona w art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Mając to na uwadze, Odwołujący podniósł, iż cena Stermedia za świadczenie usług serwisu opcjonalnego jest znacząco niższa niż koszt jej zakupu, jaki musi ponieść Stermedia w celu jej odsprzedaży Zamawiającemu. Ponadto uwzględniając konieczność zaistnienia drugiej z przesłanek wyrażonych w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK, tj. działanie w celu eliminacji innych przedsiębiorców, Odwołujący podniósł, iż o takim celu Stermedia świadczą jednoznacznie okoliczności, w jakich została zaoferowana przedmiotowa cena. Jako globalny dostawca technologii działający na globalnym rynku Blue Prism realizuje politykę transparentności i jednolitości zasad obowiązujących w kanale partnerskim. Dlatego wszyscy autoryzowani partnerzy Blue Prism działają w oparciu o tożsame zasady, do których przestrzegania są zobowiązani na mocy umów partnerskich. Zasady te gwarantują, iż żaden z partnerów Blue Prism nie znajdzie się na rynku w uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych sytuacji, mogąc nabyć od Blue Prism usługi po cenie niższej niż pozostali. Zaoferowane przez autoryzowanego partnera, jakim jest Stermedia (zgodnie z oświadczeniem Stermedia składanym jako przedmiotowy środek dowodowy), ceny niższej niż koszt zakupu świadczenia od Blue Prism musi więc być świadome i celowe. Eliminowaniem z rynku jest m. in. pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców. Stąd mając na uwadze, iż Stermedia zaoferował za świadczenie

usług Serwisu opcjonalnego cenę znacząco niższą niż koszty jej wykonania (zakupu), okoliczności wskazują na celowe działanie Stermedia zmierzające do eliminacji przedsiębiorców z rynku, nie ulega w ocenie Odwołującego wątpliwości, iż mamy tu do czynienia ze złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W przypadku gdyby Izba uznała, że okoliczności nie wskazują na stypizowany w art. 15 ustawy ZNK czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący zwrócił uwagę, że działanie Stermedia spełnia również przesłanki niestypizowanego czynu nieuczciwej konkurencji ujętego w art. 3 tej ustawy. W literaturze i orzecznictwie podkreśla się też, że czyn nieuczciwej konkurencji może nie odpowiadać żadnemu z przykładowo wskazanych w ustawie ZNK. Wystraczającym jest bowiem, że jego charakter odpowiada klauzuli generalnej wyrażonej w art. 3 ust. 1 tej ustawy. Przykładowo Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., sygn. akt II CSK 44/09, wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (także np. KIO 1924/11). W świetle tej klauzuli do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy: czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz czyn taki zagrażać musi lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wynika z powyższego, dla popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1) ustawy ZNK nie jest wymagane działanie sprzeczne z prawem. Dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu wystarczy, że zachowanie jest sprzecznie z dobrymi obyczajami. Przez dobre obyczaje rozumie się zaś pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Odwołujący podkreślił, że obowiązek wykonywania działalności gospodarczej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz poszanowania dobrych obyczajów wynika z art. 9 ustawy Prawo przedsiębiorców, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Bez wątpienia zatem za czyn nieuczciwej konkurencji można uznać nie tylko działania wykonawcy niezgodne z powszechnie obowiązującymi normami prawa. Do tego typu czynów należy również zakwalifikować działania, które są naganne z punktu widzenia praktyk rynkowych. Podobny pogląd wyraziła KIO w wyroku z dnia 17 września 2020 r., sygn. KIO 2048/20. Uwzględniając powyższe, Odwołujący podkreślił, że tak rozumiane jak wyżej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust 1 ustawy ZNK wyczerpuje działanie Stermedia polegające na zaoferowaniu Zamawiającemu Serwisu opcjonalnego, mającego zawierać co najmniej koszt Production Support, po cenie niższej niż koszt zakupu wsparcia producenta od Blue Prism. Odwołujący zauważył, że zgodnie z wyrokiem KIO z 28 marca 2017 r. (KIO 473/17) przejawem manipulacji cenowej nie jest tylko przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty w niegodziwym celu wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźne odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania ich z realnymi kosztami uzyskania. Nieznana jest Odwołującemu treść wyjaśnień złożonych w tej sprawie przez Stermedia, niemniej w sytuacji gdyby Stermedia wskazał, że koszty Production Support, które miały być skalkulowane w cenie Serwisu opcjonalnego (poz. 6 formularza cenowego), ujęte zostały w kosztach innej pozycji cenowej — to oprócz niezgodności z warunkami zamówienia — takie ukształtowanie ceny należy także uznać za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przerzuceniu części kosztów w inną pozycję cenową. Ponadto zdaniem Odwołującego czynem godzącym w podstawowe zasady obrotu, dobre obyczaje w obrocie gospodarczym jest opisane powyżej działanie Stermedia polegające na złożeniu oferty niezgodnie z przyjętymi zasadami obowiązującymi autoryzowanych partnerów Blue Prism. Tego typu działanie oznacza dążenie za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego i tym samym do wyeliminowania konkurencji poprzez stosowanie praktyk niezgodnych z uczciwą konkurencją i samo w sobie także wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust 1 ustawy ZNK. Co więcej Odwołujący podkreślił, że do zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczająca jest sama możliwość zagrożenia interesu czy to zamawiającego, czy też innego wykonawcy — tak orzekła Izba w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 roku, sygn. akt: KIO 509/19. Czynem nieuczciwej konkurencji jest więc takie działanie przedsiębiorcy, które będąc sprzeczne z dobrymi obyczajami prowadzi do chociażby zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy w uzyskaniu zamówienia publicznego. W niniejszym przypadku niewątpliwie, wskutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania Stermedia, doszło — co najmniej — do zagrożenia interesów pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a w szczególności interesu Odwołującego, którego oferta jest sklasyfikowana jako druga w rankingu ofert. Mając na względzie powyższe należy uznać, że działania Stermedia polegające zarówno na zaoferowaniu ceny za Serwis opcjonalny (Production Support) poniżej kosztów świadczenia usługi (ewentualne także przerzucenie kosztów świadczenia tej usługi w cenę innej), stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez

wybranie jako najkorzystniejszej oferty Stermedia oraz art. 16 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest konsekwencją wcześniejszych zarzutów. W sytuacji, gdy wybór oferty następuje w warunkach naruszenia przepisów ustawy pzp mających wpływ na wynik Postępowania, oczywistym jest, że i ta czynność (wybór) narusza ustawę, tj. jej art. 239 ust. 1. Niewątpliwie także ustalenie wyniku Postępowania z naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp stanowi jednoczesne naruszanie podstawowych zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W dniu 18 marca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia wniesione odwołanie w całości.

W dniu 21 marca 2022 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników Postępowania odwoławczego Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania oraz wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Stermedia sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowód: oświadczenie komercyjne Producenta BluePrism), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone przez Odwołującego oraz Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt II SWZ: „Przedmiotem zamówienia jest dostawa, wdrożenie, serwis i świadczenie usług rozwojowych platformy RPA na potrzeby Banku Gospodarstwa Krajowego. 1. Przedmiotem zamówienia: w części podstawowej jest: dostawa i wdrożenie 1 licencji systemu RPA (Robotic Process Automation) Blue Prism w wydaniu On-Premise ze wsparciem producenta oprogramowania na okres 36 miesięcy oraz wykonaniem dokumentacji, realizacja warsztatów/szkoleń, w części opcjonalnej jest: dostawa do 4 dodatkowych licencji systemu RPA umożliwiające zwiększenie liczby obsługiwanych procesów biznesowych, realizacja usług konsultacyjnych w zakresie rozwoju i utrzymania systemu RPA w ramach puli 1800 MD w okresie obowiązywania umowy. Sposób i warunki realizacji zamówienia podstawowego jak i prawa opcji opisane zostały w OPZ i PPU.

Szczegółowy Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) zawarty został w załączniku nr 1 do

SWZ oraz w Projektowanych Postanowieniach Umowy (PPU) - załącznik nr 2 do SWZ.”

W myśl pkt XI SWZ (OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY): „1. Podstawą do ustalenia ceny oferty jest OPZ oraz obowiązki określone w Projektowanych Postanowieniach Umowy (PPU). 2. Wykonawca określi ceny dla wszystkich elementów zamówienia wymienionych w Formularzu Cenowym (dalej: „FC") (zał. nr 4 do SWZ), wyszczególnionych na podstawie wymagań Zamawiającego zawartych w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), oraz projektowanych postanowieniach umowy (PPU), a ich suma będzie stanowić łączną wartość brutto oferty. Cena oferty, jak również wartości poszczególnych pozycji wymienionych w FC, muszą zostać określone brutto, tj. z podatkiem od towarów i usług (VAT). Przyjęta stawka podatku VAT musi być zgodna z przepisami obowiązującymi w dniu składania ofert. 3. W celu oceny i porównania ofert, Wykonawca poda łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia w FC. 4. Wartość określona w FC, w pozycje „Razem", tj wartość za realizację całości zamówienia, zostanie przeniesiona przez Wykonawcę do druku oferty i musi być wyrażona z dokładnością do setnych części złotego, tj. do drugiego miejsca po przecinku. 5. Wszystkie wartości cenowe będą określone w złotych polskich (PLN), a wszystkie płatności będą realizowane wyłącznie w złotych polskich, zgodnie z obowiązującymi przepisami. 6. Brak wypełnienia i określenia wartości lub wpisanie wartości „0" (zero) w którejkolwiek z pozycji FC spowoduje odrzucenie oferty. (...) 9. Ceny podane przez Wykonawcę muszą zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie pozycje ujęte w FC. 10. Cena oferty, jak również wartości poszczególnych pozycji wymienionych w FC muszą zostać określone brutto, tj. musi zawierać wszelkie obciążenia publicznoprawne wymagane przepisami prawa, w tym z podatkiem od towarów i usług (VAT). 11. Ewentualne upusty oferowane przez Wykonawcę muszą być zawarte w ostatecznych, wyrażonych jedną wartością cenach jednostkowych. Wartość pozycji po zastosowaniu upustu nie może być niższa niż koszty własne lub koszty wytworzenia." Zgodnie z pkt XII SWZ (KRYTERIA OCENY OFERT ORAZ ICH ZNACZENIE): „1. Zamawiający podda ocenie oferty niepodlegające odrzuceniu. Przy wyborze oferty, Zamawiający kierował się będzie następującymi kryteriami i ich wagą: 2. Zamawiający podda ocenie oferty nie podlegające odrzuceniu. Przy wyborze oferty Zamawiający kierował się będzie następującymi kryteriami i ich wagą:" KRYTERIUM I, Cena oferty - „C", 70%, KRYTERIUM II, Łączna cena warsztatowego przekazania wiedzy - „CW", 10%, KRYTERIUM

III, Cena jednej dodatkowej licencji systemu RPA (wraz z serwisem) ważnej przez maksymalny okres 36 miesięcy, oferowanej w ramach prawa opcji - „CL", 10%, KRYTERIUM

IV, Cena jednego MD, oferowana w ramach prawa opcji - „CMD", 10%, „4. W trakcie oceny ofert kolejno ocenianym ofertom zostaną przyznane punkty według następującego wzoru: Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów:

$$Ocena = 70 * \frac{Cmin}{Cof} + 10 * \frac{CWmin}{CWof} + 10 * \frac{CLmin}{CLof} + 10 * \frac{CMDmin}{CMDof}$$

Gdzie:

Cmin - Najniższa spośród oferowanych cen całej oferty (łącznie część gwarantowana i opcjonalna).

Cof - Oferowana cena całej oferty (łącznie część gwarantowana i opcjonalna).

CWmin - Najniższa spośród oferowanych cen za warsztatowe przekazanie wiedzy.

CWof - Oferowana cena za warsztatowe przekazanie wiedzy.

CLmin - Najniższa spośród oferowanych cen za jedną dodatkową licencję systemu RPA (wraz z serwisem) ważną przez maksymalny okres 36 miesięcy, w ramach prawa opcji.

CLmin - Oferowana cena za jedną dodatkową licencję systemu RPA (wraz z serwisem) ważną przez maksymalny okres 36 miesięcy, w ramach prawa opcji.

CMDmin - Najniższa spośród oferowanych cen za jednego MD, w ramach prawa opcji.
CMDof - Oferowana cena za jednego MD, w ramach prawa opcji.

5. Oferowane rozwiązanie musi odpowiadać treści SWZ (w tym w szczególności Opisowi Przedmiotu Zamówienia w zakresie wymagań minimalnych).”

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ (OPZ): „II. Wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe Wymagania prawne - Licencje muszą być zarejestrowane na Zamawiającego i pochodzić z legalnego kanału dystrybucyjnego producenta na rynek UE oraz nie posiadać wad prawnych, zaś korzystanie z niego przez Zamawiającego nie powinno

stanowić naruszenia majątkowych praw autorskich osób trzecich. (...) Wsparcie techniczne Zamawiający wymaga zapewnienia wsparcia technicznego producenta oprogramowania - poziom production support - w dni robocze w godzinach 8-16 w minimalnym zakresie obejmującym: - Przez cały okres trwania umowy: nowych wersji licencjonowanego produktu, aktualizacji Oprogramowania zawierających poprawki błędów, aktualizacji Dokumentacji Oprogramowania, obsługi zgłoszeń serwisowych zgodnie z poziomem i warunkami production support.”

Zgodnie z PPU § 1. DEFINICJE: „Serwis: świadczenie usług asysty technicznej dla Systemu w tym dostarczonych urządzeń oraz dodatkowych licencji w ramach Opcji (jeżeli zostały dostarczone) na warunkach opisanych szczegółowo w OPZ.” § 2. Ust. 2 pkt 1: „2. Na warunkach określonych Umową, w tym w jej załącznikach, Wykonawca zobowiązuje się do realizacji zlecanych w ramach zamówień opcjonalnych (Opcja) przez Zamawiającego świadczeń w zakresie: 1) dostawy i wdrożenia dodatkowego oprogramowania wraz ze świadczeniem Serwisu, w tym (udzielenia) dodatkowych licencji lub rozszerzenia udzielonej licencji do korzystania z Systemu, umożliwiającego zwiększenie liczby obsługiwanych procesów biznesowych wraz ze świadczeniem Serwisu.” § 3. REALIZACJA UMOWY, TERMINY: „1. Wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu Umowy w następujących terminach: (.) 3) świadczenie Serwisu w zakresie zamówienia

podstawowego przez okres 36 (trzydziestu sześciu) miesięcy liczony od daty podpisania protokołu odbioru Systemu bez zastrzeżeń, w tym odbioru warunkowego; 4) realizacja zamówień opcjonalnych, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 1 (dodatkowe licencje wraz z Serwisem liczonym od daty podpisania protokołu odbioru do daty obowiązywania Serwisu w ramach zamówienia podstawowego) - nie później niż w terminie 14 (czternastu) Dni liczonych od daty przekazania zamówienia realizacji Opcji, z zastrzeżeniem że Zamawiający ma prawo do zlecania zamówień opcjonalnych w terminie 24 (dwudziestu czterech) miesięcy liczonym od daty podpisania Umowy.”

Zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 16 grudnia 2021 r.: „Pytanie nr 13 Czy

wynagrodzenie za wsparcie producenta Production Support powinno być w ofercie uwzględnione w ramach składnika "Dostawa i wdrożenie systemu RPA", czy w ramach usług serwisu? Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, iż w przypadku zaoferowania przez

Wykonawcę rozwiązania Blue Prism wsparcie producenta Production Support powinno być uwzględnione w Formularzu ofertowym w ramach składnika/pozycji dot. świadczenia usług Serwisu.”

W formularzu ofertowym Przystępujący zaoferował dla zamówienia podstawowego: Świadczenie usług Serwisu dla Systemu RPA: 1 mies. - cena jednostkowa: 1 110,01 zł, a opcjonalnego: Świadczenie usług Serwisu dla Systemu RPA w zakresie dodatkowych 4 szt. licencji/subskrypcji oprogramowania: 332,10 zł. Odwołujący zaoferował odpowiednio cenę jednostkową: 1113,36 zł oraz 2 137,64 zł. Natomiast trzeci oferent odpowiednio: 533,61 zł oraz 2 134,44 zł.

Przystępujący złożył oświadczenie, że posiada status autoryzowanego partnera producenta zaoferowanego rozwiązania RPA.

Pismem z dnia 28 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia

wyjaśnień: „Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, czy złożony Formularz ofertowy/cenowy w ramach składnika/pozycji dot. świadczenia usług Serwisu dla Systemu RPA, odpowiednio w części gwarantowanej/podstawowej zamówienia oraz w części opcjonalnej zamówienia uwzględnia również cenę za wsparcie serwisowe producenta?"

Pismem z dnia 1 lutego 2022 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dowody Odwołujący:

- zgodnie z oświadczeniem BluePrism z dnia 7 marca 2022 r.: „Niniejszym, w imieniu producenta platformy BluePrism oświadczam, iż warunki zakupu licencji dla KPMG są ukształtowane wedle poniższego opisu oraz że żaden z partnerów nie otrzymał możliwości zakupu licencji w niższej kwocie w ramach przetargu dla BGK (Postępowanie DZZK.32.DZU.2021 - Dostawa, wdrożenie, serwis i świadczenie usług rozwojowych platformy RPA na potrzeby Banku Gospodarstwa Krajowego) — w ramach poniższych zasad programu partnerskiego ani innych możliwych programów rabatowych, dofinansowań etc. tj.: 1. Cena Production Support to 15% ceny licencji dodatkowo. To jest dodatkowy koszt partnera naliczany przez BluePrism. 2. Cena licencji dla autoryzowanego partnera KPMG jest dyskontowana maksymalnie 41% i dopiero od tej ceny naliczana jest wyżej wspomniana cena za Production Support w wysokości 15%. 3. W konsekwencji, cena minimalna, jaką płaci KPMG - autoryzowany partner BluePrism za Production Support odsprzedając je do klienta to wedle wyliczeń: a. Cena licencji Digital worker po zniżce — jako baza dla production support: 8000 GBP netto minus 41%=4720 GBP netto per licencja rocznie, b. Cena production support: 15%* 4720 GBP = 708 GBP netto per licencja rocznie. Taka jest na koniec minimalna cena zakupu dla partnera dla wsparcia serwisowego (tj. Production support) 4. Wszystkie licencje posiadane przez klienta musza mieć ten sam poziom supportu

- Basic albo Production -tj. Nie jest możliwy zakup wsparcia Production Support dla wybranych bądź części licencji. 5. Żaden z partnerów nie otrzymał korzystniejszych warunków zakupu wyżej wymienionej licencji."

- z wyciągu z postanowień licencyjnych BluePrism wynika, że dostawca nie może sprzedawać licencji do kolejnego dostawcy.

- z wiadomości e-mail z dnia 18 marca 2022 r. pochodzącej od Regionalnego Sprzedawcy BluePrism wynika, że: „istnieją trzy typy dostarczania licencji BluePrism — oparty o chmurę, oparty o wdrożenie na infrastrukturze klienta (typu on-premise) oraz oparty o usługi — MSP - tj. Umożliwiający działanie na licencji własnej partnera i udostępnianie części rozwiązania klientowi końcowemu; w Polsce żaden autoryzowany partner BluePrism nie ma statusu partnera MSP, Każda licencja typu on-premise jest kupowana bezpośrednio dla danego klienta końcowego i do niego przypisywana imiennie. Tzn. BGK — jako klient — nie może korzystać z licencji, dla której nie został wskazany (przypisany imiennie do licencji). Oznacza to, że BluePrism nie sprzedaje licencji dla Partnera, który odsprzedaje licencje innym dostawcom (pośrednikiem pomiędzy Partnerem a klientem końcowym); W przypadku pełnego wykorzystania posiadanych licencji Digital Worker przez klienta, nie ma możliwości zakupu „rozszerzenia" posiadanej licencji za kwotę kilkukrotnie mniejszą od ceny jednostkowej licencji w modelu on-premise. Oznacza to, że w celu zwiększenia liczby obsługiwanych procesów, wymagany jest zakup kolejnych licencji tego samego typu (Digital Worker)."

Dowody Przystępujący:

- cenniki licencji oraz Production Support BluePrism,

- z korespondencji mailowej pomiędzy Regionalnym Sprzedawcą BluePrism a Przedstawicielem Przystępującego z lutego 2022 r. dotyczącego zamówienia licencji dla Ministerstwa Finansów wynika: „To jest akceptacja jako inwestycja w Polski Sektor Publiczny dla 26 DW, 2 lata po 2300 EUR za DW i 50% upustu na Decipher. Zwróć proszę uwagę na poniższe punkty dotyczące tego, że nie stanowi to precedensu dla cen w regionie i potrzeby znacznego podniesienia cen, jeżeli odniesiemy sukces. Dodatkowo, pragniemy uzyskania referencji z jakiego powodu przeniesie się z UI." „Zgadzam się Steve — przyglądałem się

temu wcześniej i byłem zaniepokojony poziomem rabatów, ale potencjał do usunięcia konkurenta i podniesienia wartości jest wystarczająco przekonującym powodem do poparcia moim zdaniem, dlatego również popieram te kwestie."

W odpowiedzi na wiadomość e-mail Przedstawiciela Przystępującego: „W nawiązaniu do naszej rozmowy oraz postępowania prowadzonego przez Bank Gospodarstwa Krajowego na „Dostawę, wdrożenie, serwis, i świadczenie usług rozwojowych platformy RPA na potrzeby Banku Gospodarstwa Krajowego" („Postępowanie") uprzejmie proszę o potwierdzenie następujących informacji: 1. Według zasad zakupu licencji i sopportu Blue Prism, jeżeli pierwsza licencja dla danego podmiotu jest zakupiona z określonym poziomem wsparcia technicznego (w tym przypadku Blue Prism Production Support), to kolejne licencje dla tego podmiotu także muszą być kupowane z co najmniej takim samym pakietem wsparcia, ale nie oznacza to, że za taką samą cenę. Wszystkie licencje posiadane prze Klienta muszą mieć ten sam poziom wsparcia jakie ma licencja z najwyższym poziomem wsparcia. 2. Polityka przyznawania upustów dla autoryzowanych Partnerów jest częścią Globalnego Programu Partnerskiego opisanego i od czasu do czasu aktualizowanego przez Blue Prism (.) poziom upustów uzależniony jest w szczególności od (.) poziomu certyfikacji Partnera (Silver, Gold, Platinum) i zakresu sprzedawanej licencji (z usługami dodatkowymi jak np. poziom wsparcia technicznego). Poziom otrzymanego upustu może uwzględniać jeszcze dodatkowe okoliczności związane ze sprzedażą licencji do Klienta końcowego, np. takie jak sytuacja konkurencyjna dla produktów Blue Prism u danego Klienta, rodzaj Klienta, rejestracja okazji sprzedażowej przez Partnera na portalu Partnerskim z wyprzedzeniem co najmniej 90 dni przed złożeniem oferty. Oznacza to, że poziom uzyskanego przez Partnera upustu nie może być mniejszy niż wynikający z jego poziomu certyfikacji, ale ostateczny upust może być wyższy, także zakres i konstrukcja oferty może być indywidualnie przygotowana w danym procesie ofertowym. 3. W celu uzyskania oferty od Blue Prism na zakup określonej licencji (lub ich pakietu) z określonym poziomem wsparcia, jak również dla konkretnego Klienta końcowego (tzw. nazwany użytkownik końcowy), autoryzowany Partner musi każdorazowo dopełnić wymagań określonych w politykach sprzedażowych dla autoryzowanych Partnerów, tj. a. dokonać rejestracji potencjalnej szansy sprzedaży na portalu Partnerskim Blue Prism (ang. Connect Partner Portal); b. zwrócić się o taką ofertę bezpośrednio do Blue Prism, przed złożeniem oferty do Klienta końcowego. Okres ważności takiej oferty sprzedaży licencji, która Partner otrzymuje od BP nie jest dłuższy niż 3 miesiące. I w postepowaniu na potrzeby BGK Blue Prism odmówił złożenia oferty na cenę licencji w części opcjonalnej postępowania z okresem ważności dłuższym niż 3 miesiące. Jednocześnie Blue Prism poinformował Stermedia, że taką aktualną i wg aktualnych warunków na dany czas cenę otrzyma, gdy Klient będzie chciał skorzystać z zapisanego w warunkach postępowania prawa opcji. Oferta będzie skonstruowana w oparciu o obowiązujące na dany czas warunki cenowe i zasady programu partnerskiego." Regionalny Sprzedawca BluePrism odpowiedział: „Potwierdzam w całości treść i informacje zawarte w poniższym mailu. Są one w pełni zgodne z aktualnie stosowana polityka handlowa SS&C Blue Prism oraz zasadami programu partnerskiego. Chciałbym też zaznaczyć, że w wyjątkowych sytuacjach konkurencyjnych kierownictwo SS&C Blue Prism może zatwierdzić i zaoferować inne tzn. bardziej atrakcyjne warunki cenowe dla potencjalnego klienta."

- oferta dla BGK: Production Support na 36 mies. dla jednej licencji wynosi 2494,86 euro, cena licencji 16 632,37 euro.

- oferta dla Ministerstwa Finansów: Production Support na 24 mies. dla 26 licencji wynosi 15 599,98 euro, cena licencji 103 999,90 euro.

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia."

W myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: (.) 29) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego."

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 7) została

złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”

W myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.”

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy Przystępujący w kalkulacji ceny zaoferował wsparcie serwisowe dla licencji w ramach opcji na poziomie, który nie pokrywa kosztów zakupu tego wsparcia. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że oferta Przystępującego pozostaje w kwestionowanym zakresie niezgodna z warunkami zamówienia, a także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz błąd w obliczeniu ceny, dlatego też powinna zostać odrzucona.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że bezsporne pomiędzy Stronami było, że usługę wsparcia serwisowego dla zamówienia opcjonalnego należało wycenić w pkt 6 kalkulacji cenowej. Nie było także okolicznością sporną, że sprzedaż oprogramowania Blue Prism odbywa się wyłącznie poprzez partnera do konkretnego klienta docelowego, a cena usługi jest wyliczana jako 15% ceny licencji po zastosowaniu upustu.

Odnosząc się do ustaleń faktycznych Izba zauważa, że cena zaoferowana w zamówieniu opcjonalnym przez Przystępującego za wsparcie producenta pozostaje w całkowitym oderwaniu od realnego kosztu zakupu tego wsparcia od BluePrism, w tym od przedłożonych Izbie cenników BluePrism. Oferta dedykowana Zamawiającemu od BluePrism, którą przedstawił Przystępujący wykazuje koszt takiego wsparcia czterokrotnie wyższy aniżeli zaoferowany w postępowaniu dla zamówienia opcjonalnego. Co warte zaznaczenia, cena za wsparcie serwisowe w zamówieniu podstawowym została określona przez Przystępującego na kwotę 1110,01 zł dla jednej licencji, a w opcjonalnym na kwotę 83 zł. Ponadto, jak wynika z oświadczenia BluePrism przedstawionego przez Odwołującego, to Odwołujący uzyskał najkorzystniejsze ceny w przedmiotowym postępowaniu od BluePrism. Przystępujący uzasadniał cenę możliwością uzyskania dla zamówienia opcjonalnego dużego upustu bazując na wcześniej wynegocjowanym rabacie w postępowaniu dla Ministerstwa Finansów. Izba uznała te twierdzenia za niewiarygodne, gdyż jak wynika ze złożonych dowodów po pierwsze zamówienie to obejmowało dostarczenie 26 licencji, a zatem pozostaje nieadekwatne do opcjonalnego zamówienia 4 licencji (Zamawiający może ale nie musi zrealizować opcji). Po drugie, Przedstawiciel BluePrism wskazywał na wyjątkowy charakter oferty mający na celu przejęcie Klienta dotychczas niekorzystającego z licencji BluePrism, co również nie ma zastosowania dla Zamawiającego, który oświadczył na rozprawie, iż jedna licencja BluePrism została już wdrożona. Z żadnego dowodu nie wynika również aby BGK było atrakcyjnym klientem dla Blue Prism, tak jak Ministerstwo Finansów, co uzasadniałoby zastosowanie wysokich upustów. Takiemu twierdzeniu przeczy też cena zaoferowana przez Przystępującego za Production Support w zamówieniu podstawowym. Jeśli BGK byłoby, jak twierdził Przystępujący, atrakcyjnym klientem to już cena w zamówieniu podstawowym byłaby, zgodnie z założeniami Przystępującego, mocno konkurencyjna. Tymczasem wyłącznie cena stanowiąca odrębne kryterium oceny ofert została określona w oderwaniu od realnych kosztów zakupu wsparcia serwisowego. Przystępujący powoływał się zarówno w złożonych w postępowaniu wyjaśnieniach, jak i w postępowaniu odwoławczym na okoliczności, które jako niepotwierdzone pozostają przyszłe i niepewne. Nietrafiona jest również argumentacja Przystępującego, iż BluePrism konstruuje oferty ważne przez okres 3 mies., co uniemożliwiło Przystępującemu przedstawienie takiej oferty dla zamówienia opcjonalnego. Izba zauważa, że Przystępujący nie uzyskał nawet wstępnej oferty, na podstawie której zaoferowaną za wsparcie cenę można by uznać za realną. Przystępujący powoływał się także na możliwość ryzykownych założeń biznesowych co do ceny za wsparcie serwisowe. W ocenie Izby wszystkie te okoliczności potwierdzają, iż zaoferowana cena za wsparcie w zamówieniu opcjonalnym nie ma żadnego przełożenia na realny koszt zakupu tej usługi i została arbitralnie określona przez Przystępującego na niskim poziomie.

Oczywiście wykonawcy posiadają niejako swobodę w sporządzaniu kalkulacji, a ceny oferowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zakładać pewne ryzyko, chociażby co do zysku wykonawcy, niemniej jednak ryzyko to nie może być nieograniczone i sprowadzać się do zaoferowania ceny poniżej realnego kosztu zakupu oferowanej usługi. Zrozumiałym jest, że w określonych okolicznościach możliwe są sytuacje wynegocjowania większych upustów u producentów. Niemniej jednak, z żadnego dowodu złożonego w postępowaniu, jak i z wyjaśnień Przystępującego nie wynika, aby cena za wsparcie serwisowe w zamówieniu opcjonalnym mieściła się w jakichkolwiek racjonalnych ramach.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, w świetle ustaleń faktycznych i poczynionych rozważań Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Na wstępie wskazania wymaga, że na gruncie nowej ustawy pzp i wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy pzp. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że niewątpliwie oferta Przystępującego pozostawała w niezgodności z dokumentami zamówienia. Przystępujący zaoferował cenę za usługę wsparcia serwisowego nieobejmującą kosztu zakupu tej usługi od BluePrism co powoduje niezgodność z dokumentacją w zakresie w jakim Zamawiający wymagał aby poszczególne ceny kalkulacji nie zostały określone na poziomie poniżej kosztów własnych wykonawcy i kosztów wytworzenia. Izba zgadza się z Przystępującym, że usługa ta polega wyłącznie na korzystaniu z rozwiązania, które zostało już przez producenta opracowane. Niemniej jednak nie jest to równoznaczne z udzielaniem licencji czy usługi wsparcia serwisowego przez producenta nieodpłatnie, czy też za symboliczną kwotę. Jak zresztą zostało już wskazane, z materiału dowodowego zebranego w sprawie nie wynika, aby koszt zakupu usługi wsparcia od BluePrism dla Zamawiającego kształtował się na poziomie zaoferowanym przez Przystępującego dla zamówienia opcjonalnego. Cena określona przez Przystępującego została ustalona niezgodnie z zasadami obliczenia ceny zawartymi w SWZ, co wyczerpuje dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Przedstawione okoliczności faktyczne wypełniają również normę art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK.

Zaznaczyć należy, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania

sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, przywołując art. 15 UZNK, który stanowi w ust. 1, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba zwraca uwagę, że dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój

cel - eliminację innych przedsiębiorców. Przy czym przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Zauważenia również wymaga, że art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK determinuje, aby zaniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na eliminację innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że zaoferowane przez autoryzowanego partnera, jakim jest Przystępujący ceny poniżej kosztu zakupu świadczenia od BluePrism było świadome i celowe. Przystępujący określił cenę za usługę wsparcia producenta w oderwaniu od realnych kosztów powołując się na ryzyko biznesowe, a zatem Wykonawca liczył się z możliwością, że cena ta nie pokryje faktycznego kosztu usługi. Izba zwraca uwagę, że zaoferowanie niskiej ceny za kwestionowaną usługę nie pozostawało bez znaczenia w postępowaniu. Zamawiający w kryteriach oceny ofert punktował bowiem dodatkowo cenę licencji wraz ze wsparciem producenta w zamówieniu opcjonalnym. Tym samym zaoferowanie ceny niższej za Production Support mogło mieć przełożenie na ranking ofert w postępowaniu. W tym kontekście wypełnia się przesłanka eliminacji z rynku innych wykonawców i ewentualne pozbawienie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia. Potwierdziły się zatem zarzuty Odwołującego, że mamy tu do czynienia ze złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba stwierdziła ponadto naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Zaznaczyć należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia bądź nieprawidłowego uwzględnienia w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów kosztotwórczych. Błąd w obliczeniu ceny jest wynikiem błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę i polega na przyjęciu niewłaściwych podstaw dokonywanej kalkulacji w świetle postanowień dokumentów zamówienia czy też przepisów prawa.

Niewątpliwie nieuwzględnienie realnego kosztu zakupu usługi wsparcia stanowi błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał jednoznacznie w postanowieniach dotyczących obliczenia ceny, że poszczególne ceny muszą zawierać co najmniej koszty własne

wykonawcy oraz koszty wytworzenia. Cena za wsparcie serwisowe dla opcji w ofercie

Przystępującego została niewątpliwe określona z pominięciem tych zasad, co wyczerpuje dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp i obliguje do odrzucenia oferty Przystępującego również na tej podstawie prawnej.

Konkludując Izba uznała, że potwierdziły się wszystkie zarzuty odwołania. Wskazać należy, że chybiona jest argumentacja Przystępującego, że skoro zarzuty odwołania nie obejmują naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy pzp, a cena oferty nie była przedmiotem wyjaśnień to zarzuty dotyczące ceny powinny zostać oddalone. Niewątpliwie dyspozycje art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 czy 10 stanowią odrębne, samodzielne podstawy odrzucenia oferty, a wypełnienie przesłanek każdej z tych podstaw nawet w tożsamych okolicznościach faktycznych powoduje konieczność odrzucenia oferty w oparciu o każdą z nich. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp mogłoby ewentualnie nastąpić dopiero po wyczerpaniu procedury wyjaśnień z art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Zarzuty odwołania sprowadzały się jednak do kwestionowania ceny w odniesieniu do innych podstaw prawnych i wypełnienie tych norm w poczynionych ustaleniach faktycznych determinowało odrzucenie oferty Przystępującego niezależnie od procedury wyjaśnień dotyczącej rażąco niskiej ceny.

Izba zaznacza także, że okoliczność przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami kalkulacji została podniesiona przez Odwołującego z ostrożności, z uwagi na brak możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami Przystępującego. Główne zarzuty odwołania koncentrowały się jednak na okoliczności, że koszt zakupu usługi Production Support nie został uwzględniony w realnej wysokości.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od wnoszącego sprzeciw Wykonawcy na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:.....