

WYROK

Warszawa, dnia 22 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestników:

- A. wykonawcy Crayon Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- B. wykonawcy A.P.N. Promise spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3448/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), (zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o zawarcie umowy ramowej pn. *„Dostawa licencji, aktualizacja licencji i subskrypcji oprogramowania oraz usług wsparcia lub produktów równoważnych w ramach programu licencjonowania grupowego dla podmiotów rządowych”*. znak sprawy: 1001-10.261.10.2024, (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lipca 2024 r. pod numerem S 134/2024 414672-2024.

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

W dniu 20 września 2024 r. Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego obejmujących:

- 1) Wybór oferty najkorzystniejszej;
- 2) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Crayon Poland Sp. z o.o. (dalej „Crayon”) jako zawierającej rażąco niską cenę z uwagi na to, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają ceny zawartej w ofercie, z uwagi na to, że złożona została w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, a także jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz z uwagi na to, że wykonawca złożył wadium w sposób nieprawidłowy,

3) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. (dalej „APN”) jako zawierającej rażąco niską cenę z uwagi na to, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają ceny zawartej w ofercie, z uwagi na to, że złożona została w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, a także jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz z uwagi na to, że wykonawca złożył wadium w sposób nieprawidłowy.

Odwolujący zarzucił naruszenia przepisów ustawy poprzez:

1. Zaniechanie odrzucenia ofert jako zawierających rażąco niską cenę ze względu na to, że złożone przez wykonawców wyjaśnienia ceny, wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, z uwagi na:

a) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Crayon jako zawierającej rażąco niską cenę ze względu na to, iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają cen podanych w ofercie, z uwagi na zaoferowanie upustów wyższych niż upusty gwarantujące pokrycie kosztów ponoszonych przez partnerów producenta Microsoft zgodnie z cennikiem i warunkami udzielania przez Microsoft incentives – zwrotów;

b) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy APN jako zawierającej rażąco niską cenę ze względu na to, iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają cen podanych w ofercie, z uwagi na zaoferowanie upustów wyższych niż upusty gwarantujące pokrycie kosztów ponoszonych przez partnerów producenta Microsoft zgodnie z cennikiem i warunkami udzielania przez Microsoft incentives – zwrotów,

- co stanowi naruszenie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp

2. Zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z warunkami zamówienia, z uwagi na:

a) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Crayon pomimo, iż z jej treści (zał. nr 4 do SWZ),

a także ze złożonych wyjaśnień sposobu obliczenia ceny wynika, że wykonawca ten nie uwzględnił, w ofercie wszystkich produktów Microsoft przewidzianych w cenniku, których dostarczenia wymagał Zamawiający,

b) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy APN pomimo, iż z jej treści (zał. nr 4 do SWZ), a także ze złożonych wyjaśnień sposobu obliczenia ceny wynika, że wykonawca ten nie uwzględnił w ofercie wszystkich produktów Microsoft przewidzianych w cenniku, których dostarczenia wymagał Zamawiający,

- co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;

3. Zaniechanie odrzucenia ofert, które zawierają błąd w obliczeniu ceny z uwagi na:

a) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Crayon, który popełnił błąd w obliczeniu ceny dla produktów kategorii e), przyjmując, że może uwzględnić zwroty od producenta Microsoft, pomimo, iż nie pozwalają na to warunki zamówienia (Microsoft nie przewiduje zwrotów – incentives dla produktów z grupy Microsoft Dynamics w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA)) (odp. na pyt. nr 89);

b) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy APN, który popełnił błąd w obliczeniu ceny dla produktów kategorii e), przyjmując, że może uwzględnić zwroty od producenta Microsoft, pomimo, iż nie pozwalają na to warunki zamówienia (Microsoft nie przewiduje zwrotów – incentives dla produktów z grupy Microsoft Dynamics w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Products and Services Agreement (MPSA)) (odp. na pyt. nr 89),

- co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp;

4. Zaniechanie odrzucenia ofert, które zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

z uwagi na:

a) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Crayon, który dokonał manipulacji cenowej, przerzucając koszty pomiędzy cenami jednostkowymi punktowanymi w ramach kryteriów oceny ofert,

b) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy APN, który dokonał manipulacji cenowej, przerzucając koszty pomiędzy cenami jednostkowymi punktowanymi w ramach kryteriów oceny ofert,

c) zaniechanie odrzucenia oferty Crayon pomimo, iż wykonawca ten wprost oświadczył, że zaoferował cenę w kategorii usług wsparcia Producenta poniżej kosztów, ze stratą, aby uzyskać dodatkowe punkty w tym kryterium,

- co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp

5. Zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców którzy złożyli wadium w sposób nieprawidłowy z uwagi na:

a) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Crayon, który wniósł wadium w formie gwarancji

nie zabezpieczającej oferty względem przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a) i pkt 3) Pzp z uwagi na to, że gwarancja odnosi się do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy ramowej,

b) Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy APN, który wniósł wadium w formie gwarancji

nie zabezpieczającej oferty względem przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a) i pkt 3) Pzp z uwagi na to, że gwarancja odnosi się do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy ramowej,

- co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

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

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzucenia ofert wykonawców Crayon i APN jako zawierających rażąco niską cenę z uwagi na to, że złożone przez tych wykonawców wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie;
3. Odrzucenia ofert wykonawców Crayon i APN z uwagi na to, że są niezgodne z warunkami zamówienia
4. Odrzucenia ofert wykonawców Crayon i APN z uwagi na to, że zawierają błąd w obliczeniu ceny
5. Odrzucenia ofert wykonawców Crayon i APN z uwagi na to, że zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji
6. Odrzucenia ofert wykonawców Crayon i APN z uwagi na to, że wykonawcy Ci złożyli wadium w sposób nieprawidłowy.
7. Dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w zawarciu umowy ramowej i uzyskaniu zamówień publicznych na jej podstawie. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oferta wykonawcy została sklasyfikowana na trzeciej pozycji, jednocześnie oferty wykonawców Crayon i APN, które podlegają odrzuceniu jako zawierające rażąco niską cenę z uwagi na to, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny w ofercie, że są niezgodne z warunkami zamówienia, że zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawierają błędy w obliczeniu ceny, a przy tym wadliwie złożone przez tych wykonawców zostały złożone w niewłaściwej formie nie zostały odrzucone, a Zamawiający przyznał im wyższą punktację niż ofercie Odwołującego. Uniemożliwia to Odwołującemu zawarcie umowy ramowej z Zamawiającym i uzyskanie na jej podstawie zamówień publicznych. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do odrzucenia ofert wykonawców Crayon i APN i Odwołujący będzie miał możliwość zawarcia umowy ramowej z Zamawiającym.

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności opisując okoliczności faktyczne wskazał, że Zamawiający określił, że cenę w postępowaniu będzie stanowił m.in. procent upustu w stosunku do cen cennikowych producenta Microsoft (dalej „Microsoft” lub „Producent”). Zamawiający przewidział sześć kategorii produktów Microsoft na które wykonawcy mieli zaoferować upusty – ceny, zaś każda z tych kategorii będzie stanowić odrębne podkryterium w ramach kryterium oceny ofert – ceny. Zdobyte punkty w tych kryteriach w kluczowym stopniu decydowały o pozycji oferty przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Producent Microsoft przewiduje rabaty dla poszczególnych produktów dla swoich partnerów od katalogowej ceny w cenniku. W konsekwencji wykonawca, jako partner firmy Microsoft, aby sprzedać z zyskiem produkty Microsoft, musi udzielić upustu niższego, niż upust, jaki uzyskał od producenta Microsoft (z ewentualnym uwzględnieniem możliwych do uzyskania w modelu licencjonowania MEA zwrotów – incentives). Wysokości rabatów dla poszczególnych produktów, w poszczególnych grupach (punktowanych kategoriach) są różne zależnie od produktu i zależą w pełni od cennika firmy Microsoft.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie określił, ile jakich produktów firmy Microsoft zamówi, zastrzegł, że może zamówić dowolne produkty aż do wyczerpania kwoty na jaką zawierana jest umowa lub do jej zakończenia po 36 miesiącach. Konsekwentnie, w odpowiedziach na pytania Zamawiający odmawiał podania jakichkolwiek ilości i typów poszczególnych produktów, jakie będzie planował zamawiać w toku umowy ramowej będącej przedmiotem niniejszego postępowania, a nawet podziału ilości zakupów w poszczególnych modelach licencjonowania MEA i MPSA (przykładowo Odwołujący przywołał odpowiedzi na pyt. nr 61, 82, 87, 98 udzielonych w ramach wyjaśnień datowanych na 18 lipca 2024 r.). Co więcej, Zamawiający w sposób konsekwentny podkreślał, że ilości zamawianych produktów w ramach poprzedniej umowy (2021-2024) nie mogą być brane pod uwagę w przedmiotowym postępowaniu, co również wynika z wyjaśnień treści dokumentów zamówienia.

W konsekwencji w ocenie Odwołującego dla kalkulacji ceny oferty wykonawca powinien przyjąć następujące założenia:

1. Uwarunkowania – wysokości rabatów – wynikające z cennika Microsoft oraz warunków udzielania przez Microsoft incentives – zwrotów,
2. Opis przedmiotu zamówienia – z którego wynika, że Zamawiający może zamówić dowolną ilość, dowolnych produktów z każdej z kategorii cenowych.
3. Wyjaśnienia Zamawiającego, że nie ma podstaw, aby ekstrapolować ilość zamawianych produktów z poprzedniej umowy, a tym bardziej z innych umów.

W pierwszej kolejności w ramach zarzutu dotyczącego złożenia przez Crayon i APN wyjaśnień nie uzasadniających ceny podanej w ofercie Odwołujący w ramach uwag ogólnych wskazał, że w doktrynie i orzecznictwie utrwalił się podgląd, że „jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia

nie zawiera żadnego wytłumaczenia sposobu kalkulacji ceny, żadnego wskazania czynnika sprzyjającego wykonawcy i umożliwiającego zaoferowanie tak niskiej ceny, jak też żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację i czynniki sprzyjające, to mamy do czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy

do wyjaśnień, lecz powinien odrzucić jego ofertę (zob. np. wyrok KIO 25 września 2018 r., KIO 1827/18; wyrok KIO z 23 maja 2019 r., KIO 815/19). Podobnie w wyroku KIO z 28 czerwca 2021 r., KIO 1197/21, uznano, że wyjaśnienia złożone w postaci opisowej oraz załączony do nich kosztorys nie pozwalają

na uznanie, że cena podana w ofercie jest ceną rynkową, jak też, że obejmuje pełen zakres zamówienia opisany w SWZ. Wskazano, że jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie

to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie, tj. składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie" (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik,

A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 224.).

Odwołujący wskazał na zbliżone stanowisko, że „Wykonawca musi obszernie i przekonująco odpowiedzieć na wezwanie zamawiającego i przedstawić swoje wyjaśnienia tak, aby rozproszyły one wątpliwości zamawiającego. Wykonawca może opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem że mają one charakter obiektywny i dający się zweryfikować. Wykonawca może w wyjaśnieniach podać również inne, niż żądał zamawiający, obiektywne czynniki oraz złożyć inne, niż żądał zamawiający, dowody mające wpływ na zaoferowaną cenę lub koszt, lub ich istotne części składowe. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty

nie jest rażąco niska. Ogólnikowe, nieprzekonujące stwierdzenia będą zazwyczaj powodem

do stwierdzenia braku należytego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Niekiedy wyjaśnienia wezwanego wykonawcy są lakoniczne i niepełne, zawierają nieprawidłowe założenia, nie poparte dowodami (np. wyrok z 30 grudnia 2021 r., KIO 3620/21). Wykonawca ma również co do zasady obowiązek poprzeć swoje twierdzenia odpowiednimi dowodami, wskazującymi na racje wykonawcy. „Ponadto, to na Odwołującym ciążył obowiązek poparcia swoich wyjaśnień stosownymi dowodami” (wyrok z 18 listopada 2021 r.,

KIO 3216/21)” (za: P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 224.).

W ocenie Odwołującego złożone przez wykonawców Crayon i APN wyjaśnienia ceny nie mogły uzasadniać cen podanych w formularzu ofertowym, w szczególności z uwagi na to, że nie obejmują pełnego zakresu zamówienia opisanego w dokumentach zamówienia i nie uzasadniają cen podanych

w ofercie, z uwagi na zaoferowanie upustów wyższych niż upusty gwarantujące pokrycie kosztów ponoszonych przez partnerów producenta Microsoft zgodnie z cennikiem i warunkami udzielania przez Microsoft incentives – zwrotów.

W odniesieniu do oferty Crayon Odwołujący wskazał, że wykonawca ten zaoferował ceny poniżej kosztów w kategoriach produktów a), b), e), f).

W odniesieniu do kategorii a) - Upust 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, to wykonawca ten zaoferował upust w wysokości 17,60%, podczas gdy rabaty dla produktów z tej kategorii zgodnie z cennikiem firmy Microsoft mieszczą się w przedziale 17,33% - 27,83%. Oznacza to w ocenie Odwołującego, że cena nie uwzględnia całkowitych kosztów realizacji zamówienia, gdyż wykonawca ten będzie miał zysk tylko w przypadku produktów, dla których rabat od Microsoft dla partnera wynosi więcej niż 17,60%, a w przeciwnym przypadku będzie on stratny.

Zgodnie z wyjaśnieniami ceny taka wartość upustu stanowi wynik przyjętych przez Crayon założeń co do ilości zamawianych poszczególnych produktów w tej kategorii cenowej. Crayon przyjął średnią arytmetyczną wysokości upustu od Microsoft jako podstawę do wyliczenia zaoferowanego upustu przyjmując wartość 18,21%, a to założenie byłoby uzasadnione gdyby Zamawiający zastrzegł, że będzie zamawiał równą ilość każdego z produktów z tej kategorii cenowej. Takie założenia zdaniem Odwołującego nie mają podstaw w dokumentach zamówienia, w których Zamawiający zastrzegł możliwość zakupu dowolnej ilości każdego z produktów danej kategorii cenowej. Zamawiający wprost wykluczył możliwość przyjęcia jako punktu wyjścia do kalkulacji ceny oferty, w szczególności; ilości wynikających z poprzedniej umowy lub też jakichkolwiek innych założeń.

W konsekwencji według Odwołującego należy stwierdzić, że cena oferty wykonawcy Crayon

nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a w konsekwencji złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

Co do kategorii b) - Upust 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), to wykonawca Crayon zaoferował upust w wysokości 17,20%, podczas gdy rabaty dla produktów z tej kategorii zgodnie z cennikiem firmy Microsoft mieszczą się w przedziale 0,00% - 20,45%.

Oznacza to zdaniem Odwołującego, że cena nie uwzględnia całkowitych kosztów realizacji zamówienia, gdyż wykonawca Crayon ten będzie miał zysk tylko w przypadku produktów, dla których rabat wynosi więcej niż 17,20% w przeciwnym przypadku będzie on stratny.

Zgodnie z wyjaśnieniami ceny taka wartość upustu stanowi wynik przyjętych przez Crayon założeń co do ilości zamawianych poszczególnych produktów w tej kategorii cenowej. Crayon przyjął średnią arytmetyczną wysokości upustu od Microsoft jako podstawę do wyliczenia zaoferowanego upustu przyjmując wartość 18,11%, przy czym dodatkowo wprost przyznał, że celowo odrzucił przy kalkulacji ceny oferty produkty z najniższymi rabatami 0% do 3%, pomimo iż w świetle dokumentów zamówienia nie miał do tego prawa, a to założenie byłoby uzasadnione gdyby Zamawiający zastrzegł, że będzie zamawiał równą ilość każdego z produktów z tej kategorii cenowej i nie będzie zamawiać produktów odrzuconych przez Crayon w tej kategorii przy kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący przywołał fragment wyjaśnień Crayon, zgodnie z którymi *Dla każdego produktu w tym cenniku obliczono procentową różnicę pomiędzy Kwotą bieżącej ceny netto a Kwotą szacowanej ceny detalicznej. Następnie obliczono średnią upustów wyłączając z rozliczenia te produkty, dla których różnica cen wynosiła 0 lub 3 %. Posłużono się metodą wyliczenia średniej procentowej różnicy cen ponieważ Zamawiający nie podał struktury produktowej zakupów a jednocześnie oczekiwał jednolitego upustu dla tej grupy produktów.*

Pominięcie w wyliczeniu średniego upustu powyższych produktów wynika z tego, iż są to produkty niezwykle rzadko nabywane przez naszych klientów, w szczególności klientów publicznych

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że średnia dla tej kategorii z uwzględnieniem wszystkich produktów (również tych odrzuconych przez Crayon z upustami 0-3%) wynosi 14,99% czyli nie gwarantuje zysku Crayon w tej kategorii, nawet przy akceptacji błędnego założenia, że średnia arytmetyczna upustów ze wszystkich produktów z tej kategorii może być podstawą do wyliczenia ceny.

Ponadto według Zamawiającego wszelkie wskazane wcześniej, jak i jakiegokolwiek inne założenia nie mają podstaw w dokumentach zamówienia, w których Zamawiający zastrzegł możliwość zakupu dowolnej ilości każdego z produktów danej kategorii cenowej. Zamawiający wprost wykluczył możliwość przyjęcia jako punktu wyjścia do kalkulacji ceny oferty, w szczególności ilości wynikających z poprzedniej umowy lub też jakiegokolwiek inny założeń. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że cena oferty wykonawcy Crayon nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w związku z czym złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

W odniesieniu do kategorii e) - Upust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics, wykonawca Crayon przyjął upust w wysokości 1,25%. Taki upust mógłby zostać zaoferowany zdaniem Odwołującego jedynie w przypadku uwzględnienia zwrotów (incentive) wynikających z warunków opisanych w katalogu zwrotów (incentive) dla partnerów Microsoft.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca Crayon w wyjaśnieniach ceny wprost oświadczył, że *1,25% rabat dla cen do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics znajduje pokrycie z tzw. Incentive w wysokości 1,25% od cen zakupu (Azure objęty jest pozycją 3CORE).*

Uwzględnienie tych rabatów jest jednak zdaniem Odwołującego niemożliwe w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na to, że Zamawiający zastrzegł, że będzie zamawiał produkty w tej kategorii na podstawie umowy MPSA, w której dla wykonawców takie zwroty nie przysługują, co ma wynikać z odpowiedzi nr 89 z pisma Zamawiającego datowanego na 18 lipca 2024 r.). Uzyskanie zwrotów za sprzedaż produktów Microsoft Dynamics jest zaś możliwe wyłącznie za dostawę w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA).

W konsekwencji, w praktycznie każdym przypadku zamówienia przez Zamawiającego z tej kategorii, wykonawca Crayon będzie stratny na poziomie 1,25% zamówienia, ponieważ cennik Microsoft praktycznie nie przewiduje upustów dla produktów Microsoft Dynamics dla partnerów – upust wynosi 0% dla 222 z 238 produktów. W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że cena oferty wykonawcy Crayon nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w związku z czym złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

W odniesieniu do kategorii f) - Upust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen usług wsparcia Producenta (usługi serwisowe: Unified Support, usługi konsultacji inżynierskiej Microsoft), to firma Microsoft nie przewiduje dla partnerów żadnych rabatów. Wykonawca Crayon w wyjaśnieniach ceny wskazał, że *Microsoft w ogóle nie zapewnia partnerom upustu na Unified Support, co oznacza, iż udzielenie przez Crayon (i każdego innego wykonawcę) rabatu w tej kategorii produktów musi generować stratę. Z tej*

przyczyny Crayon zmuszony był udzielić rabatu w niewielkiej wysokości, aby zredukować ryzyko straty.

Mimo powyższych okoliczności wykonawca Crayon zaoferował rabat w wysokości 0,01% i wprost wskazał w wyjaśnieniach ceny, że przewiduje stratę w przypadku zamówienia przez Zamawiającego tych usług. W konsekwencji należy zdaniem Odwołującego stwierdzić, że cena oferty wykonawcy Crayon nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w związku z czym złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

W odniesieniu do oferty APN to w ocenie Odwołującego wykonawca ten zaoferował ceny poniżej kosztów w kategoriach a), b), e).

W odniesieniu do kategorii a) - Upust 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, to wykonawca ten zaoferował upust w wysokości 18,13% podczas gdy rabaty dla produktów z tej kategorii zgodnie z cennikiem firmy Microsoft mieszczą się w przedziale 17,33% - 27,83%. Oznacza zdaniem Odwołującego, że cena nie uwzględnia całkowitych kosztów realizacji zamówienia, gdyż wykonawca ten będzie miał zysk tylko w przypadku produktów, dla których rabat wynosi więcej niż 18,13 % w przeciwnym przypadku będzie on stratny.

Taka wysokość upustu musi być w ocenie Odwołującego wynikiem założeń co do ilości zamawianych poszczególnych produktów skoro wykonawca APN zaoferował upust wyższy od najniższego upustu udzielonego przez Microsoft w tej kategorii. Dodatkowo upust 18,13% jest upustem wyższym od udzielonego przez Microsoft upustu dla większości produktów w tej kategorii (220 z 296), czyli 220 produktów jest zaoferowanych w cenie poniżej kosztu zakupu.

Takie założenia nie mają zdaniem Odwołującego podstaw w dokumentach zamówienia, w których Zamawiający zastrzegł możliwość zakupu dowolnej ilości każdego z produktów danej kategorii cenowej. Zamawiający wprost wykluczył możliwość przyjęcia jako punktu wyjścia do kalkulacji ceny oferty, w szczególności ilości wynikających z poprzedniej umowy lub też jakichkolwiek inny założeń.

Dodatkowo, wykonawca APN wskazał na to, że będzie nabywał produkty Microsoft w koronach duńskich, na co wskazuje załączony do wyjaśnień ceny załącznik nr 2 - cennik produktów Microsoft w DKK i przez to, z uwagi na różnice kursowe walut, będzie w stanie dodatkowo zwiększyć rabat zaoferowany Zamawiającemu. Takie uzasadnienie obniżenia kosztów nie jest prawidłowe z uwagi na to, że firma Microsoft regularnie, co najmniej raz na pół roku aktualizuje cenniki, aby uniknąć rozbieżności i zapewnić równe traktowanie partnerów w różnych częściach Europy.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego nawet jeśli dodatkowa obniżka była możliwa w chwili składania oferty, to nie będzie ona obowiązywać przez cały okres obowiązywania umowy (trzy lata). Odwołujący wskazuje, że zakup w koronie duńskiej wedle cennika z lipca 2024 roku umożliwiał co najwyżej tańszy zakup niż w EURO średnio o około 0,10% (cały cennik w ramach umowy MPSA), ale niektóre z poszczególnych produktów są droższe.

W konsekwencji należy stwierdzić, że cena oferty wykonawcy APN nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a w konsekwencji złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

Co do kategorii b) - Upust 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), to wykonawca APN zaoferował upust w wysokości 18,13 %, podczas gdy rabaty dla produktów z tej kategorii zgodnie z cennikiem firmy Microsoft mieszczą się w przedziale 0,00% - 20,45%.

Oznacza to w ocenie Odwołującego, że cena nie uwzględnia całkowitych kosztów realizacji zamówienia, gdyż wykonawca ten będzie miał zysk tylko w przypadku produktów, dla których rabat wynosi więcej niż 18,13% w przeciwnym przypadku będzie on stratny. Taka wysokość upustu musi być wynikiem założeń co do ilości zamawianych poszczególnych produktów skoro wykonawca APN zaoferował upust wyższy od najniższego upustu udzielonego przez Microsoft w tej kategorii. Dodatkowo upust 18,13% jest upustem wyższym od udzielonego przez Microsoft upustu dla większości produktów w tej kategorii (145 z 199), czyli 145 produktów jest zaoferowanych w cenie poniżej kosztu zakupu.

Takie założenia według Odwołującego nie mają podstaw w dokumentach zamówienia, w których Zamawiający zastrzegł możliwość zakupu dowolnej ilości każdego z produktów danej kategorii cenowej. Zamawiający wprost wykluczył możliwość przyjęcia jako punktu wyjścia do kalkulacji ceny oferty, w szczególności; ilości wynikających z poprzedniej umowy lub też jakichkolwiek inny założeń.

Dodatkowo, wykonawca APN wskazał na to, że będzie nabywał produkty Microsoft w koronach duńskich, na co wskazuje załączony do wyjaśnień ceny APN załącznik nr 2 - cennik produktów Microsoft w DKK i przez to, z uwagi na różnice kursowe walut, będzie w stanie dodatkowo zwiększyć rabat zaoferowany Zamawiającemu. Takie uzasadnienie obniżenia kosztów nie jest zdaniem Odwołującego prawidłowe z uwagi na to, że firma Microsoft regularnie, co najmniej raz na pół roku aktualizuje cenniki, aby uniknąć rozbieżności i zapewnić równe traktowanie partnerów w różnych częściach

Europy.

W konsekwencji, nawet jeśli dodatkowa obniżka była możliwa w chwili składania oferty, to nie będzie ona obowiązywać przez cały okres obowiązywania umowy (trzy lata). Odwołujący wskazał, że zakup w koronie duńskiej wedle cennika z lipca 2024 roku umożliwiał co najwyżej tańszy zakup niż w EURO średnio o około 0,10% (cały cennik w ramach umowy MPSA), ale niektóre z poszczególnych produktów są droższe.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że cena oferty wykonawcy APN nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w związku z czym złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

W odniesieniu do kategorii e) - Upust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics, Odwołujący podniósł wykonawca przyjął upust w wysokości 2,50%. Taki upust nie mógłby zostać zaoferowany nawet w przypadku uwzględnienia zwrotów (incentive) wynikających z warunków opisanych w katalogu zwrotów (incentive) dla partnerów Microsoft. Uwzględnienie jakichkolwiek zwrotów – incentive jest zdaniem Odwołującego niemożliwe w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na to, że Zamawiający zastrzegł, że będzie zamawiał produkty w tej kategorii na podstawie umowy MPSA, w której dla wykonawców takie zwroty nie przysługują. (odpowiedź 89 z pisma Zamawiającego datowanego na 18 lipca 2024 r.). Uzyskanie zwrotów za sprzedaż produktów Microsoft Dynamics jest możliwe wyłącznie za dostawę w ramach programu licencjonowania grupowego Microsoft Enterprise Agreement (MEA). W konsekwencji, w praktycznie każdym przypadku zamówienia przez Zamawiającego z tej kategorii, wykonawca APN będzie stratny na poziomie 2,50% zamówienia, ponieważ cennik Microsoft praktycznie nie przewiduje jakichkolwiek upustów dla produktów Microsoft Dynamics dla partnerów – upust wynosi 0% dla 222 z 238 produktów.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że cena oferty wykonawcy APN nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w związku z czym złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak przyjmuje się w doktrynie *„Niezgoda oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy. Przykładowo zamawiający określa w dokumentach zamówienia wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów (np. nazwy, modelu, producenta) pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności.*

Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości (zob. wyrok KIO z 10.08.2021 r., KIO 1992/21). W związku z tym opis tych warunków powinien być precyzyjny i jednoznaczny. Zachowuje aktualność zasada, że niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące warunków zamówienia, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o ich właściwy opis, jak również zasada, że specyfikacja warunków zamówienia, zawierająca m.in. opis przedmiotu zamówienia, nie może być zmieniana po terminie składania ofert.

Z kolei w wyroku KIO z 30.07.2021 r., KIO 1904/21 podzielono prezentowany w orzecznictwie KIO pogląd, że stwierdzenie wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty z powodu niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce na podstawie treści wyjaśnień ceny przedstawionych przez wykonawcę. Nie można bowiem zaakceptować ewentualnych odrębnych kalkulacji: jednej na potrzeby wyceny oferty i drugiej na potrzeby realizacji zamówienia. Wycena oferty musi bowiem uwzględniać zakładany sposób realizacji zamówienia.” (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 226.).

Oferty złożone przez wykonawców Crayon i APN są w ocenie Odwołującego wprost niezgodne z warunkami zamówienia i wynika to zarówno z ich treści, jak i wyjaśnień sposobu obliczenia ceny oferty.

Wykonawca Crayon, wbrew wymaganiom Zamawiającego określonym w dokumentach zamówienia i w wyjaśnieniach do treści tych dokumentów, aby móc zaoferować wyższe rabaty (cenę poniżej kosztów) określając upusty dla kategorii a) i b) przyjął założenia, co do tego, jakie produkty będzie zamawiał Zamawiający w ramach umowy ramowej. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że wbrew oczekiwaniom Zamawiającego oferta wykonawcy Crayon bazuje na nieuprawnionych przewidywaniach/ założeniach Crayon o możliwości dostarczenia wybranych produktów, w ilościach

przyjętych

i przewidywanych przez Crayon, a nie tak jak tego oczekiwał Zamawiający, czyli dostawy wszystkich produktów w każdych możliwych ilościach.

Należy w ocenie Odwołującego odróżnić możliwość przyjęcia założeń przez wykonawcę od modyfikacji przedmiotu zamówienia. To, że Zamawiający przewiduje i oczekuje oferty na umowę ramową, w ramach której będzie w stanie, uzyskać dowolną ilość dowolnych produktów za cenę zgodną z zaoferowanymi upustami, nie oznacza, że wykonawcy mogą sobie przyjmować, że zamówi określoną ilość, wybranych przez Zamawiającego produktów.

Tym bardziej, że Zamawiający w sposób wyraźny określił, że nie zna ilości zamawianych produktów i nie można tej ilości ekstrapolować, nawet na podstawie ilości wynikających z realizacji obecnej umowy. W szczególności brak jest podstaw do tego, aby jak uczynił to wykonawca Crayon przyjęc, dla potrzeb kalkulacji ceny oferty, że Zamawiający nie zamówi żadnego z produktów, dla których rabaty są najniższe.

W konsekwencji należy uznać, że treść oferty wykonawcy Crayon jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wbrew oczekiwaniom Zamawiającego oferta wykonawcy Crayon bazuje na nieuprawnionych przewidywaniach/założeniach Crayon o możliwości dostarczenia wybranych produktów, w ilościach przyjętych i przewidywanych przez Crayon, a nie tak jak tego oczekiwał Zamawiający, czyli dostawy wszystkich produktów w każdych możliwych ilościach.

Z kolei wykonawca APN, wbrew wymaganiom Zamawiającego określonym w dokumentach zamówienia i w wyjaśnieniach do treści tych dokumentów, aby móc zaoferować wyższe rabaty (cenę poniżej kosztów) określając upusty dla kategorii a) i b) przyjął założenia, co do tego, jakie produkty będzie zamawiał Zamawiający w ramach umowy ramowej.

Oznacza to w ocenie Odwołującego, że wbrew oczekiwaniom Zamawiającego oferta wykonawcy APN bazuje na nieuprawnionych przewidywaniach/założeniach APN o możliwości dostarczenia wybranych produktów, w ilościach przyjętych i przewidywanych przez APN, a nie tak jak tego oczekiwał Zamawiający, czyli dostawy wszystkich produktów w każdych możliwych ilościach.

Zdaniem Odwołującego należy odróżnić możliwość przyjęcia założeń przez wykonawcę od modyfikacji przedmiotu zamówienia. To, że Zamawiający przewiduje i oczekuje oferty na umowę ramową, w ramach której będzie w stanie, uzyskać dowolną ilość dowolnych produktów za cenę zgodną z zaoferowanymi upustami, nie oznacza, że wykonawcy mogą sobie przyjmować, że zamówi określoną ilość, wybranych przez Zamawiającego produktów. Tym bardziej, że Zamawiający w sposób wyraźny określił, że nie zna ilości zamawianych produktów i nie można tej ilości ekstrapolować, nawet na podstawie ilości wynikających z realizacji obecnej umowy. W szczególności brak jest podstaw do tego, aby jak uczynił to wykonawca APN przyjęc, dla potrzeb kalkulacji ceny oferty, że Zamawiający nie zamówi żadnego z produktów, dla których rabaty są najniższe.

W konsekwencji w ocenie Odwołującego należy uznać, że treść oferty wykonawcy APN jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wbrew oczekiwaniom Zamawiającego oferta wykonawcy APN bazuje na nieuprawnionych przewidywaniach/założeniach APN o możliwości dostarczenia wybranych produktów, w ilościach przyjętych i przewidywanych przez APN, a nie tak jak tego oczekiwał Zamawiający, czyli dostawy wszystkich produktów w każdych możliwych ilościach.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera ona błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak przyjmuje się w doktrynie „*Ustalając wystąpienie komentowanej przesłanki odrzucenia oferty, „zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu [o udzielenie zamówienia – dop. aut.], w szczególności,*

czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno – lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ, i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego”.

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie definiują pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Niemniej jednak przyjmuje się w orzecznictwie, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia. Przez pojęcie błędu w obliczeniu ceny należy rozumieć każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 p.z.p., błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny.” (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 226.).

Wykonawcy Crayon i APN w ocenie Odwołującego popełnili błąd przy obliczaniu ceny w kategorii e) - Upust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy

Microsoft Dynamics.

Wykonawca Crayon zaoferował upust w wysokości 1,25% w kategorii e), taki upust możliwy byłby do zaoferowania jedynie w przypadku, gdyby produkty te były oferowane Zamawiającemu w ramach umowy MEA, poprzez uwzględnienie zwrotu - incentive, jaki wykonawca otrzymałby od firmy Microsoft. Zamawiający w odp. na pyt. nr 89 z 19.08.2024 r. w sposób wyraźny zastrzegł, że będzie kupował te produkty w ramach umowy MPSA. W ramach umowy MPSA nie przysługują zwroty, a rabat od Microsoft dla partnerów wynosi 0%. Oznacza to w ocenie Odwołującego, że kalkulując cenę oferty w kategorii e) wykonawca Crayon popełnił błąd w obliczeniu ceny.

Z kolei wykonawca APN zaoferował upust w wysokości 2,50% w kategorii e). Odmienne niż w sytuacji opisanej w punkcie 3.1 taki upust nie byłby zdaniem Odwołującego możliwy do zaoferowania nawet w przypadku, gdyby produkty te były oferowane Zamawiającemu w ramach umowy MEA, poprzez uwzględnienie zwrotu - incentive, jaki wykonawca otrzymałby od firmy Microsoft. Zamawiający w odp. na pyt. nr 89 z 19.08.2024 r. w sposób wyraźny zastrzegł, że będzie kupował te produkty w ramach umowy MPSA. W ramach umowy MPSA nie przysługują zwroty, a rabat od Microsoft dla partnerów wynosi 0%

Oznacza to zdaniem Odwołującego, że kalkulując cenę oferty w kategorii e) wykonawca APN popełnił błąd w obliczeniu ceny.

Następnie Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W doktrynie przyjmuje się „Odrzuceniu podlega – zgodnie z ust. 1 pkt 7 komentowanego przepisu – oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pewnym stopniu ma to związek z nałożonym na zamawiającego obowiązkiem stworzenia na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkutowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zobligowaniem wykonawców do uczciwego konkutowania o wybór ich oferty. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 u.z.n.k.(...) W dotychczasowym orzecznictwie uznawano, że dobre obyczaje kupieckie narusza ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności, otrzymać najwyższą punktację. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna, ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkutowanie ceną czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców. Takie postępowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, i nie mogą realnie konkutować z wykonawcą.” (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 226.).

W ocenie Odwołującego wykonawcy Crayon i APN zaoferowali w poszczególnych kategoriach ceny poniżej kosztów, aby uzyskać wyższą punktację, co należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Crayon zaoferował bowiem w kategoriach a), b), e) ceny poniżej kosztów zakupu oferowanych produktów u producenta. Takie działanie w przedmiotowym postępowaniu należy zdaniem Odwołującego uznać za czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że ceny w kategoriach a), b) i e) są odrębnie punktowane, a w konsekwencji, nawet nieznaczne obniżenie cen w tych kategoriach może mieć znaczący wpływ na punktację, jaką otrzymają poszczególne oferty i mogą mieć wpływ na konkurencję.

W takim przypadku, nawet, przy założeniu, że wykonawca Crayon pokryje straty z innych kategorii cenowych, należy uznać oferowanie cen poniżej kosztów wykonawcy w punktowanych kategoriach jako niedopuszczalną inżynierię cenową, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Z kolei wykonawca APN zaoferował w kategoriach a), b), e) ceny poniżej kosztów zakupu oferowanych produktów u producenta. Takie działanie w przedmiotowym postępowaniu należy wedle Odwołującego uznać za czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że ceny w kategoriach a), b) i e) są odrębnie punktowane, a w konsekwencji, nawet nieznaczne obniżenie cen w tych kategoriach może mieć znaczący wpływ na punktację, jaką otrzymają poszczególne oferty i mogą mieć wpływ na konkurencję.

W takim przypadku, nawet, przy założeniu, że wykonawca APN pokryje straty z innych kategorii cenowych, należy uznać oferowanie cen poniżej kosztów wykonawcy w punktowanych kategoriach jako niedopuszczalną inżynierię cenową, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W kategorii f) wykonawca Crayon zaoferował upust w wysokości 0,01%. W tym przypadku zdaniem Odwołującego widać w sposób najbardziej wyraźny manipulację cenową wykonawcy Crayon z uwagi na to, że pomimo niewielkiego upustu – 0,01 % - wykonawca ten otrzymał aż trzy dodatkowe punkty. Wykonawca Crayon nie miał żadnych podstaw, aby zaoferować taki upust, co z resztą sam przyznał

w wyjaśnieniach ceny, w których przyznał, że Microsoft nie oferuje na usługi żadnego dodatkowego upustu dla swoich partnerów. Przyznał też, że przewiduje stratę w przypadku zamówienia przez Zamawiającego usług wsparcia Producenta.

Wyjaśnienia ceny Crayon wskazywały, iż *Microsoft w ogóle nie zapewnia partnerom upustu na Unified Support, co oznacza, iż udzielenie przez Crayon (i każdego innego wykonawcę) rabatu w tej kategorii produktów musi generować stratę. Z tej przyczyny Crayon zmuszony był udzielić rabatu w niewielkiej wysokości, aby zredukować ryzyko straty.*

Oznacza to zdaniem Odwołującego w sposób jednoznaczny, że wykonawca ten posłużył się manipulacją cenową i zaoferował cenę poniżej kosztów, aby uzyskać wyższą ocenę punktową oferty, co wprost wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji.

W kolejnym zarzucie Odwołujący na wstępie wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.

W doktrynie przyjmuje się, że *„dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydująca jest skuteczność zabezpieczenia zamawiającego. Ocena tej skuteczności musi być dokonywana w sposób rygorystyczny, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach Prawa zamówień publicznych muszą pozostawać poza sferą domniemań.”* (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska,

A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 226.). 20

Obydwaj wykonawcy: Crayon i APN nie złożyli zdaniem Odwołującego gwarancji zabezpieczających ewentualne roszczenia Zamawiającego w sposób prawidłowy. Obydwie gwarancje zabezpieczają Zamawiającego jedynie na okoliczność odmowy podpisania lub zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz nie umowy ramowej.

Przedmiotowe postępowanie nie jest jednak w ocenie Odwołującego prowadzone w celu udzielenia zamówienia publicznego, lecz zawarcia umowy. Ewentualne umowy w sprawie zamówienia publicznego będą udzielane dopiero po zawarciu umowy ramowej. Nie można zatem według Odwołującego utożsamiać umowy ramowej z umową w sprawie zamówienia publicznego, wskazując na to nie tylko z definicji ustawowych, ale nawet z samej systematyki ustawy.

W konsekwencji oferty złożone przez wykonawców Crayon i APN należy uznać za podlegające odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy z uwagi na to, że wadium przez tych wykonawców zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Crayon Poland sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. W dniu 10 października 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca A.P.N. Promise spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie.

W dniu 10 października 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

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

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

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

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych przez:

- wykonawcę Crayon Poland sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący Crayon” lub „wykonawca Crayon”),
- A.P.N. Promise spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący APN” lub „wykonawca APN”)

do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt*

w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 6 Pzp – *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;*

- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;*

- art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy (...);*

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

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

2) *przejrzysty;*

3) *proporcjonalny.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

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

W odniesieniu do pierwszej grupy zarzutów tj. dotyczących naruszenia art. 224 ust. 6 w związku

z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Izba w pierwszej kolejności wskazuje na ugruntowane stanowisko

(m. in. wyrok z dnia 18 maja 2023 r. sygn. KIO 1200/23) wskazujące na *obowiązek udzielenia przez wykonawców składających wyjaśnienia dotyczące cen ofert adekwatnych odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania. Celem art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych nie jest usuwanie z postępowania oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia w jakiś sposób*

nie odpowiadały zadany mu przez zamawiającego pytaniom, a wprowadzenie sankcji za zlekceważenie obowiązku wykazania realności ceny złożonej oferty. Tym samym przepis też może być zastosowany

w sytuacji, gdy zamawiający, mimo uruchomienia procedury wyjaśnienia cen oferty, nie uzyska od danego wykonawcy informacji pozwalających na ocenę możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia za określoną kwotę.

Analogicznie do przedmiotowej kwestii odnosi się orzecznictwo przywoływane przez Odwołującego. W kontekście powyższego wskazać należy w pierwszej kolejności, iż Odwołujący

w treści odwołania nie kwestionował adekwatności odpowiedzi tak wykonawcy Crayon, jak i wykonawcy APN na wezwania skierowane do tych wykonawców w toku procedury wyjaśniania złożonych cen ofertowych, jak również braku złożenia przez nich dowodów na poparcie składanych wyjaśnień. Podstawą dla sformułowania zarzutów była okoliczność, iż oferty ww. wykonawców nie obejmują pełnego zakresu zamówienia opisanego w dokumentach zamówienia i nie uzasadniają cen podanych w ofercie, z uwagi na zaoferowanie upustów wyższych niż upusty gwarantujące pokrycie kosztów ponoszonych przez partnerów producenta Microsoft zgodnie z cennikiem i warunkami udzielania przez Microsoft incentives – zwrotów.

W odniesieniu do oferty wykonawcy Crayon Odwołujący wskazał na zaoferowanie ceny poniżej kosztów w zakresie produktów wchodzących w skład kategorii a), b), e) i f).

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że dla produktów z kategorii a) wykonawca Crayon zaoferował upust w wysokości 17,60%, podczas gdy rabaty dla produktów z tej kategorii zgodnie

z cennikiem firmy Microsoft mieszczą się w przedziale 17,33% - 27,83%, co miałyby zdaniem Odwołującego oznaczać, że cena nie uwzględnia całkowitych kosztów realizacji zamówienia,

gdyż wykonawca ten będzie miał zysk tylko w przypadku produktów, dla których rabat od Microsoft dla partnera wynosi więcej niż 17,60%, a w przeciwnym przypadku będzie on stratny. Ponadto Odwołujący wskazywał, że przyjęte przez wykonawcę Crayon założenia przedstawione w treści wyjaśnień ceny

nie mają podstaw w dokumentach zamówienia, gdyż Zamawiający zastrzegł możliwość zakupu dowolnej ilości każdego z produktów danej kategorii cenowej oraz wprost wykluczył możliwość przyjęcia jako punktu wyjścia do kalkulacji ceny oferty w szczególności ilości wynikających z poprzedniej umowy lub też jakichkolwiek innych założeń.

W odniesieniu do powyższego Izba pragnie w pierwszej kolejności wskazać, iż zgodnie z treścią Rozdział XI SWZ *Opis sposobu obliczenia ceny*

1. *Cena jest 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 (...)*

3. *Wykonawca jest zobowiązany do złożenia oferty na wysokość procentową opustu w stosunku do cen oferowanych (sugerowanych) przez Producenta oraz koszt roboczogodziny za wykonywanie usług wsparcia Wykonawcy. W cenie ofertowej winny zostać ujęte wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami projektu umowy stanowiącymi załączniki do niniejszej SWZ.*

Z kolei w Rozdziale XII SWZ ust. 1 pkt 1 SWZ Zamawiający wskazał, że przy dokonywaniu wyboru

najkorzystniejszej oferty stosować będzie jako kryterium oceny ofert:

1) *Uśredniony minimalny opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta – 60%*

W ramach oceny kryterium uśredniony minimalny 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

W § 8 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, iż:

Wynagrodzenie z tytułu realizacji Umów wykonawczych zawieranych na podstawie Umowy ramowej każdorazowo określa się w Umowie wykonawczej, zawartej odpowiednio na podstawie § 5,

§ 6 lub § 7. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji Umów wykonawczych jest wynagrodzeniem ryczałtowym i obejmuje wszelkie podatki i inne należności publicznoprawne, jak i wszystkie koszty jakie powstaną w związku z realizacją Umów wykonawczych. Oznacza to, że Wykonawcy nie przysługują

w stosunku do Zamawiającego i Jednostek Prokuratury żadne dodatkowe roszczenia związane z wykonywaniem Umowy ramowej oraz Umów wykonawczych

Z kolei na potrzeby poszczególnych umów wykonawczych zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do Umowy wykonawczej na dostawę Produktów Producenta – Oświadczenie o zamówieniu ceny jednostkowe ustalane są z uwzględnieniem upustu (netto w EUR) w stosunku do aktualnego, dostarczanego raz w miesiącu do Zamawiającego aktualnego cennika Producenta zawierające ceny sugerowane oraz ceny po upuście.

Ponadto w toku wyjaśnień treści SWZ Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 18 lipca 2024 r. wskazał, że informacja o produktach zakupionych w czasie obowiązywania uprzednio obowiązującej umowy nie dotyczy treści SWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że na tym etapie nie jest w stanie przewidzieć zapotrzebowania na ilość i rodzaj Produktów Producenta, które planuje zakupić, jak i na rodzaj usług do wykonania.

W świetle tak ustalonych warunków zamówienia, które nie były kwestionowane przez wykonawców w drodze odwoławczej, treści oferty oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Crayon, a także treści postawionego zarzutu Izba uznała, iż nie zasługiwał on na uwzględnienie. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa (m.in. wyrok Sadu Okręgowego z dnia 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII

Zs 147/22, XXII Zs 148/22) *pena rażąco niska odnosi się do całego świadczenia tj. przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo jak i doktryna wskazują także, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy element świadczenia ceny jest oderwany od realnych cen rynkowych. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. (...) Jedynie w sytuacji, gdy zanizona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty. W odniesieniu do kwestionowanej grupy produktów Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut podważa dopuszczalność wkalkulowania ryzyka jakiegokolwiek straty dla poszczególnych elementów świadczenia. W ocenie Izby takie założenie Odwołującego nie jest*

w warunkach przedmiotowego zamówienia uzasadnione. Sam Odwołujący wskazuje bowiem, iż w ramach pozostałych elementów świadczenia w ramach tej grupy wykonawca Crayon osiągnie zysk. Podkreślić przy tym należy, że o ile strata może wynieść do 0,27 %, o tyle zysk w niektórych przypadkach może osiągnąć poziom 10 %. Odwołujący w treści zarzutu nie podjął się próby wskazania czy choćby oszacowania jak podnoszona ewentualna strata miałaby się przełożyć na całość ceny za przedmiotowe świadczenie czy wskazania że będzie ona przekraczać ewentualny zysk i to w stopniu, który wskazywałby na rażąco niski charakter ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Crayon.

W dalszej kolejności Odwołujący w treści zarzutu kwestionował przyjęte przez wykonawcę Crayon założenia, którymi kierował się przy ustalaniu zaoferowanego upustu dla tej grupy. Odwołujący wskazał, iż wartość upustu stanowi wynik przyjętych przez Crayon założeń co do ilości zamawianych poszczególnych produktów w tej kategorii cenowej. Twierdzenia te w ocenie Izby nie znajdują potwierdzenia w treści rzeczonych wyjaśnień, w szczególności próżno szukać w nich stwierdzenia odnośnie przyjęcia przez wykonawcę Crayon dla tej kategorii wskazywanych przez Odwołującego założeń co do przewidywanej ilości zamawianych produktów. Z treści wyjaśnień wynika jedynie że do ustalenia średniej arytmetycznej upustów przyjęto kwotę bieżącej ceny netto oraz kwotę szacowanej ceny detalicznej wszystkich produktów objętych tą kategorią przez Zamawiającego (produkty on premise) zawarte w cenniku firmy Microsoft oraz że obliczenia średniej różnicy cen dokonano ponieważ Zamawiający nie podał struktury produktowej zakupów a jednocześnie oczekiwał jednolitego upustu dla tej grupy produktów. Polemika dotyczy zatem twierdzeń które nie znalazły swojego wyrazu w treści wyjaśnień wykonawcy Crayon.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego z dokumentacji nie wynika aby Zamawiający wykluczył możliwość przyjęcia jakichkolwiek założeń w tym zakresie jako punktu wyjścia do kalkulacji ceny oferty. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców, aby podali uśredniony minimalny opust od ceny EUR netto w cenniku Producenta Microsoft. Ponadto wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie tylko nie wykluczył przyjmowania przez wykonawców określonych założeń, lecz przeciwnie pozostawił w tym zakresie wykonawcom swobodę do ustalenia ryzyka związanego z przyjęciem określonych poziomów upustów dla całej grupy produktów. Izba w odniesieniu do tak ustalonych warunków zamówienia podziela

stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 marca 2021 r. sygn. akt KIO 186/24, 190/24 w którym stwierdzono, że 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. Izba podziela argumentację zamawiającego, iż złożone oferty odzwierciedlają poziom ryzyka jaki każdy z wykonawców jest w stanie zaakceptować. Analogicznie w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Crayon określił akceptowalny przez siebie poziom ryzyka na podstawie obiektywnych okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, które w jego ocenie ograniczą ryzyko poniesienia straty w związku z realizacją całości zamówienia.

Powyższe rozważania znajdują zastosowanie również w odniesieniu do grupy produktów zaliczających się do kategorii b). Odwołujący również w odniesieniu do powyższej kategorii Odwołujący podważał dopuszczalność w kalkulowaniu ryzyka jakiegokolwiek straty dla poszczególnych elementów świadczenia, nie wskazując jednocześnie jak podnoszona ewentualna strata miałaby się przełożyć na całość ceny za przedmiotowe świadczenie czy wskazania że będzie ona przekraczać ewentualny zysk i to w stopniu, który wskazywałby na rażąco niski charakter ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Crayon. Tymczasem jedynie w sytuacji, gdy zaniżona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty. W tym miejscu należy wskazać, że dodatkowe wyliczenia w tym zakresie obejmujące wysokość potencjalnej straty dla tej grupy zostały przedstawione przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 16 października 2024 r. Powyższe twierdzenia nie znalazły się jednak w treści odwołania, co prowadzi do wniosku, że nie mogły podlegać ocenie Izby, która w myśl art. 555 ustawy PZP, jest związana zarzutami odwołania. Z tego względu nie mogła wziąć pod uwagę tej części argumentacji Odwołującego, bazując jedynie na treści odwołania.

Odnosząc się z kolei do podnoszonej przez Odwołującego kwestii pominięcia przez wykonawcę Crayon w wyliczeniu średniej arytmetycznej upustów części produktów z najniższymi rabatami, wskazać należy że formułując to twierdzenie Odwołujący pominął pełną treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Crayon. Tymczasem w ich treści wykonawca ten wyjaśnił, że *ominięcie w wyliczeniu średniego upustu powyższych produktów wynika z tego, iż są to produkty niezwykle rzadko nabywane przez naszych klientów, w szczególności klientów publicznych. Jednak z daleko idącej ostrożności założyliśmy potencjalną wartość zakupu takich produktów na kwotę 100 000 PLN brutto przy budżecie umowy 100 000 000 PLN brutto. W przypadku dokonania przez Zamawiającego zakupu w takiej wartości Crayon rozpoznałby stratę w wysokości 17 200 PLN zł brutto. Jest to kwota która podlegałaby pokryciu marżą osiągniętą ze sprzedaży produktów ujętych w pkt A, B i C.* Tym samym w ocenie Izby wykonawca Crayon przedstawił okoliczności, które w jego ocenie ograniczą ryzyko poniesienia straty w związku

z realizacją całości zamówienia, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek twierdzeń podważających te okoliczności zawartych w treści zarzutu odwołania.

W dalszej kolejności w odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących rażąco niskiej ceny w odniesieniu do produktów z kategorii e) i f) należy stwierdzić, iż ich treść sprowadza się wyłącznie do wskazania przez Odwołującego, iż w przypadku dokonywania przez Zamawiającego zamówień w ramach tych kategorii będzie się to wiązało z wystąpieniem straty. Odwołujący ponownie nie podniósł w tym zakresie jakiegokolwiek argumentacji wskazującej czy to na prawdopodobieństwo wystąpienia straty, jej skali oraz wpływu na opłacalność całości zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa Izby (m. in. wyrok z dnia 16 września 2022 r. sygn. akt KIO 2259/22 przy ocenie wystąpienia rażąco niskiej ceny *decydujące znaczenie należy przypisać zależności pomiędzy jednostkowymi zniżkami a ceną całej oferty, a nie traktować ceny pojedynczych składników oferty, choćby były one na niskim poziomie, w sposób wyizolowany i oderwany od całej oferty.* Takiej zależności Odwołujący nie wykazał a tym samym zarzut należy uznać za bezpodstawny.

O słuszności twierdzeń Odwołującego w odniesieniu do wyżej opisanej grupy zarzutów nie świadczą również złożone przez Odwołującego dowody w postaci materiałów partnerskich firmy Microsoft – wyciągów z przewodników po zwrotach incentives od Microsoft czy też korespondencja z przedstawicielem firmy Microsoft z dnia 16 października 2024 r. Dowody te stanowią bowiem wyłącznie potwierdzenie warunków dostępnych partnerom producenta oprogramowania, które wyjściowo są identyczne dla wszystkich partnerów. Podkreślenia wymaga, że dokumenty te stanowiły dla wykonawców biorących udział w postępowaniu jedynie materiał wyjściowy w oparciu o który poszczególni wykonawcy, mając na uwadze warunki przedmiotowego zamówienia ustalone przez Zamawiającego, indywidualne doświadczenia oraz przeprowadzoną ocenę ryzyka, dokonali kalkulacji upustów jakie są w stanie zaoferować. Dowody te mogą zatem potwierdzać wyłącznie twierdzenia o możliwości poniesienia straty w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych ceny, natomiast nie potwierdzają faktu występowania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do całości zamówienia.

W zakresie grupy zarzutów odwołania dotyczących zaoferowania ceny poniżej kosztów w produktów wchodzących w skład kategorii a), b), e) przez wykonawcę APN, Izba pragnie wskazać, iż z uwagi na analogiczny zakres zarzutów oraz argumentacji przedstawionej na ich poparcie, w odniesieniu do tej grupy zarzutów w całości znajdują zastosowanie wcześniejsze rozważania Izby w kwestii zależności pomiędzy wskazywanymi w odwołaniu przypadkami wystąpienia ewentualnej straty w odniesieniu do poszczególnych cen jednostkowych a ceną całej oferty. W ocenie Izby również w przypadku oferty wykonawcy APN Odwołujący w jakikolwiek sposób nie odniósł się do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny za całość świadczenia, poprzestając na wskazywaniu elementów tegoż świadczenia, w odniesieniu do których Odwołujący wskazywał na możliwość wystąpienia potencjalnej straty.

Odnosząc się do dodatkowej argumentacji w zakresie produktów kategorii a) i b) w której Odwołujący podnosi, iż nie jest prawidłowe uzasadnienie obniżenia kosztów w postępowaniu w związku z nabywaniem przez wykonawcę APN produktów w koronach duńskich, wskazać należy, że również ta argumentacja nie wskazuje na zasadność podnoszonych zarzutów odnośnie rażąco niskiego charakteru ceny zaoferowanej przez wykonawcę APN w przedmiotowym postępowaniu. Sam Odwołujący w treści odwołania w tym zakresie potwierdza bowiem możliwość obniżenia kosztów wskutek nabywania na potrzeby realizacji zamówienia produktów Microsoft w innej walucie niż euro, a wskazuje jedynie że obniżenie to może nastąpić jedynie w ograniczonym stopniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zarówno w odniesieniu do oferty wykonawcy Crayon, jak i wykonawcy APN Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż Odwołujący nie wykazał, ale nawet nie wskazał, jaki merytoryczny element ofert obu wykonawców jest niezgodny, a zarazem nie podał, z jakimi wymaganiami Zamawiającego następuje owa rzekoma niezgodność. Odwołujący w odniesieniu do obu ofert wskazywał, iż niezgodność polega na tym, że wbrew oczekiwaniom Zamawiającego oferty obu wykonawców bazują

na nieuprawnionych przewidywaniach/założeniach o możliwości dostarczenia wybranych produktów, w ilościach przyjętych i przewidywanych przez wykonawców, a nie tak jak tego oczekiwał Zamawiający, czyli dostawy wszystkich produktów w każdych możliwych ilościach. W ocenie Izby nie sposób tak określonej niezgodności uznać za wskazującą na jednoznaczne i konkretne parametry oferty, konkretyzujące jej treść na tle jednoznacznych i precyzyjnie określonych warunków zamówienia. Odwołujący przywołuje bowiem przewidywania/założenia zawarte w ofertach wykonawców Crayon i APN, bez wskazania jakich elementów przedmiotu zamówienia wykonawcy rzekomo nie zaoferowali lub które

z zaoferowanych nie spełniają wymagań Zamawiającego. Nie wskazano również w treści odwołania konkretnych wymagań Zamawiającego, z którymi występuję podnoszona niezgodność. Za takie

nie sposób uznać przywoływanej przez Odwołującego wymogu dostawy wszystkich produktów w każdych możliwych ilościach. Po pierwsze wymóg taki nie wynika z treści warunków zamówienia. W tym zakresie Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 87 z dnia 18 lipca 2024 r. wskazał, że *na tym etapie nie jest*

w stanie przewidzieć zapotrzebowania na ilość i rodzaj Produktów Producenta, które planuje zakupić,

jak i na rodzaj usług do wykonania. Nie sposób tak określonego przez Zamawiającego zapotrzebowania, a raczej braku jakiegokolwiek choćby przybliżonego określenia tego zapotrzebowania, uznać za jednoznaczny i precyzyjny wymóg Zamawiającego odnośnie ilości i rodzaju poszczególnych produktów. W konsekwencji bezpodstawne jest stawianie zarzutów w zakresie niezgodności ofert na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z tak niejednoznacznie i nieprecyzyjnie wskazanymi warunkami zamówienia.

W dalszej kolejności Izba uznała za niezasługujący na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Crayon i APN pomimo,

iż rzekomo zawierały one błędy w obliczeniu ceny. Wykonawcy Crayon i APN mieli popełnić błąd przy obliczaniu ceny w kategorii e) - Upust od ceny EUR netto w cenniku Producenta w odniesieniu do cen licencji lub subskrypcji oprogramowania produktów z grupy Microsoft Dynamics. Odwołujący za podstawę dla zaistnienia rzeczonego błędu wskazał zaoferowanie przez obu wykonawców upustu w tej kategorii produktów. Odwołujący podnosił, że upust ten byłby możliwy jedynie w przypadku oferowania tych produktów w ramach modelu dystrybucyjnego Microsoft Enterprise Agreement (MEA), podczas gdy

z odpowiedzi na pytanie nr 89 udzielonej przez Zamawiającego w ramach wyjaśnień treści SWZ z dnia

18 lipca 2024 r. w sposób wyraźny zastrzegł, że będzie kupował te produkty w ramach umowy MPSA (Microsoft Products and Services Agreement), w której nie przysługują zwroty, a rabat od Microsoft dla partnerów wynosi 0%. W ocenie Izby przedmiotowy zarzut nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego odpowiedź na przedmiotowe pytanie nie rozstrzygała w sposób jednoznaczny w którym z programów licencjonowania grupowego (MEA czy MPSA) Zamawiający będzie dokonywał zakupów przedmiotowej kategorii produktów. Jak słusznie podniósł Zamawiający wskazane pytanie w ogóle nie dotyczy zobowiązania Zamawiającego do dokonywania zakupów produktów w ramach

określonego programu, a jedynie wskazuje, jaki zakres produktów powinien być brany pod uwagę, przy kalkulowaniu ceny oferty. Jednoznaczne wskazanie programu licencjonowania grupowego w ramach którego będą nabywane produkty z tej kategorii nie zawiera także dokumentacja postępowania. W treści wzoru umowy ramowej, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, w § 1 zdefiniowano Programy licencjonowania grupowego Producenta jako *Microsoft Products and Services Agreement (MPSA)* lub *Microsoft Enterprise Agreement (MEA)* określające warunki i zasady sprzedaży Produktów Producenta, uwzględniające postanowienia zawartych przez Ministerstwo Cyfryzacji umów *Business and Services nr U9100053 (MBSA)* oraz umowy *Microsoft* z kolei w Rozdziale I pkt 1 załącznika do umowy ramowej- Opis przedmiotu zamówienia wskazano, iż *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).* W ocenie Izby z tak ukształtowanych zapisów dokumentacji zamówienia nie sposób wysnuć tak kategorycznego wniosku, jaki stał się podstawą dla postawionego przez Odwołującego zarzutu tj. wyraźnego wskazania przez Zamawiającego, że produkty z kategorii e) będą nabywane

w ramach programu licencjonowania grupowego MPSA. Tym samym zapisy dokumentacji nie wykluczają możliwości zastosowania do dostarczania tych produktów programu licencjonowania grupowego MEA, a tym samym zarzuty w tym zakresie należało uznać za niezasadne.

W odniesieniu do grupy zarzutów wskazujących na złożenie przez wykonawców Crayon i APN ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.”). W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, w przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (wyrok SN z 11 października 2002 r., III CKN 271/01).

W ocenie Izby postawione zarzuty mają charakter blankietowy. Odwołujący nie przypisał do niego konkretnego stanu faktycznego i nie przedstawił uzasadnienia tego zarzutu. Nie odniósł się także do przesłanek składających się na czyn nieuczciwej konkurencji tj. wskazania przepisu prawa z którym upatruje się sprzeczności lub obyczaju w który zachowanie uczestnika godzi, a także zagrożenia interesom zamawiającego lub innych wykonawców. Odwołujący nie przywołał zarówno w petitum,

jak i w treści uzasadnienia żadnego z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego naruszenia dopatrywał się w działaniach wykonawców których oferty kwestionował. Izba zaś nie może zastępować wykonawcy w konstruowaniu zarzutu, ani domyslać się jego intencji, gdyż prowadziłoby to do możliwości przekroczenia granic kognicji Izby, które wyznaczają postawione zarzuty. Z tego też względu zarzuty należało oddalić.

W ocenie Izby oddaleniu podlegały również zarzuty wskazujące na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Odwołujący uzasadniając przedmiotowe zarzuty wskazywał, że wykonawcy Crayon i APN nie złożyli gwarancji zabezpieczających ewentualne roszczenia Zamawiającego w sposób prawidłowy. Braku prawidłowości wniesionych zabezpieczeń Odwołujący dopatrywał się w fakcie, że z ich treści wynika, iż zabezpieczają one Zamawiającego jedynie na okoliczność odmowy podpisania lub zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz nie umowy ramowej. Tymczasem w ocenie Odwołującego ewentualne umowy w sprawie zamówienia publicznego będą udzielane dopiero po zawarciu umowy ramowej i nie można utożsamiać umowy ramowej z umową w sprawie zamówienia publicznego, na co wskazują zdaniem Odwołującego nie tylko definicje ustawowe, ale nawet sama systematyka ustawy. Analogicznie jak w przypadku wcześniejszej grupy zarzutów dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji, tak również w odniesieniu do zarzutów dot. prawidłowości wniesienia wadium mamy do czynienia z zarzutem blankietowym. Odwołujący pomimo podnoszenia kwestii związanych z treścią poszczególnych definicji ustawowych nie przywołał definicji na które się powołuje, jak również nie przeprowadził

analizy ich treści z której miałyby wynikać wnioski będący podstawą formułowanych zarzutów. Podobnie w odniesieniu do przywoływanej systematyki ustawy Odwoływający w jakimkolwiek stopniu nie przedstawił w których elementach tejże systematyki, umiejscowienia jakich przepisów

w poszczególnych jednostkach redakcyjnych, dopatruje się uzasadnienia dla stawianych w odwołaniu zarzutów. Izba pragnie ponownie wskazać, iż nie może zastępować wykonawcy w konstruowaniu zarzutu, domyślać się jego intencji czy też we własnym zakresie doszukiwać się okoliczności które legły u podstaw stawianego zarzutu, gdyż prowadziłoby to do możliwości przekroczenia granic kognicji Izby,

które wyznaczają postawione zarzuty. Z tego też względu zarzuty należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba orzekła jak w sentencji.

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

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

Przewodniczący:.....