**Sygn. akt: KIO 2781/23**

**Wyrok**

**z dnia 5 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2023 r. przez wykonawcę **Crayon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa**
przy udziale wykonawcy **A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Crayon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……

**Sygn. akt: KIO 2781/23**

**Uzasadnienie**

Zamawiający:Urząd Miasta Stołecznego Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. – „Umowa ramowa na dostawę licencji, subskrypcji i usług hostowanych oraz wsparcia oprogramowania Microsoft lub produktów równoważnych”; numer postępowania: ZP/GP/271/III-95/23 („Postępowanie”)

Odwołujący:Crayon Poland Sp. z o.o., Warszawa, wniósł dnia 20 września 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego z dnia 11 września 2023 r., tj. polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A.P.N Promise S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenia:

1)art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy przez bezpodstawne przyjęcie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust.1 dotyczące stopy rabatu wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w jego ofercie, a oferta Odwołującego podlega ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę,

2)art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy poprzez bezpodstawne przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3)art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy przez bezpodstawne przyjęcie, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty A.P.N Promise S.A., pomimo niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia,

5)art. 239 ust. 1 Ustawy przez dokonanie wyboru oferty A.P.N Promise S.A., która nie jest najkorzystniejszą ofertą (z uwagi na zaistnienie podstawy do jej odrzucenia).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania przez nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

3)odrzucenia oferty A.P.N Promise S.A.,

4)ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania (na wypadek stwierdzenia, że zarówno oferta odwołującego, ja również oferta A.P.N Promise S.A. podlegają odrzuceniu),

Uzasadniając zarzuty i odwołania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 11 września 2023 r. odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej nie uzasadniają ceny podanej w jego ofercie. Zamawiający wskazał również, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.).

Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy A.P.N Promise S.A.

Ad 1) Naruszenie art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy.

Zgodnie z treścią 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. Jednocześnie, stosownie do treści art. 224 ust. 5 Ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający powołał się na obie powyższe podstawy.

Jedną z przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego było złożenie „niewystarczających" (w ocenie Zamawiającego) wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej. Zamawiający uznał, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia oraz dowody nie potwierdzają realności i prawidłowości wyliczenia ceny oferty, tj. że ceny na produkty z cennika Microsoft przy uwzględnieniu zaoferowanego rabatu w wysokości 25,29 % nie noszą znamion rażąco niskiej ceny. 1/ W pierwszym rzędzie należy wskazać, iż cena oferty w Postępowaniu nie jest ceną za realizację przedmiotu zamówienia, lecz jedynie ceną oferowaną na potrzeby oceny ofert (patrz pkt 26.1.2 SWZ w treści:

„W Formularzu oferty Wykonawca podaje cenę całkowitą brutto, służącą do porównania ofert, równą wartości brutto w walucie PLN z Formularza cenowego (Cpof)."

Wartość oferty Odwołującego wynosiła 1.885.811,65 PLN brutto, podczas gdy środki przeznaczone przez Zamawiającego na realizację umowy ramowej wynoszą 40.000.000 zł.

Cena oferty Odwołującego nie obejmowała rabatu, jakkolwiek rabat był elementem oferty

(obok ceny oferty) nie wpływającym na cenę oferty.

W konsekwencji Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8) Ustawy albowiem Zamawiający:

1)nie wzywał Odwołującego o wyjaśnienie ceny oferty, lecz tylko o wyjaśnienie sposobu ustalenia rabatu, co wyraźnie wynika z wezwania;

2)nie dokonał jakichkolwiek ustaleń w zakresie ceny oferty

2/ Zamawiający wskazał w szczególności, że na podstawie umowy ramowej, której dotyczy niniejsze Postępowanie, mogą być zawierane umowy wykonawcze, jednak nie jest znana ilość, kolejność i zakres potencjalnych zamówień, zatem nieprawidłowe są założenia o możliwości kompensowania strat kolejnymi zamówieniami. Tego rodzaju twierdzenia Zamawiającego jest jednak całkowicie bezzasadne.

Zgodnie z podobnym wyrokiem (dotyczącym kalkulacji rabatów na potrzeby zakupów opcjonalnych oprogramowania Microsoft) wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 3152/22:

„Izba wskazuje też, że przepis art. 226 ust.1 pkt. 6 Pzp dopuszczający możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska, co nie zostało wykazane. Dodatkowo przepis ten odnosi się do rażąco niskiej ceny lub kosztu, podczas gdy kwestia odrzucenia oferty wobec zastosowania części składowej ceny lub kosztu objęta może zostać dyspozycją normy art. 226 ust. 1 pkt. 7) Pzp."

3/ Odwołujący podnosi, iż w swoich wyjaśnieniach nie wskazywał, że pokryje stratę z kolejnych zamówień czy też z zamówień dodatkowych. Tego rodzaju stwierdzenie

Odwołującego nie znalazło się w żadnym miejscu wyjaśnień ani też nie można wysnuć takiego wniosku z treści wyjaśnień Odwołującego.

/dowód: wyjaśnienia Odwołującego z dnia 29 sierpnia 2023 r. (w aktach Postepowania)

Uzasadnienie decyzji Zamawiającego w tym zakresie nie dotyczy zatem wyjaśnień złożonych przez Odwołującego co oznacza pozwala stwierdzić że osoba sporządzająca uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego legitymowała się nikłą znajomością treści wezwania oraz treści wyjaśniań Odwołującego.

W tym miejscu odwołujący zawarł informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej izby Odwoławczej, wykonawcy nie mogą ponosić skutków nieprecyzyjnego sformułowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień. Tak w szczególności w orzeczeniach: KIO 1090/23, KIO 520/21, KIO 989/22, KIO 117/22.

Ad 2) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego dotyczące ceny potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednak, zgodnie z wyrokiem KIO 585/23 „Brak rzetelnej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy wraz ze złożonymi dowodami uniemożliwia mu prawidłową klasyfikację przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Natomiast w odniesieniu do definicji rażąco niskiej ceny, KIO w wyroku 2465/16 zdefiniowała cenę rażąco niska. Ponadto wskazano na wyrok KIO 2146/16, KIO 493/23.

W odpowiedzi na pytanie nr 70 do SWZ. dotyczące pozostałych Produktów Producenta wymienionych w Cenniku Producenta (o których mowa w pkt 30 OPZ), Zamawiający wskazał, że „Zamawiający powołując się na Cennik Producenta powołuje się na cennik w modelu MPSA". Przy czym w przypadku zakupu Produktów w modelu MPSA wykonawca ma znacznie większe możliwości udzielenia rabatu niż w przypadku modelu EA, tj. od 0 do nawet kilkudziesięciu procent, co wynika z wyroku KIO 3152/22.

Niezależnie od powyższego wykonawca, którego oferta została wybrana (A.P.N. Promise S.A.), w innych postępowaniach oferował rabat rzędu 23 -25% na Produkty w modelu MPSA, a udzielenie rabatu w takiej wysokości nie było oceniane jako złożenie oferty z rażąco niską ceną. Wyklucza to twierdzenia Zamawiającego (oparte na informacji uzyskanej od A.P.N.

Promise S.A.) dotyczące maksymalnego możliwego do uzyskania rabatu na Produkty z Cennika Producenta.

W związku z powyższym oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tej sytuacji odrzucenie oferty Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu stanowiło oczywiste naruszenie art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy.

Ad 3) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy

Zamawiający jako podstawę decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał również, iż Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Przy czym Zamawiający błędnie utożsamia złożenie oferty z rażąco niską ceną z czynem nieuczciwej konkurencji (podczas gdy inne są przesłanki obu tych podstaw odrzucenia oferty).

1/ Odwołujący zaprzecza jakoby jego oferta zawierała rażąco niską cenę (o czym była mowa powyżej), w związku z czym nie może stanowić również czynu nieuczciwej konkurencji. Skoro Odwołujący w złożonych przez siebie wyjaśnianiach wykazał realność udzielenia rabatu na Produkty z Cennika Producenta na zaproponowanym poziomie, to tym samym bezzasadne jest przyjęcie, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

2) Niezależnie od powyższego, brak jest przesłanek do przyjęcia, że Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Aby stwierdzić zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ww. przepisie, muszą być spełnione łącznie przesłanki, tj.:

1/ utrudnianie przez wykonawcę dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz

2/ sprzedaż poniżej kosztów ma na celu eliminację innych przedsiębiorców.

Potwierdza to orzecznictwo np. KIO 386/23, podobnie KIO 1739/18, KIO 2028/17, KIO 1616/19.

Wobec tego postawienie wykonawcy tego rodzaju zarzutu wymaga wykazania, że jego działanie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która nie wystąpiłaby w przypadku zaoferowania realnej ceny. Nie jest wystarczające samo stwierdzenie, że wykonawca sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

W konsekwencji Zamawiający powinien poczynić ustalenia, czy Odwołujący oferował sprzedaż Produktów poniżej kosztów w celu określonym przez u.z.n.k., tj. w celu eliminacji innych przedsiębiorców, czego jednak nie dokonał. Zamawiający ograniczył się natomiast do stwierdzeń dotyczących rażąco niskiej ceny w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji, nie odniósł się natomiast do przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji określonych w ww. przepisie, tj. że cena oferty jest poniżej kosztów własnych, a złożenie oferty stanowi zakazaną praktykę utrudniania konkurencji, mającą na celu eliminację innych przedsiębiorców z postępowania (w szczególności, że zamiarem Odwołującego, który zaoferował cenę ofertową określoną przez Zamawiającego jako rażąco niska, było wyeliminowanie konkurencji).

Wreszcie koronny wyrok KIO 122/22: „Dla zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p., wystarczające jest działanie z zamiarem wpłynięcia na ranking ofert, bez względu na to, czy faktycznie działanie to doprowadziło to takich skutków. Nie ma zatem znaczenia okoliczność, że cena całkowita oferty Odwołującego była niższa. Bez znaczenia pozostaje też, czy nawet w sytuacji prawidłowego wydzielenia z tej ceny wynagrodzenia stałego, oferta Odwołującego i tak pozostałaby najkorzystniejsza. Wolą ustawodawcy jest bowiem wyciąganie konsekwencji wobec wykonawców już za samo ukierunkowanie ich działań na nieuczciwe praktyki, bez względu na to, na ile ostatecznie okazały się one skuteczne.”

W niniejszym Postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena oferty skonstruowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wartość stopy rabatu nie miała żadnego związku z cenę ofertową, stanowiła dodatkową pozycję w ofercie neutralną w aspekcie kryteriów oceny ofert. W konsekwencji niezależnie od wartości zaoferowanego rabatu na pozycję w rankingu ofert wpływała wyłączenie cena oferty.

Wobec powyższego odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o ww. podstawę stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy.

Ad 4) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy

Oferta A.P.N .Promise S.A. podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia

Zgodnie z treścią pkt 14.2.2 SWZ, tj. dotyczącego przedmiotowych środków dowodowych, które należy złożyć wraz z ofertą i które nie będą uzupełniane, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą dokumentów publicznych dotyczących licencjonowania:

„b) Publicznie dostępne dokumenty Dostawcy potwierdzające pola eksploatacji zaoferowanych produktów (lub lista linków do tych dokumentów na stronach Dostawcy) – w zakresie nie węższym niż wymagane w OPZ – Załączniku nr 3 do Umowy ramowej.”

Dokumenty te obejmują 50 pozycji w ramach umowy EA oraz 1 w ramach umowy MPSA. Wobec tego wykonawca powinien złożyć zarówno umowę EA, jak również MPSA. Tymczasem wykonawca A.P.N. Promise S.A. złożył jedynie umowę EA.

/dowód: oferta wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z załącznikami – na okoliczność jej zakresu, w tym na okoliczność braku dokumentów dot. licencjonowania w ramach umowy MPSA/

W konsekwencji Zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty tego wykonawcy, a zaniechanie jej odrzucenia stanowi naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy

Ad 5) Naruszenie art. 239 ust. 1 Ustawy

W konsekwencji powyższych naruszeń nieuzasadnione było również dokonanie przez

Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy A.P.N Promise S.A. jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu.

Odwołujący zwraca przy tym uwagę, iż zamawiający na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne ma możliwość powtórzenia dotychczasowych czynności i zmiany decyzji, jeśli uzna, że zachodzą do tego podstawy.

Załączono: 5)kalkulacja rabatów, 6) oferty APN Promise S.A.,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

1. Odnośnie zarzutu nr 1 i 2 odwołania wskazać należy, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający przyjął jako jedyne kryterium oceny ofert cenę brutto, przypisując jej wagę 100%.

Zamawiający przygotował konkretną formułę sposobu obliczania ceny oferty, którą opisał w pkt 23 SWZ, gdzie wyraźnie wskazał, iż „oferowana cena obejmuje oferowany koszt zakupu Produktów wymienionych w pkt. 29 OPZ na okres 36 miesięcy (lub 3 lat w przypadku Produkcji z rocznym okresem rozliczeniowym) jednostkowo przemnożonych przez współczynnik wagi z formularza cenowego plus szacowany koszt innych produktów zamawianych z oferty Dostawcy obliczony zgodnie z formułą “400 tysięcy EURO wg cen z aktualnego cennika dostawcy” razy (100 – R)/100, gdzie R – oferowany przez oferenta rabat”. Formuła ta została zastosowana w załączniku nr 6 do SWZ „Formularz cenowy”.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego podniesionym w odwołaniu, rabat zaoferowany przez wykonawców miał istotny wpływ na cenę oferty. Przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy ramowej na dostawę oprogramowania. Ze względu na charakter umowy ramowej, która nie określa ilości i potrzeb w zakresie zamówienia konkretnych produktów, zaoferowane ceny na produkty z cennika Producenta w realny sposób miały wpływ na kształtowanie ceny brutto oferty, która była podstawą oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Cena odwołującego, w tym jej istotne części składowe, w postaci cen po rabacie na produkty z cennika Producenta, wydały się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Poziom rabatu zaoferowanego przez Odwołującego był znacznie wyższy w stosunku do ofert innych wykonawców oferujących produkty tego samego producenta. Przykładowo wykonawca A.P.N Promise S.A. złożył ofertę z rabatem 18,13 %, zaś Odwołujący – Crayon Poland Sp. z o.o. w swojej ofercie zaproponował rabat 25,29%, co daje różnicę rabatów na poziomie blisko 30%. Powyższe stanowi w ocenie Zamawiającego rażąco niską cenę oferty.

Intencją Zamawiającego, wyrażoną w wezwaniu, piśmie z dnia 25.08.2023r. było uzyskanie wyjaśnień i dowodów, które wykazałyby, iż: (1.) zaoferowane ceny za produkty z cennika Producenta (Microsoft), przy uwzględnieniu zaoferowanego przez Odwołującego rabatu w wysokości 25,29% nie noszą znamion rażąco niskiej ceny, (2.) ceny w pozycji 12 i 42 Formularza oferty są realne i prawidłowo wycenione.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, intencją Zamawiającego nie było jedynie uzyskanie informacji o metodzie konstrukcji stopy rabatu na produkty z cennika Producenta, ale właśnie całościowe wyjaśnienie, czy ceny na produkty z cennika Producenta, przy zaoferowanym przez Odwołującego rabacie nie są rażąco niskie. Jest to istotna informacja dla Zamawiającego, gdyż zaoferowane ceny na produkty z cennika w realny sposób miały wpływ na kształtowanie ceny brutto oferty, która była podstawą oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby intencją Zamawiającego było uzyskanie jedynie wyjaśnień w zakresie cen za poszczególne, konkretne produkty z cennika Producenta, to zadałby dokładnie takie pytanie. Podobnie zresztą jak to miało miejsce, w przypadku żądania wyjaśnień dotyczących wątpliwości w zakresie cen za pozycję 12 i 42 z Formularza oferty.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie dołożył należytej staranności przy udzielaniu wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.08.2023r. Złożone w dniu 29.08.2023r. wyjaśnienia były niewystarczające i nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego, czy ceny na produkty z cennika Producenta, przy zaoferowanym przez Odwołującego rabacie nie są rażąco niskie.

Zamawiający nie mógł sobie sam wyliczyć wartości upustu w innych pozycjach cennika Producenta, gdyż to na Odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia, iż zaoferowane ceny nie są rażąco niskie. Argumentację Odwołującego w tym zakresie należy potraktować jako próbę przerzucenia ciężaru dowodu z Odwołującego na Zamawiającego. Nawet gdyby Zamawiający dokonał takich przeliczeń, to one i tak nie miałyby żadnego znaczenia przy ocenie przekazanych przez Odwołującego wyjaśnień.

( w tym miejscu Zamawiający usunął fragment odpowiedzi na odwołanie zawierający informacje zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa)

Mając na uwadze przedstawione powyżej okoliczności Zamawiający zgodnie z normą przepisu art. 224 ust. 6 Pzp uznał, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Tym samym zgodnie z normą przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego.

2. Odnośnie zarzutu nr 3:

Jak zostało wykazane powyżej, złożone przez Odwołującego w dniu 29.08.2023 r. wyjaśnienia do zarzutu rażąco niskiej ceny, nie były wystarczające. Dodatkowo, dokonana przez Zamawiającego analiza, skłoniła Zamawiającego do przedstawienia Odwołującemu dodatkowego zarzutu dot. nieuczciwej konkurencji.

(w tym miejscu Zamawiający usunął fragment odpowiedzi na odwołanie zawierający informacje zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa)

[…]aby wykazać (ocenić) potencjalny zysk, powinien przeprowadzić analizę dla wszystkich pozycji z zastosowaniem zaproponowanego rabatu, a nie wyłącznie dla kilku wybranych.

Ponadto, na podstawie analizy dostępnych na rynku informacji z innych postępowań, w tym również takich, w których brał udział Odwołujący, oferowany rabat dla produktów z cennika MPSA w większości nie przekraczał wartości 20%.

Dowód 3: 1.pismo SGGW z dnia 5.08.2020r. informacje z otwarcia ofert w postępowaniu na „Obsługę umowy Microsoft Products i Services (MPSA) dla SGGW w Warszawie";

2. pismo KPRM z dnia 14.07.2021r. zawierającego informacje z otwarcia ofert w postępowaniu na „Zapewnienie licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji na oprogramowanie Microsoft w ramach programu licencjonowania grupowego „Microsoft Products and Services Agreement" (MPSA) lub produktów równoważnych dla Kancelarii Prezesa Rady Ministrów".

Zamawiający po stwierdzeniu, że rabat udzielony przez Odwołującego w postępowaniu jest większy niż dotychczas proponowany w innych postępowaniach oraz na podstawie wiedzy pozyskanej z rynku oraz własnych analiz uznał, że ceny na potencjalnie zamawiane produkty, po uwzględnieniu proponowanego rabatu, będą rażąco niskie. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że rabat oferowany przez APN Promise S.A. jest na poziomie porównywalnym z innymi ofertami, według dostępnych na rynku informacji z innych postępowań, a rabat zaproponowany przez Odwołującego jest o 30% wyższy od zastosowanego przez APN Promise S.A., co więcej również od dotychczas stosowanego w innych przypadkach przez Odwołującego.

Ponieważ zaproponowany przez Wykonawców w postępowaniu rabat jest bezpośrednią składową formuły zastosowanej w załączniku nr 6 do SWZ (formularz cenowy), na podstawie której wyliczona została cena ofertowa brutto poszczególnych ofert, służąca do ich porównania oraz oceny, Zamawiający uznał, że spełnione zostały przesłanki z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przez swoje działanie, polegające na sprzecznym z dobrymi obyczajami wykorzystaniu nieproporcjonalnie wysokiego rabatu przy obliczaniu ceny ofertowej, naruszył interesy pozostałych Wykonawców, którzy stosując prawidłowo wyliczone rabaty nie mieli szans konkurować z ostateczną ceną ofertową Odwołującego i mogli być potencjalnie pozbawienia możliwości realizacji zamówienia.

Na potwierdzenie, w przypadku zastosowania takiej samej wysokości rabatu w ofertach Odwołującego oraz APN Promise S.A. (np. 20%), przy pozostawieniu wszystkich pozostałych pozycji formularza cenowego na niezmienionym poziomie, cena oferty Odwołującego wynosiłaby 2 001 891,17 PLN i byłaby wyższa od ceny drugiej z porównywanych ofert, która wynosiłaby 1 986 180,03 PLN.

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3. Odnośnie zarzutu nr 4 i 5 odwołania wskazać należy, co następuje:

Wykonawca A.P.N Promise S.A. złożył wszystkie, wymagane postanowieniem pkt 14.2.2 lit a i b SWZ dokumenty we właściwej, określonej w pkt 14.2.2. SWZ formie.

Zamawiający podkreśla, że wymagał dostarczenia dokumentu lub wskazanie linku do dokumentu.

Wykonawca A.P.N Promise S.A. dostarczył dokument poświadczający pola eksploatacji dla produktów z umowy EA, a

dla produktów MPSA wskazał w oświadczeniu, żepola eksploatacji oferowanych produktów znajdują się na stronie: microsoft.com/licensing/terms/. Dla porównania Odwołujący uzyskał wymagane dokumenty przy pomocy tej samej strony i załączył je w postaci pliku. W dokumentach A.P.N Promise S.A., na 4 stronie, znajduje się informacja o źródle pochodzenia, czyli wskazanej stronie internetowej.

Zamawiający informuje, że dokument dla pól eksploatacji dla oferty MPSA liczy ponad 120 stron.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Zamawiający nie stwierdził niezgodności treści oferty tego Wykonawcy z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), a tym samym nie stwierdził podstaw do odrzucenia oferty A.P.N Promise S.A.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Załączono:informacje zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa

Pisma powołane w uzasadnieniu.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia na rozprawie:
Odwołujący wskazał na sposób budowy ceny oferty przewidziany w SWZ. Przypomniał, że cena była jedynym kryterium oceny ofert. Wskazał na treść wezwania Zamawiającego z 25 sierpnia zauważając, że dot. ono głównie stosowanego upustu czy też rabatu oraz cen dwóch pozycji produktu. Przypomniał, że cena oferty służyła porównaniu ofert, jako że postępowanie dot. umowy ramowej. W wyjaśnieniach przedstawił sposób wyliczenia ceny dla wymaganych przez Zamawiającego pozycji, co ocenia jako złożenie informacji, których Zamawiający żądał. Podkreślił, że rabat nie ma związku z ceną i wynika to z SWZ. Zamawiający nie uwzględnił poprawnych wyjaśnień złożonych na wezwanie dot. pozycji 12 i 42. Zauważył, że nawet zaniżona cena jednego spośród wielu elementów w ofercie nie może prowadzić do wniosku o cenie całej oferty jako rażąco niskiej. Stwierdził także, iż rabat jako nie mający związku z ceną nie ma znaczenia przy ocenie, czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podtrzymał zarzuty dot. Przystępującego. Złożył wydruk ze strony Microsoft zauważając, że jest to adres/link do strony głównej, z której nie wynika potwierdzenie wymogów specyfikacji.
Wskazał na podstawie złożonego fragmentu formularza, że cena zaoferowana to 1 885 811 zł, a cena brutto to 44922,38 euro, zatem cena nie może być uznana za rażąco niską skoro kilkakrotnie przekracza wynik z formularza. Przypomniał, że wielkość rabatu jest hipotetyczna, a w wyjaśnieniach wskazał na możliwość uzyskania specjalnego rabatu. Przypomniał stosunkowo wysokie rabaty A.P.N. w innych zamówieniach. Podtrzymał pozostałe zarzuty. Zauważył, że rażąco niska cena i czyn nieuczciwej konkurencji w tym postępowaniu wzajemnie się wykluczają.
Zamawiający podtrzymał argumentacje zawartą w pisemnej odpowiedzi. Wskazał na pkt. 23 SWZ i załącznik 6 tj. formularz cenowy dot. sposobu obliczenia ceny, z którego wynika ścisły związek rabatu z ceną. Wskazał na poprawność swojego wezwania z 25 sierpnia, które dot. zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Po analizie uwzględniono wyjaśnienia dot. pkt. 42, natomiast nieprzekonujące były wyjaśnienia dot. pkt. 12. Potwierdził przedstawione w złożonym piśmie porównanie rabatów przyjętych przez poszczególnych wykonawców w tym Odwołującego i różnice wynikające z tego. Podkreślił znaczące ryzyko oferowania wysokiego rabatu na dłuższy okres czasu. Podtrzymał stwierdzenie dot. pozycji 12 o zaniżeniu ceny z rabatem poniżej ceny zakupu w Microsoft. W zakresie zarzutu dot. Przystępującego zauważył, że Odwołujący przedstawił taki sam link do strony Microsoft, a metoda taka była dopuszczona jako równoważona do dokumentu pisemnego. Z treści odwołania o pracochłonności wyjaśnień dla wszystkich pozycji wywiódł, że wykonawca zdawał sobie sprawę czego dotyczy wezwanie tj., całej ceny. Wskazał na stosowane przez producenta średnie rabaty znacznie poniżej przedstawionych przez Odwołującego. Ponownie potwierdził, że wysokość rabatu stanowiła istotny element cenotwórczy ceny ofertowej służącej do porównania ofert. Wskazał na pkt 14.22 SWZ i odpowiedzi na pytanie nr. 77 dot. przedmiotowych środków dowodowych. Przypomniał, że ciężar dowodu do oceny ceny noszącej znamiona rażąco niskiej spoczywa na Odwołującym. Wskazał na formułę konstruowania ceny wtym postępowaniu w szczególności znaczenie wysokości deklarowanego rabatu jako istotnego elementu cenotwórczego. Stwierdził, że w przytoczonych innych postępowaniach przedmiot zamówienia był ograniczony do niewielu produktów, co dawało możliwość przyjęcia stosunkowo wysokiego rabatu. Wskazał, że w wyniku tego postępowania planuje się zawrzeć umowy realizacyjne na produkty z oferty i cennika MPSA. To ostanie przewiduje się na poziomie ok. 5% całego zamówienia.
Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Złożył fragment formularza cenowego Odwołującego (zrzut ekranu) na potwierdzenie wpływu na cenę oferowanego poziomu rabatu. Zauważył, że rabat Odwołującego istotnie odbiegał od oferowanych przez pozostałych wykonawców. Stwierdził, że wezwanie do złożenia wyjaśnień było w pełni uzasadnione. Ocenia, że rabat uśredniony na poziomie 25,29% jest nierealny i oznaczałby sprzedaż poniżej kosztu zakupu niezależnie

od waluty zakupu. Odnośnie czynu nieuczciwej konkurencji podnosi możliwość manipulacji wysokością rabatu i cenami poszczególnych pozycji z cennika producenta. Odnośnie ostatniego zarzutu wskazał na odpowiedź na pytanie nr. 77, w którym Zamawiający jednoznacznie dopuścił możliwość wskazania linków do produktu na stronie internetowej. Złożył zrzut ekranu producenta Microsoft i wynik dalszych kroków. Stwierdził, że nie jest szczególnie utrudnione sporządzenie wyjaśnień nawet do kilkuset pozycji cennika producenckiego za pomocą np. Excel. Przypomniał, że w tym postępowaniu rabat jest pozycją uśrednioną na cennik, co oznacza, że jest to element nieporównywalny z innymi postępowaniami na konkretne produkty.

**Krajowa Izba Odwoławczauwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy (pod nieobecność przystępującego), stwierdziła, iż odwołanie w zakresie przedstawionych przez odwołującego zarzutów, nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby wezwanie Go do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty wobec domniemania jej rażąco niskiej ceny, było selektywne i ograniczało się jedynie do żądania wyjaśnień i dowodów na realność i prawidłowość wyliczenia cen w poz. 12 i 42 Formularza oferty. Takie oczekiwanie zostało rzeczywiście sformułowane w piśmie. Jednakże wezwanie z dnia 25 sierpnia 2023 r., oprócz tego, że w samym tytule zawierało formułę „Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty" obejmowało stwierdzenia dotyczące całości ceny. „Zaoferowana przez Państwa cena, w tym jej istotne części składowe, w postaci cen po rabacie na produkty z cennika Producenta, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia /…/. Poziom zaoferowanego przez Państwa rabatu jest znacznie wyższy od oferty innych Wykonawców na produkty pochodzące od tego samego Producenta /…/ Przedstawione wyjaśnienia i dowody mają wykazać, że zaoferowane ceny na produkty z cennika Producenta (Microsoft), przy uwzględnieniu zaoferowanego przez Państwa rabatu w wysokości 25,29% nie noszą znamion rażąco niskiej ceny. /…/ Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy."

Natomiast wykonawca – odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie w istocie ograniczył się do przedstawienia kalkulacji na dwie wyżej wskazane pozycje formularza oferty bez odniesienia się do ceny oferty jako całości. Skład orzekający, na podstawie analizy dokumentacji postępowania, w tym sposobu kalkulacji ceny oferty, podziela stanowisko, jako uzasadnione, że zaoferowany poziom rabatu na produkty producenta ma bezpośredni wpływ na wysokość ceny, która to cena była jedynym kryterium oceny ofert.

Niesporne jest, że rabat zaproponowany przez odwołującego istotnie odbiega od oferowanych przez pozostałych wykonawców. Stąd też wezwanie do złożenia wyjaśnień było w pełni uzasadnione. Brak jest dowodu, że rabat uśredniony na poziomie 25,29% jest realny i możliwy do uzyskania przez jednego tylko wykonawcę u tego samego producenta, którego wskazali pozostali wykonawcy. Realna jest możliwość kreowania wysokości rabatu i cen poszczególnych pozycji z cennika producenta ze znaczącym wpływem na cenę oferty zwłaszcza przy dysponowaniu wiedzą, że produkty z cennika będą stanowić wartościowo marginalną wielkość rzeczywistej planowanej dostawy w umowach realizacyjnych. W takim stanie rzeczy, wobec braku złożenia wyjaśnień zamawiającemu w pełnym żądanym zakresie, uzasadniona była decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie faktycznej i prawnej wskazanej w zawiadomieniu o wyniku postępowania.

Odnośnie zarzutu podniesionego w stosunku do przystępujące istotne jest, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr. 77, jednoznacznie dopuścił możliwość wskazania linków do produktu na stronie internetowej jako formę alternatywną do dokumentu pisemnego, a z takiej możliwości skorzystał wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący: ……..**