

Sygn. akt: KIO 3447/23

**WYROK**  
z dnia 4 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2023 r. przez **wykonawcę Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Operator Chmury Krajowej sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i**

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

2.2. zasądza od wykonawcy Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Ministerstwa Finansów, Biura Administracyjnego z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt KIO 3447/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Doładowanie platformy usług hostowanych Microsoft Azure wraz ze świadczeniem usług wsparcia Wykonawcy oraz wsparcia inżynierskiego Producenta Nr sprawy: R/024/23/DPO/G*” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2023 r., za numerem 2023/S 142-452404.

W dniu 17 listopada 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Operator Chmury Krajowej sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie – dalej Przystępujący lub OChK oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OChK jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na manipulację cenami i/lub zaferowanie cen poniżej kosztów zakupu (dumping) dla usług Azure Marketplace i usług Azure Spot Virtual Machines w celu uzyskania wyższej punktacji oferty i wyeliminowanie innych wykonawców, z uwagi na zaferowanie przez wykonawcę OChK niezerowych rabatów na te usługi, pomimo, iż zasady licencjonowania producenta Microsoft nie pozwalają na zaferowanie niezerowych rabatów na te usługi, które to działanie pozwoliło wykonawcy OChK uzyskać dodatkową punktację w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u. z. n. k.;

2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OChK z uwagi na błąd w obliczeniu ceny oferty polegający na zaferowaniu przez wykonawcę OChK ceny za usługi Azure Marketplace i usługi Azure Spot Virtual Machines z rabatem niezerowym, pomimo, iż zasady licencjonowania producenta Microsoft nie pozwalają na zaferowanie tych usług z niezerowym rabatem, co oznacza, że wykonawca OChK nie wziął pod uwagę wszystkich uwarunkowań prawnych i faktycznych związanych z przedmiotem zamówienia przy kalkulacji ceny oferty za te produkty, nie uwzględniając, że wskazane wyżej usługi, wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia nie są objęte rabatami i w konsekwencji nie uwzględnił wszystkich kosztów usług Azure Marketplace i usług Azure Spot Virtual Machines w cenie za te usługi, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

3. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OChK z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na zaoferowanie przez wykonawcę OChK ceny za usługi Azure Marketplace i usługi Azure Spot Virtual Machines z rabatem niezerowym, pomimo, iż zasady licencjonowania producenta Microsoft nie pozwalają na zaoferowanie tych usług z niezerowym rabatem, co oznacza, że wykonawca OChK zaoferował te usługi poniżej kosztów zakupu od ich producenta, a są to usługi stanowiące przedmiot odrębnych rozliczeń i stanowią odrębne kryterium oceny oferty i każda z nich stanowi niezależną podstawę do uznania, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji oznacza, że cena oferty wykonawcy OChK jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

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

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy OChK jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał:

Zarzut 1 Zaniechanie odrzucenia oferty OChK jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Odwolujący podniósł, że zgodnie z ust. 1 pkt 7 art. 226 odrzuceniu podlega 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 konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zobligowaniem wykonawców do uczciwego konkurowania 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. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Regulacja ta, poza spełnianiem funkcji korygującej oraz uzupełniającej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 5 i n. u.z.n.k.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, lecz także naruszeniem takim zagraża. Istotne jest wykazanie sprzeczności takiego zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związku pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia) a zasługującym na ochronę interesem innego uczestnika rynku. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowania zmierzające do wygrania postępowania za wszelką cenę, poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Zaoferowanie zatem warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji. (...) 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 konkurowanie 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 ponoszą w związku z wycenianą usługą, i nie mogą realnie konkurować z wykonawcą. Praktyka taka nie zasługuje na ochronę” (za: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226.). Zakaz przerzucania kosztów i manipulacji cenami w celu sztucznego zwiększenia punktacji w kryteriach oceny ofert został uznany za czyn nieuczciwej konkurencji również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyroku z dn. 11 sierpnia 2017 r. sygn. akt: KIO 1536/17. Stanowisko dotyczące traktowania jako czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji wyrażała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyrokach KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 640/11, z 21 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 297/12, z 18 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 7/13, z 20 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2587/13, czy też z 14 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2936/13. Powołał się na wyrok KIO z dn. 28 marca 2017 r., sygn. skt: KIO 473/17 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dn. 17 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. XXIII Ga 148/19.

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu wykonawca OChK postąpił właśnie w sposób, który zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, uznawany jest za czyn nieuczciwej konkurencji, naruszający prawo i dobre obyczaje, który skutkował naruszeniem interesów Zamawiającego i wykonawców poprzez naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie prowadził do zaoferowania Zamawiającemu usług w najlepszej możliwej cenie, lecz jedynie zmierzał do wykorzystania matematycznych zależności, aby uzyskać dodatkowe punkty mogące zapewnić wykonawcy wygraną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca OChK w celu uzyskania wyższej punktacji zmanipulował ceny za usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines – oferując dla każdej z tych kategorii produktów rabat w wysokości 14,10 %, aby uzyskać wyższą punktację. Zaoferowanie ceny za usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines z rabatem 14,10 % stanowi czyn nieuczciwej konkurencji co najmniej z jednego z dwóch względów:

1) Czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., tj. sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców – z uwagi na to, że zaoferowanie cen poniżej kosztu zakupu za te usługi mogło uniemożliwić innym wykonawcom uzyskanie zamówienia, i/lub

2) Czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. z uwagi na przerzucenie kosztów usług Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines do innych pozycji cenowych, w oderwaniu od ich rzeczywistej wysokości, tylko po to, aby wykorzystując zależności matematyczne, uzyskać wyższą punktację oferty, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Innymi słowy zaoferowanie upustu w wysokości 14,10% za usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines stanowi przerzucenie kosztów i/lub zaoferowanie tych produktów po cenie poniżej kosztów ich zakupu od producenta (dumping).

Odwołujący wskazał, że cena w postępowaniu została określona w sposób szczególny, charakterystyczny dla zamówień na produkty Microsoft, tj. poprzez wskazanie rabatu na określone produkty w stosunku do cennika producenta. Zgodnie z Roz. 17.1 SWZ „Zamawiający cenę oferty ustala na podstawie zadeklarowanego przez Wykonawcę Opustu”. Przy czym Opust to, zgodnie z Roz. 18.4.1 SWZ – „Opust wyrażony w %, stanowiący różnicę pomiędzy kwotą doładowania konta Microsoft zleconą przez Zamawiającego a praktycznie poniesionym przez Zamawiającego kosztami doładowania.” Wykonawcy jako partnerzy producenta Microsoft, mogą udzielać rabaty na oferowane przez siebie produkty Microsoft względem ceny cennikowej (list price), w określonym zakresie, a różnica między rabatem wykonawcy udzielanym przez producenta Microsoft (z uwzględnieniem ewentualnych zwrotów – incentives), a rabatem udzielonym przez wykonawcę Zamawiającemu stanowi zysk wykonawcy. Z perspektywy Zamawiającego im wyższy rabat, tym niższa cena. Stąd wyjątkowo, przy ujęciu ceny jako rabatu, im ma ona wyższą wartość, tym mniejsze wynagrodzenie otrzymuje wykonawca. Zamawiający, po wprowadzeniu modyfikacji OPZ, wynikających z żądań opisanych w dwóch odwołaniach na treść SWZ złożonych przez Odwołującego i pytań innych wykonawców, które to odwołania i pytania stanowiły konsekwencję obowiązujących zasad licencjonowania i możliwych do uzyskania rabatów od producenta Microsoft, ostatecznie przewidział cztery kryteria oceny ofert z punktu widzenia ceny:

- 1) Opust dla usług Microsoft Azure przy wyborze programu licencjonowania Microsoft Customer Agreement w programie CSP – 50%,
- 2) Opust dla usług Azure RI – 9%,
- 3) Opust dla usług Azure Marketplace - 0,5%,
- 4) Opust dla usług Azure Spot Virtual Machines - 0,5%.

Odwołujący podkreślił, że wyróżnienie poszczególnych kategorii, w tym to, że ostatecznie zostały przewidziane cztery kategorie cen, było wynikiem zarówno dwóch odwołań Odwołującego na treść SWZ, jak i pytań wykonawców, w tym Odwołującego, jak i OChK. Początkowo Zamawiający przewidział jeden upust na wszystko. Na skutek pierwszego odwołania Odwołującego Zamawiający wyróżnił dwie kategorie tj.: Azure oraz łącznie Azure RI, Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines, a następnie na skutek kolejnego odwołania z 15 września 2023 r. wprowadzone zostały

cztery kategorie, o których mowa powyżej i na które to wykonawcy byli zobowiązani zaoferować upusty. Wykonawca, jeśli chodzi o rabaty na produkty Azure, może je uzyskać w następujący sposób:

- poprzez tzw. środki uzyskane przez partnera (PEC - partner-earned credit),
- poprzez tzw. Incentives – korzyści zarówno w formie zwrotu finansowego - Rebate (60% wartości), jak i innych korzyści – Co-op (40% wartości).

Powyższe dwie kategorie pozwalają na zaoferowanie przez Wykonawców Zamawiającemu produktów Microsoft po cenie niższej niż cena katalogowa (list price). Jeśli chodzi o wskazane wyżej usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines, to brak jest jakichkolwiek PEC dla tych usług – nie mają one zastosowania do Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines, co wynika z oficjalnych informacji ze strony producenta Microsoft <https://learn.microsoft.com/pl-pl/partner-center/partner-earned-credit-explanation>

Opisane zasady obowiązują dla każdego partnera Microsoft oferującego produkty Microsoft Azure w programie licencjonowania Microsoft Customer Agreement w programie CSP – czyli w programie wymaganym w niniejszym postępowaniu przetargowym. Jeśli chodzi o drugą grupę rabatów - zwrotów – Incentives, to również i te rabaty nie mają zastosowania dla produktów Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines. Rabaty te, opisane w oficjalnym przewodniku po rabatach producenta Microsoft, dotyczą w ramach niniejszego postępowania przetargowego, wyłącznie kategorii produktowych Azure CSP (pierwsza kategoria z formularza ofertowego) oraz Azure RI (druga kategoria z formularza ofertowego). Rabaty te nie dotyczą trzeciej i czwartej kategorii produktowej z formularza ofertowego tj. Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines – te kategorie nie są wymienione w ogóle w zasadach dotyczących rabatów w oficjalnych dokumentach producenta Microsoft.

Wniosek dowodowy nr 1:

*„Wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu opisującego zasady udzielania zwrotów - incentive partnerom Microsoft pn. „Microsoft Commercial Partner Incentives Guide” na fakt, że Incentives nie obejmują Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines.”*

Odwołujący wskazał dalej, że zgodnie z polityką producenta Microsoft takie same warunki cenowe obowiązują wszystkich partnerów. Wskazał na uzasadnienie ceny oferty złożone przez wykonawcę OChK, w którym wykonawca ten stwierdził, że możliwość zaoferowania szczególnie korzystnych cen wynika z tego faktu, że posiada on status LSP. Odwołujący również jest partnerem LSP – link poniżej:

<https://www.microsoft.com/pl-pl/dlapartnerow?activetab=pivot:lsptab>.

Oznacza to, że wykonawca OChK z punktu widzenia poziomu partnerstwa z Microsoft ma ten sam status co Odwołujący i podobnie jak Odwołujący nie ma możliwości uzyskania żadnych rabatów na usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines. Innymi słowy, sam poziom partnerstwa wskazuje na to, że warunki na jakich wykonawca OChK może sprzedawać usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines są takie same jak dla Odwołującego. Nie ma tu znaczenia również efekt skali, gdyż decydujące są warunki licencjonowania Microsoft. Takie warunki rabatowe dla usług Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines zostały również stwierdzone w wyroku KIO zapadłym na skutek wniesienia przez Odwołującego odwołania w postępowaniu na treść dokumentów zamówienia. W wyroku z dn. 28 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 2357/23 Izba stwierdziła, że: „Należy zauważyć, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie już w pierwszym zdaniu potwierdził argumentację Odwołującego wyrażoną w treści odwołania. Zamawiający przyznał, że dla usługi Azure Marketplace oraz Spot Instances (komentarz Odwołującego – Spot Instances to inna nazwa określająca Spot Virtual Machines) upust wynosi zero.” Co więcej okoliczność ta była również przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie wykonawcy OChK z dn. 8 sierpnia 2023 r.: „Z uwagi na fakt, iż dla części Usług Microsoft Azure, tj.: Produktów i licencji firm trzecich, Produktów w cenniku witryny Marketplace, a także Azure Spot Virtual Machines firma Microsoft nie przewiduje żadnych opustów i w związku z tym Oferent również nie może ich wskazać w ofercie, prosimy o doprecyzowanie, iż dla powyższych usług opust podany w Formularzu Ofertowym nie obowiązuje.” Dodatkowo, wskutek tego pytania Zamawiający wezwał OChK dn. 13 października 2023 r. do wyjaśnienia wysokości upustów oferowanych na produkty Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines w kontekście pytania OChK, z którego wynikało i które zarazem potwierdzało, że nie ma rabatów na te produkty. Oznacza to, że dla tych dwóch grup produktów wykonawca OChK mógł uzyskać od cen cennikowych rabat w wysokości 0% i był tego świadomy. Pomimo tego, zaoferował cenę – rabat w wysokości 14,10%. Oznacza to, że za każdy zakup produktów z tych dwóch grup przez Zamawiającego będzie ponosił stratę w wysokości 14,10% ceny cennikowej danego produktu. W konsekwencji należy w ocenie Odwołującego przyjąć, że wykonawca ten zaoferował produkty po cenach niższych niż koszt zakupu (dumping) i/lub zmanipulował ceny poprzez przerzucenie kosztów do innych pozycji cenowych, pomimo, iż w sposób wyraźny Zamawiający wymagał rozdzielenia cen za poszczególne rodzaje produktów Azure. Zaoferowanie

przez wykonawcę OChK rabatów w wysokości 14,10% na usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines stanowi zaoferowanie tych produktów:

- 1) po cenach poniżej kosztu zakupu tak, aby uzyskać wyższą punktację i/lub
  - 2) przerzucenie kosztów w celu zmanipulowania cen w ofercie tak, aby uzyskać wyższą punktację,
- co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, niezależnie od tego, która ewentualność jest prawdziwa.

Antycypując argumenty, że usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines stanowią niewielką część przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał na trzy kwestie.

Po pierwsze, przesłanka odrzucenia oferty z powodu jej złożenia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji nie jest uzależniona od wartości świadczenia, którego dotyczy czyn nieuczciwej konkurencji, ani od tego jak duży wpływ ma część oferty, której dotyczy czyn nieuczciwej konkurencji. Naruszenie, skutkujące odrzuceniem oferty ma bezwzględny charakter, jeśli do niego doszło – oferta podlega odrzuceniu.

Po drugie, pomimo, iż obydwie kategorie dają łącznie 1% punktów, to należy mieć na względzie, że ze względu na specyfikę zamówień na produkty Microsoft, bardzo często o wygraniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniu zamówienia decydują właśnie pojedyncze punkty, a nawet ich ułamki.

Wniosek dowodowy nr 2:

*„Wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z 4 informacji z wyników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na produkty Microsoft prowadzonych przez Ministerstwo Finansów oraz Centrum Informatyki Resortu Finansów (jednostki podległej Ministerstwu Finansów) na fakt, że różnice punktowe między oferentami są bardzo często niższe niż 1 ze 100 punktów i w związku z tym nawet 1 punkt może być decydujący o uzyskaniu wielomilionowych umów.”*

Po trzecie, składając ofertę, wykonawca OChK mógł się spodziewać, że cena oferty Odwołującego będzie skalkulowana w zakresie usług Azure i Azure RI według tych samych zasad, wynikających z zasad licencjonowania Microsoft, co jego oferta i wówczas ten jeden punkt, możliwy do uzyskania za opusty za usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines mógł zadecydować o uzyskaniu zamówienia.

W konsekwencji należy w ocenie Odwołującego stwierdzić, że oferta złożona przez wykonawcę OChK dla usług Microsoft zawierała ceny poniżej kosztu zakupu na usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines, a ceny te zostały zaniżone w celu uzyskania wyższej punktacji przez ofertę OChK. Jeśli wykonawca OChK zaoferował ceny poniżej kosztów zakupu (dumping), to popełnił czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 u. z. n. k. Jeśli natomiast wykonawca OChK przerzucił koszty usług Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines do innych pozycji cenowych w celu uzyskania wyższej punktacji, to popełnił czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Niezależnie od tego, który przypadek zachodzi oferta wykonawcy OChK została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Z uwagi na to, że oferta wykonawcy OChK została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

Zarzut 2 – Zaniechanie odrzucenia oferty OChK jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny

Odwołujący wskazał, że błędem w obliczeniu ceny będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. Powołał się na uchwałę KIO z 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12, LEX nr 1217607.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia pkt 1.1 przedmiotem zamówienia są doładowania platformy usług hostowanych Microsoft Azure wraz z usługą Wsparcia Technicznego Wykonawcy oraz Wsparcia Inżynierskiego Producenta. Producent Microsoft przewiduje różne rodzaje usług Azure, w tym Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines, dla których przewidziane są specjalne zasady licencjonowania nieuwzględniające rabatów, ani zwrotów. Wykonawca OChK w obliczaniu ceny oferty popełnił błąd nie uwzględniając przy kalkulacji ceny oferty zasad licencjonowania produktów Microsoft – usług Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines. W konsekwencji dla produktów Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines wykonawca OChK zaoferował upusty w wysokości 14,10% podczas gdy w świetle zasad licencjonowania producenta Microsoft nie mógł zaoferować żadnego upustu w stosunku do ceny cennikowej. Nie jest to omyłka rachunkowa, lecz jest to zaoferowanie ceny – opustu, której obliczenie obarczone jest błędem, wynikającym z nieprawidłowego uwzględnienia okoliczności faktycznych wynikających z zasad licencjonowania producenta Microsoft. Nie mamy tu do czynienia z błędem w działaniach arytmetycznych, lecz przyjęcie do kalkulacji ceny oferty nieprawidłowej cena zakupu – kosztu wykonawcy dla usług Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines. W konsekwencji cena w ofercie wynika z przyjęcia błędnych

założeń do jej obliczenia.

Podkreślił, że takie postępowanie wykonawcy – polegające na nieuwzględnieniu w wyliczeniu ceny kosztu wszystkich elementów kosztotwórczych stanowi właśnie błąd w obliczeniu ceny. Powołał się na wyrok KIO z dn. 25 marca 2023 r. w sprawie o sygnaturze KIO 635/22.

Zarzut 3 – Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OChK jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odwołujący podniósł, że cenę oferty wykonawcy OChK należy uznać za zawierającą rażąco niską cenę, gdyż wykonawca ten zaoferował ceny rażąco niskie, poniżej kosztu zakupu, za usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines – rabat w wysokości 14,10%, podczas gdy, zgodnie z warunkami licencjonowania Microsoft, rabat mógł wynosić 0%, które to usługi stanowią przedmiot odrębnych rozliczeń i stanowią odrębne kryteria oceny ofert. W konsekwencji, każda z tych cen powinna być odrębnie rozpatrywana jako niezależna podstawa do uznania, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołał się na wyrok KIO z dn. 27 grudnia 2022 r. (sygn. KIO 3120/22), wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2021 r. (KIO 3324/20), wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r. (KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16). W konsekwencji skoro wykonawca OChK zaoferował rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia cenę za usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines, które były odrębnie oceniane w kryteriach oceny ofert, a także były przedmiotem odrębnych rozliczeń, to należy każdą z tych cen rozpatrywać odrębnie, co do tego, czy jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wobec faktu, że ceny za usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, oferta wykonawcy OChK powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, jako zawierająca cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 28 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 28 listopada 2023 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

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

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

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Operator Chmury Krajowej sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie.

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

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „17 SPOSÓB OKREŚLENIA CENY

17.1 Zamawiający cenę oferty ustala na podstawie zadeklarowanego przez Wykonawcę Opustu.

17.2 Wyjaśnienie pojęcia opustu określone zostało w pkt 18.4.1 SWZ.

17.3 Opust odnosi się do wartości zamówienia określonej w § 3 ust. 1 PPU stanowiących Załącznik I do SWZ (stanow oddzielny plik).

17.4 Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację zamówienia, określone zostały w Załącznik I do SWZ - PPU.”

- „18.2 Oferty będą oceniane według poniższych kryteriów:

1. Cena Azure 50 % 50 pkt
2. Cena Azure RI 9 % 9 pkt
3. Cena Azure Marketplace 0,5 % 0,5 pkt
4. Cena Azure Spot Virtual Machines 0,5 % 0,5 pkt
5. Czas doładowania konta 20 % 20 pkt
6. Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia 20 % 20 pkt

18.3 Wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany na podstawie uzyskanej oceny w oparciu o kryteria wskazane w pkt 18.2 na podstawie punktów obliczonych według poniższego wzoru:

Ocena oferty = Ocena Ceny Azure + Ocena Ceny Azure RI + Ocena Ceny Azure Marketplace + Ocena Ceny Azure Spot Virtual Machines + Ocena Czasu doładowania konta + Ocena Doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia

18.4. Ocena oferty w kryterium „Cena Azure” zostanie obliczona za pomocą następującego wzoru:

$$\text{Ocena Ceny Azure} = 50 * \frac{\text{Cena Azure}(bo)}{\text{Cena Azure}} \text{ [pkt]}$$

gdzie:

Cena Azure (bo) – opust badanej oferty na każdorazowe doładowanie usługi

Cena Azure – najwyższy zaoferowany opust na każdorazowe doładowanie usługi spośród ofert podlegających ocenie.

18.4.1 Opust wyrażony w %, stanowiący różnicę pomiędzy kwotą doładowania konta Microsoft zleconą przez Zamawiającego, a praktycznie poniesionymi przez Zamawiającego kosztami doładowania. Przykład obliczenia opustu zawiera Załącznik I do SWZ (PPU) § 4 ust. 3.

18.4.2 W przypadku, gdy Wykonawca nie poda w formularzu ofertowym Ceny w formie stawki opustu lub wskaże opust na poziomie 0% Zamawiający przyzna w tym kryterium 0 pkt.

18.4.3 Ocena w tym kryterium jest dokonywana na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik A do SWZ.

18.5 Ocena oferty w kryterium „Cena Azure RI” zostanie obliczona za pomocą następującego wzoru:

$$\text{Ocena Ceny Azure RI} = 9 * \frac{\text{Cena Azure RI}(bo)}{\text{Cena Azure RI}} \text{ [pkt]}$$

gdzie:

Cena Azure RI(bo) – opust badanej oferty na każdorazowe doładowanie usługi Azure Reservations;

Cena Azure RI – najwyższy zaoferowany opust na każdorazowe doładowanie usługi Azure Reservations spośród ofert podlegających ocenie.

18.5.1 Opust wyrażony w %, stanowiący różnicę pomiędzy kwotą doładowania konta Microsoft zleconą przez Zamawiającego, a praktycznie poniesionymi przez Zamawiającego kosztami doładowania. Przykład obliczenia opustu zawiera Załącznik I do SWZ (PPU) § 4 ust. 3.

18.5.2 W przypadku, gdy Wykonawca nie poda w formularzu ofertowym Ceny w formie stawki opustu lub wskaże opust na poziomie 0% Zamawiający przyzna w tym kryterium 0 pkt.

18.5.3 Ocena w tym kryterium jest dokonywana na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik A do SWZ.

18.6. Ocena oferty w kryterium „Cena Azure Marketplace (M)” zostanie obliczona za pomocą następującego wzoru:

$$Ocena\ Ceny\ Azure = 0,5 * \frac{Cena\ Azure\ M\ (bo)}{Cena\ Azure\ M} \text{ [pkt]}$$

gdzie:

*Cena Azure M(bo)* – opust badanej oferty na każdorazowe doładowanie usługi Azure Marketplace;

*Cena Azure M*– najwyższy zaoferowany opust na każdorazowe doładowanie usługi Azure Marketplace spośród ofert podlegających ocenie.

18.6.1 Opust wyrażony w %, stanowiący różnicę pomiędzy kwotą doładowania konta Microsoft zleconą przez Zamawiającego, a praktycznie poniesionymi przez Zamawiającego kosztami doładowania. Przykład obliczenia opustu zawiera Załącznik I do SWZ (PPU) § 4 ust. 3.

18.6.2 W przypadku, gdy Wykonawca nie poda w formularzu ofertowym Ceny w formie stawki opustu lub wskaże opust na poziomie 0% Zamawiający przyzna w tym kryterium 0 pkt.

18.6.3 Ocena w tym kryterium jest dokonywana na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik A do SWZ.

18.7. Ocena oferty w kryterium „Cena Azure Spot Virtual Machines (SVM)” zostanie obliczona za pomocą następującego wzoru:

$$Ocena\ Ceny\ Azure = 0,5 * \frac{Cena\ Azure\ SVM\ (bo)}{Cena\ Azure\ SVM} \text{ [pkt]}$$

gdzie:

*Cena Azure SVM (bo)* – opust badanej oferty na każdorazowe doładowanie usługi Azure Spot Virtual Machines (SVM);

*Cena Azure SVM* – najwyższy zaoferowany opust na każdorazowe doładowanie usługi Azure Spot Virtual Machines (SVM) spośród ofert podlegających ocenie.

18.7.1 Opust wyrażony w %, stanowiący różnicę pomiędzy kwotą doładowania konta Microsoft zleconą przez Zamawiającego, a praktycznie poniesionymi przez Zamawiającego kosztami doładowania. Przykład obliczenia opustu zawiera Załącznik I do SWZ (PPU) § 4 ust. 3.

18.7.2 W przypadku, gdy Wykonawca nie poda w formularzu ofertowym Ceny w formie stawki opustu lub wskaże opust na poziomie 0% Zamawiający przyzna w tym kryterium 0 pkt.

18.7.3 Ocena w tym kryterium jest dokonywana na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik A do SWZ.”

Zgodnie z PPU (załącznik nr I do SWZ):

„§ 4 Termin i warunki realizacji Zlecenia (...) 3. Zlecenia będą realizowane przez Wykonawcę z zastosowaniem opustów wskazanych przez Wykonawcę w Ofercie Wykonawcy dla poszczególnych rodzajów usług, tj.: dla doładowania Azure [...] %, dla doładowania Azure RI [...] %, dla doładowania Azure Marketplace [...] %, dla doładowania Azure Spot Virtual Machines [...] %. (Przykład: Zamawiający składa Zlecenie na doładowanie środowiska Microsoft Azure na kwotę w EUR o równowartości 1 000 000 zł (zgodnie z kursem wskazanym w ust. 4 poniżej). Wykonawca zadeklarował w Ofercie opust w wysokości 10%. Wykonawca doładowuje Zamawiającemu środowisko Microsoft Azure na kwotę w EUR o równowartości 1 000 000 zł (w przeliczeniu na Euro, zgodnie z kursem wskazanym w ust. 4 poniżej). Faktura za Zlecenie będzie zawierała opust, czyli Zamawiający zapłaci Wykonawcy 900 000 zł za doładowanie o równowartości 1 000 000 zł.)”

Zgodnie z formularzem ofertowym wykonawcy byli zobowiązani wskazać:

„Opust dla usług Microsoft Azure przy wyborze programu licencjonowania Microsoft Customer Agreement w programie CSP w wysokości: ..... %

Opust dla usług Azure RI, w wysokości: ..... %

Opust dla usług Azure Marketplace, w wysokości: ..... %

Opust dla usług Azure Spot Virtual Machines, w wysokości: ..... %”

Zgodnie z OPZ:

- „ZAŁĄCZNIK NR 1 DO UMOWY - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.  
1. Przedmiot zamówienia: 1.1 Przedmiotem zamówienia są doładowania platformy usług hostowanych Microsoft Azure wraz z usługą Wsparcia Technicznego Wykonawcy oraz Wsparcia Inżynierskiego Producenta.”

- „3. Informacje w zakresie obecnej sytuacji Zamawiającego: 3.1 Zamawiający posiada bezpośredni dostęp do platformy usług hostowanych Microsoft Azure Portal w modelu licencjonowania CSP, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Zamawiającemu przez cały okres trwania umowy bezpośredniego dostępu platformy usług hostowanych Microsoft Azure Portal. (...)”

Zgodnie z formularzem ofertowym Przystępujący zaoferował następujące opusty:

„Opust dla usług Microsoft Azure przy wyborze programu licencjonowania Microsoft Customer Agreement w programie CSP w wysokości: 22,05 %

Opust dla usług Azure RI, w wysokości: 15,25 %

Opust dla usług Azure Marketplace, w wysokości: 14,10 %

Opust dla usług Azure Spot Virtual Machines, w wysokości: 14,10 %

W dniu 13 października 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty oraz w zakresie treści oferty wskazując: „Zamawiający informuje, iż w trakcie badania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wątpliwości wzbudziła zaoferowana przez Państwa cena za realizację przedmiotu zamówienia co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) zwaną dalej „ustawą Pzp”, Zamawiający wzywa do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w zakresie usługi Azure RI, Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines. Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach

dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wyjaśnienia mają na celu ustalenie czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Dodatkowo Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust 1 ustawy Pzp wzywa do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zadeklarowanych opustów na usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines Wykonawca w dniu 8 sierpnia 2023 r. zwrócił się z pytaniami do Zamawiającego m.in. o: „1. Z uwagi na fakt, iż dla części Usług Microsoft Azure, tj.: Produktów i licencji firm trzecich, Produktów w cenniku witryny Marketplace, a także Azure Spot Virtual Machines firma Microsoft nie przewiduje żadnych opustów i w związku z tym Oferent również nie może ich wskazać w ofercie, prosimy o doprecyzowanie, iż dla powyższych usług opust podany w Formularzu Ofertowym nie obowiązuje.” W związku z przedmiotowym pytaniem, w rozumieniu Zamawiającego, iż na etapie składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, Wykonawca twierdził, że nie ma możliwości zadeklarowania opustu na przedmiotowe usługi, Zamawiający wnosi o wyjaśnienie w jaki sposób Wykonawca jest w stanie zadeklarować opusty na wskazane usługi.”

W dniu 20 października 2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz treści oferty w wersji jawnej i tajnej. Wyjaśnienia w zakresie opustów na usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines wraz z załącznikami (dowodami) zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Artykuł 226 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (...) 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy oferta Przystępującego powinna podlegać

odrzuconiu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawierająca błąd w obliczeniu ceny i rażąco niską cenę z uwagi na zaoferowanie opustów na usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie oraz dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że Przystępujący był uprawniony do naliczenia opustów za ww. usługi, a zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na manipulację cenami i/lub zaoferowanie cen poniżej kosztów zakupu (dumping) dla usług Azure Marketplace i usług Azure Spot Virtual Machines. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie mógł zaoferować zarówno rabatu uzyskanego poprzez tzw. środki uzyskane przez partnera (PEC - partner-earned credit), jak i poprzez tzw. Incentives – korzyści zarówno w formie zwrotu finansowego - Rebate (60% wartości), jak i innych korzyści – Co-op (40% wartości). Odwołujący wskazywał, że z oficjalnych informacji ze strony producenta Microsoft wynika, że brak jest jakichkolwiek PEC dla tych usług. Podobnie nie przysługują zwroty – Incentives – te dotyczą tylko kategorii produktowych Azure CSP oraz Azure RI, a Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines nie są wymienione w ogóle w zasadach dotyczących rabatów w oficjalnych dokumentach producenta Microsoft (dokument pn. „Microsoft Commercial Partner Incentives Guide”). Odwołujący podkreślał, że w programie licencjonowania Microsoft Customer Agreement w programie CSP – czyli w programie wymaganym w niniejszym postępowaniu przetargowym nie ma znaczenia status LSP i na tej podstawie nie można uzyskać rabatów, podobnie jak irrelevantny jest efekt skali. Na rozprawie Odwołujący wskazywał powołując się na dowód nr 2: korespondencję z Microsoft, że w programie CSP Microsoft nie udziela żadnych warunków specjalnych dla transakcji i partnera. Argumentował, że Przystępujący zadając pytanie w dniu 8 sierpnia 2023 r. miał świadomość, że nie ma możliwości zaoferowania opustów na ww. produkty. W ocenie Odwołującego opusty w zakresie ww. produktów powinny wynosić 0%, a zaoferowanie opustów na poziomie 14,10 % świadczy o zaniżeniu przez Przystępującego kosztów tych pozycji bądź przerzuceniu kosztów pomiędzy usługami.

Na wstępie, zaznaczyć należy, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami, ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, przywołując art. 15 UZNK, który stanowi w ust. 1, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba zwraca uwagę, że dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel – eliminację innych przedsiębiorców. Przy czym przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Zauważenia również wymaga, że art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK determinuje, aby zaniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na eliminację innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał wystąpienia ww. przesłanek. Izba zauważa, że zarzut został postawiony przy

uwzględnieniu przez Odwołującego błędnych ustaleń faktycznych co było konsekwencją braku dostępu Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i treści oferty Przystępującego. Dokumenty w tym zakresie zostały skutecznie utajnione, dlatego też argumentacja Odwołującego sprowadzała się do wskazywania okoliczności, na podstawie których Przystępujący nie mógł zdaniem Odwołującego zaoferować opustów na usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines. Okoliczności te pozostają jednak w oderwaniu od złożonych przez Przystępującego wyjaśnień.

Izba zauważa, że opusty zaoferowane przez Przystępującego, zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami nie opierały się na programie LSP jak podnosił Odwołujący składając dowody dotyczące różnic między programami CSP oraz LSP (dowód nr 3a i 3b). Ponadto, bezsporne było pomiędzy Stronami i Przystępującym, że Microsoft nie udziela dedykowanych warunków cenowych dla transakcji i partnera dla konkretnego postępowania w ramach CSP, dlatego też Izba uznała za nieprzydatny dowód nr 2 złożony przez Odwołującego. Podobnie, jeśli chodzi o dowód nr 1, z którego wynika jedynie status partnera Microsoft – Crayon, co nie było okolicznością podważaną przez Zamawiającego i Przystępującego. W pkt 44 pisma procesowego Przystępujący odwołał się jedynie do fragmentu uzasadnienia orzeczenia KIO i został on przywołany na potwierdzenie, że partnerzy mogą pozostawać z różnych powodów w odmiennych relacjach biznesowych z Microsoft, co przekłada się na możliwość oferowania rabatów i co Izba nie uznała za sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami. Przystępujący nie dokonywał przy tym analizy sformułowania „partner globalny”, a więc argumentacja Odwołującego dotycząca możliwości użycia takiego określenia pozostaje irrelevantna dla rozstrzygnięcia sporu.

Na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Izba uznała, że Przystępujący rzetelnie przygotował ofertę w zakresie oferowanych rabatów. W szczególności Przystępujący ustalił jakie rabaty mu przysługują, upewnił się co do możliwości ich zaoferowania i złożył dowody potwierdzające te okoliczności. Co do rabatu głównego to został opisany w pkt 5.5, 8.1., 7.13, 7.14 wyjaśnień i poparty dowodem Z1 do wyjaśnień oraz dodatkowo dowodem Z6 do pisma procesowego. Natomiast mniejszy rabat związany z CSP wynikał z ustaleń, których zaniechał dokonania Odwołujący. Odwołujący bazował wyłącznie na ogólnych zasadach rabatowania udostępnionych przez Microsoft. Przystępujący natomiast przed złożeniem oferty w postępowaniu dokonał w tym zakresie rozeznania co zostało opisane w wyjaśnieniach w pkt 5.5, 7.4, 7.13., 7.14., 8.1., wynika z dowodu nr Z8 do wyjaśnień oraz dodatkowo z dowodów Z3a, Z3b, Z4, Z6, Z7 do pisma procesowego i z dowodu złożonego na rozprawie. Okoliczności wyjaśnione przez Przystępującego i potwierdzone dowodami przesądzają jednoznacznie, że opusty zaoferowane przez Przystępującego mu przysługują, a Wykonawca założył również godziwy zysk. Nie ulega wątpliwości, że zarzut zaoferowania ceny poniżej kosztów zakupu nie potwierdził się. Podobnie jak zarzut przerzucenia tych kosztów, bowiem wyjaśnienia przedstawiają szczegółowe wyliczenia, w tym dla zastosowanych opustów, które są adekwatne dla poszczególnych produktów Azure. Skoro poziom opustów na usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines zaoferowanych przez Przystępującego uwzględnia koszt zakupu i pozwala na wygenerowanie zysku to zarzut manipulacji kosztami należało uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do cytowanego wyroku KIO zapadłego na etapie ogłoszonego postępowania, co do uznania, że brak jest możliwości zastosowania opustów na usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines podkreślenia wymaga, że Izba rozstrzyga w granicach postawionych zarzutów opierając się na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym a orzeczenie w sprawie opiera się na ustaleniach faktycznych poczynionych w oparciu o stanowiska Stron, Uczestników i przedstawione dowody. Izba rozstrzygając w przedmiotowej sprawie nie jest związana poprzednim rozstrzygnięciem Izby, w określonym stanie faktycznym. Na podstawie przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień wraz z dowodami Izba uznała, że Przystępujący był uprawniony zastosować opusty wskazane w formularzu ofertowym dla kwestionowanych przez Odwołującego usług. Izba zauważa, że Zamawiający ustalił kryteria oceny ofert w taki sposób, że umożliwił wszystkim wykonawcom zaoferowanie opustów na poszczególne produkty Azure. Rozdzielenie w formularzu ofertowym opustów odrębnie dla każdej kategorii produktów Azure było zresztą wynikiem dwóch wniesionych przez Odwołującego odwołań na etapie ogłoszonego postępowania. W konsekwencji opusty dla każdej z tych kategorii usług przedstawił Przystępujący w swojej ofercie, do czego w świetle postanowień SWZ oraz złożonych wyjaśnień wraz z dowodami był uprawniony.

Wskazania jedynie dodatkowo wymaga, że działanie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji należy badać na moment złożenia oferty jak podnosił Odwołujący. Zauważyć należy, że składając ofertę wykonawca nie posiada wiedzy, na której pozycji w rankingu będzie jego oferta, a więc w przypadku, gdy zaoferowano opusty poniżej kosztów zakupu lub dokonano manipulacji kosztami, czego Izba w przedmiotowej sprawie nie stwierdziła, to irrelevantna jest okoliczność, że uzyskane w ten sposób punkty nie przekładały się na pozycję w rankingu ofert. Ponadto, jak wskazywał Odwołujący dla uzyskania zamówienia znaczenie mają nawet ułamki punktów w kryteriach oceny ofert, co ma potwierdzenie w dowodach złożonych wraz z odwołaniem (informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty – dowody 2a – 2d do odwołania).

Niemniej jednak, sytuacja taka nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie, ponieważ nie zostały wypełnione przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący wskazywał, że Wykonawca OChK w obliczaniu ceny oferty popełnił błąd nie uwzględniając przy kalkulacji ceny oferty zasad licencjonowania produktów Microsoft – usług Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines. W ocenie Odwołującego zgodnie z tymi zasadami Przystępujący nie mógł zaoferować żadnego upustu w stosunku do ceny cennikowej dla ww. usług, co stanowi zaoferowanie ceny – opustu, którego obliczenie obarczone jest błędem, wynikającym z nieprawidłowego uwzględnienia okoliczności faktycznych wynikających z zasad licencjonowania producenta Microsoft.

Zaznaczyć na wstępie należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia bądź nieprawidłowego uwzględnienia w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów kosztotwórczych. Błąd w obliczeniu ceny jest wynikiem błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę i polega na przyjęciu niewłaściwych podstaw dokonywanej kalkulacji w świetle postanowień dokumentów zamówienia czy też przepisów prawa.

Mając na względzie ustalenia Izby wynikające z materiału dowodowego i rozważań w zakresie zarzutu 1 odwołania należało uznać, że Przystępujący nie popełnił błędu w obliczeniu ceny – opustu dla usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines. Przystępujący zaoferował ceny z uwzględnieniem kosztów zakupu oraz w sposób zapewniający zysk, a jak wynika ze złożonych wyjaśnień, uczynił to świadomie. Odwołujący powołał się na ogólne zasady rabatowania, a Przystępujący uwzględnił przysługujący mu rabat główny i upewnił się co do rabatu mniejszego. W tym kontekście należało uznać, że cena została przez Przystępującego wyliczona prawidłowo z uwzględnieniem wszystkich kosztów.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zarzut nie potwierdził się.

Odnosnie podniesionego zarzutu Odwołujący wskazał wyłącznie na okoliczność, że cenę oferty wykonawcy OChK należy uznać za zawierającą rażąco niską cenę, gdyż wykonawca ten zaoferował ceny rażąco niskie, poniżej kosztu zakupu, za usługi Azure Marketplace i Azure Spot Virtual Machines – rabat w wysokości 14,10%, podczas gdy, zgodnie z warunkami licencjonowania Microsoft, rabat mógł wynosić 0%, które to usługi stanowią przedmiot odrębnych rozliczeń i stanowią odrębne kryteria oceny ofert.

Odnosząc się do powyższego Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w przypadku, kiedy kwestionowane usługi stanowią przedmiot odrębnych rozliczeń, z uwzględnieniem opustów zaoferowanych na określoną usługę to przedmiotem badania w ramach rażąco niskiej ceny powinny być te usługi jako stanowiące istotną część składową ceny. Izba zauważa, że Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w zakresie usługi Azure RI, Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines. Ponadto, Zamawiający w zakresie usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines wezwał Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty. Przystępujący złożył rzeczowe i konkretne wyjaśnienia co do zaoferowanych opustów oraz załączył dowody uwiarygadniające ceny. Istotne kwestie dotyczące wyliczenia ceny, w tym dwóch spornych opustów zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba przywołuje w tym miejscu wcześniejsze rozważania co do konkretnych punktów wyjaśnień i dowodów złożonych na te okoliczności. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Mając na względzie treść wyjaśnień oraz dowodów, z których wynika, że cena zawiera wszystkie niezbędne koszty, w tym uwzględnia koszt zakupu produktów oraz przedstawia założony zysk Izba nie stwierdziła zaoferowania cen poniżej kosztów zakupu dla usługi Azure Marketplace oraz Azure Spot Virtual Machines, tym samym zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę nie potwierdził się.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie rachunku złożonego przez Zamawiającego na rozprawie.

**Przewodniczący:** .....