

Sygn. akt KIO 860/15

Sygn. akt: KIO 860/15

WYROK
z dnia 12 maja 2015r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2015r. **przez odwołującego:** Sygnity S.A. ul. Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21; 00-919 Warszawa

przy udziale wykonawcy: Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Równoległa 2; 02-235 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Sygnity S.A. ul. Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sygnity S.A. ul. Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

1

Sygn. akt KIO 860/15

Uzasadnienie

Zarzuty, żądania i argumentacja odwołania

Spółka Sygnity S.A. Al. Jerozolimskie 180; 02- 486 Warszawa zwana dalej "odwołującym" pismem z dnia 27 kwietnia 2015 roku w tymże dniu wniosła odwołanie.

Odwołanie wniesiono w związku z prowadzonym postępowaniem przez Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21; 00-919 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”.

Podstawę wniesienia odwołania stanowią: art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm. - dalej jako „Pzp” lub „Ustawa”), w związku z podjętymi czynnościami jak i brakiem czynności zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:
- art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niezależnie w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1) oraz 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa (dalej jako „Comparex”), której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona;

- art. 87 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Comparex do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, w sytuacji gdy oferta zawiera znacząco odbiegający stały upust (opust) procentowy w ramach realizacji zamówień z tytułu Opcji Zamówienia, mając na uwadze, że jest to jedno z kryterium oceny ofert;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17 kwietnia 2015 roku,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu dotyczących oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

2

Sygn. akt KIO 860/15

- wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie swoich zarzutów oraz żądań.

Odwołujący stwierdza, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Comparex, co narusza bezpośrednio interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego.

Odwołujący zasadniczo oparł swój zarzut na art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który bezwzględnie nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Bowiem w jego ocenie Comparex chcąc uzyskać zamówienie zaoferował upust cenowy na niedopuszczalnie wysokim poziomie, biorąc pod uwagę status handlowy jaki posiada u producenta oprogramowania to jest u Microsoft a którego dostarczenie licencji na oprogramowanie jest przedmiotem postępowania.

Zamawiający w SIWZ ustalił, że wykonawca składający ofertę w formularzu oferty określi stały upust procentowy w stosunku do aktualnych cenników katalogowych Microsoft Enterprise i Microsoft Select. Jednocześnie zamawiający nie określił maksymalnego dopuszczalnego poziomu upustu, jaki może zaoferować wykonawca składający ofertę. Według odwołującego racjonalnym jest, że upust ten nie może być zaniżony, poniżej poziomu upustów przyznawanych przez producenta oprogramowania.

Odwołujący znając aktualne ceny w zakresie sprzedaży umów licencyjnych Enterprise Agreement dla partnerów LSP producenta Microsoft oraz precyzyjne zasady dodatkowych rabatów dla tychże partnerów, a także uwzględniając wysokość specjalnego upustu producenta dla transakcji dotyczącej przetargu na „Dostawę aktualizacji licencji oprogramowania Microsoft w ramach trzyletniego programu licencyjnego Microsoft Enterprise Agreement i Microsoft Select” dla Narodowego Banku Polskiego zgłasza uzasadnioną wątpliwość co do prawidłowości i realności zaproponowanego upustu. W ocenie odwołującego wobec okoliczności, że wszyscy pozostali wykonawcy zaproponowali w tym punkcie upust w granicach 17% do 26% a tylko Comparex zaoferował 39% a to przekracza prawie dwukrotnie inne oferty. Z tego względu, istnieją obiektywne powody do wyjaśnienia wysokości zaoferowanego upustu. W szczególności zamawiający powinien wyjaśnić czy w takiej wysokości upust został zaoferowany omyłkowo czy celowo. Zamawiający tę okoliczność powinien wyjaśnić mając na względzie ustalone kryteria oceny ofert, w tym możliwość otrzymania dodatkowych 10 punktów. Natomiast zamawiający takich czynności zaniechał. W skrajnych przypadkach zdarzało się również, że kupujący był w sytuacji nielegalnego posiadania oprogramowania, ponieważ jego dostawca nie wykonywał płatności względem producenta. W ocenie Odwołującego ww. aspekt bezpieczeństwa i konieczność wyboru wiarygodnego i rzetelnego dostawcy powinny determinować co najmniej

3

Sygn. akt KIO 860/15

uruchomienie procedury wyjaśnień w tym zakresie i odrzucenie Comparex w związku z

stosowanie nieuczciwych praktyk, w szczególności polegających na nieuczciwym wykorzystaniu opisanych kryteriów oceny ofert do zwiększenia przewagi na konkurencyjnymi wykonawcami.

W ocenie odwołującego takie działanie wykonawcy prowadzi do stwierdzenia, że oferta złożona przez Comparex w postępowaniu sama w sobie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wyżej powołanych przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem podlega odrzuceniu, czego zamawiający zaniechał.

Odwołujący przywołał art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Złożenie oferty przez Comparex, w której oferowany jest dwukrotnie przewyższający pozostałe oferty opust cenowy jest, w ocenie odwołującego, działaniem co najmniej sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) biorących udział w postępowaniu, w szczególności zaś interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego, w sytuacji gdy złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i nie narusza przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ukształtowanie przez wykonawców wysokości upustu dla celów porównania i oceny ofert w postępowaniu powinny być realne. Natomiast wycena dokonana przez Comparex na poziomie zdecydowanie wyższym niż jakkolwiek udzielany przez producenta opust, jest wyceną nierealistyczną, dającą Comparex większe szanse na uzyskanie zamówienia publicznego, które zostały uzyskane w sposób nieuczciwy, niekonkurencyjny. Takie działanie narusza dobre obyczaje i nie zasługuje na ochronę prawną. Naruszenie dobrych obyczajów, na które wskazuje się w cytowanym przepisie, wskazuje na działanie, które stanowi pewnego rodzaju niestaranność przedsiębiorcy w jego zawodowej działalności, które może prowadzić do zniekształcenia prowadzonych, określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

Dodatkowo odwołujący wskazuje, że złożenie oferty w której oferowany jest nierealny upust, winno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) lub względnie jako działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy, wykorzystując w niedozwolony sposób dla swoich celów,

4

Sygn. akt KIO 860/15

ustalone przez zamawiającego kryteria oceny ofert (art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Działaniom Comparex związanym z wyceną oferowanego opustu na poziomie 39%, w ocenie odwołującego, nie można przypisać cech normalnej, dopuszczalnej prawem walki konkurencyjnej, ale podejmowanie działań, które mają na celu eliminację konkurencji. W ocenie odwołującego, działanie Comparex, nie było ukierunkowane na wejście na rynek z nowym produktem czy zaistnienie na tym rynku, ale było to działanie mające na celu wyeliminowanie innych wykonawców z udziału w postępowaniu i takie kalkulowanie tego elementu - upustu, by przy założeniach kryteriów oceny ofert uzyskać korzystniejszą punktację oceny ofert niż inni wykonawcy, którzy wycenili oferowane upusty na poziomie rzeczywistym i rynkowym.

W konsekwencji, działaniom Comparex nie można zatem przypisać cech normalnej, dopuszczalnej prawem walki konkurencyjnej, ale podejmowanie działań, które mają na celu eliminację konkurencji, przy nieuczciwym wykorzystaniu kryteriów oceny ofert zawartych w SIWZ.

Zgodnie z interpretacją art. 15 u.z.n.k. dokonaną przez Prezesa UOKiK, w której stwierdzono, że "nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które

może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 u.z.n.k. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy” (pismo Prezesa UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240). Czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie musi zawsze zmaterializować się w postaci konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociażby teoretycznie mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów.

Na marginesie jedynie odwołujący powołuje się na najnowsze orzeczenia sądów powszechnych wskazujące, iż w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 u.z.n.k. to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1 -5 tego przepisu doszło do

5

Sygn. akt KIO 860/15

utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (wyrok sądu apelacyjnego w Warszawie sygn. I ACa 1040/12, oraz wyrok SN sygn. I CSK 147/12).

Reasumując, oferta Comparex powinna podlegać odrzuceniu z Postępowania, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z wyżej wskazanych przyczyn. Odwołujący zwraca uwagę, że zamawiający powinien mieć świadomość na etapie oceny ofert potencjalnego czynu nieuczciwej konkurencji ze strony Comparex. Zamawiający stosując przepisy o równym traktowaniu wykonawców, winien co najmniej wyjaśnić ww. wątpliwości w zakresie wysokości zaoferowanego przez Comparex upustu. Zamawiający zaniechał ww. czynności, jak również zaniechał odrzucenia oferty, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) i 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w Postępowaniu i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy Pzp, należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Odwołujący wnosi jak w petitum niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosząc odwołanie przywołuje jego interes w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy który złożył ważną ofertę w postępowaniu, i może doznać uszczerbku. Gdyby bowiem zamawiający odrzucił wskazaną w odwołaniu ofertę, to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, w świetle ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie

Pismem z dnia 7 maja 2015 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania oraz o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego.

Zamawiający odnosząc się do postawionych zarzutów uznaje je za bezpodstawne w szczególności w związku z brzmieniem art.3 ust.1 i art15 ust. pkt 1 i pkt 5 ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 roku nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) zwanej dalej „uznk”.

Zamawiający przywołał treść art.3 ust.1 uznk zgodnie z którym „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie zamawiającego w kontekście art.6 k.c. odwołujący nie wykazał jaki przepis czy też dobry obyczaj kupiecki został naruszony przez zaoferowanie 39 % upustu cenowego. Zamawiający zwrócił uwagę, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej powoduje

6

zainteresowanie zamówieniem szerokiego kręgu wykonawców, którzy mogą uzyskiwać od producenta oprogramowania różnej wysokości upustów cenowych z tytułu działania na rynku nie tylko krajów Unii Europejskiej. Ponadto, rabat udzielony dotyczy zamówienia opcjonalnego, które do całości zamówienia wynosi od 1 do 5 % wartości zamówienia. Poza tym zamawiający podkreśla, że w żadnym postanowieniu SIWZ nie zastrzegł, że wysokość upustu nie może przekroczyć konkretnie ustalonej wysokości. Zamawiający co do zasady organizując przetarg ma prawo do wyboru oferty, która gwarantuje jemu wydatkowanie środków finansowych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Ponadto jeszcze raz zamawiający podkreśla, że przedmiotowa „Opcja zamówienia” przewidywana jest do realizacji w trakcie trzyletniego kontraktu, która umożliwia NBP zamówienie w ramach tzw. zamówienia skorygowanego TrueUp i zamówienia cennikowego nie mniej niż 1 % i nie więcej niż 5 % wartości zamówienia początkowego. Zamawiający podnosi kwestię konkurencji jako zasady organizowania przetargu oraz prawa zamawiającego do uzyskania jak najkorzystniejszej cenowo oferty. Obowiązkiem wykonawców jest konkurować i przywołać na tę okoliczność pochodzenie tego słowa z języka łacińskiego „concurro” co znaczy zbiegać się, zderzyć się, zetknąć się. Według zamawiającego naruszeniem przepisów prawa, zasad uczciwej konkurencji oraz interesów klienta (zamawiającego) byłoby uwzględnienie odwołania.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w art.15 ust.1 pkt 1 i 5 uznk zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarowa lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 5) działanie mające na celu wymuszanie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Zamawiający podnosi, że Comparex Poland nie utrudnia innym wykonawcom dostępu do rynku. Sam stara się uczestnicząc w przedmiotowym przetargu uzyskać dostęp do przedmiotowego rynku tak jak inni wykonawcy. Przez ostatnie sześć lat usługi dostarczania oprogramowania świadczył inny wykonawca, uczestniczący zresztą w niniejszym postępowaniu. Tak więc zarzut utrudniania dostępu do rynku przez wykonawcę wybranego zdaniem zamawiającego jest chybiony. Ponadto zgodnie z art.15 ust.1 pkt 1 uznk dotyczy on sprzedaży towarów i usług a przedmiotem niniejszego postępowania jest aktualizacja licencji i nabywanie licencji uzupełniających, które normatywnie zostały uregulowane w ustawie z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 2006r., Nr 90, poz. 631 z późn. zm.). Brak jest także podstaw do stwierdzenia, że dostawa aktualizacji licencji oprogramowania Microsoft odbywać się będzie poniżej kosztów

ich wytworzenia, świadczenia albo ich odsprzedaży. W gruncie rzeczy wyższy upust cenowy o 13 % w stosunku do oferty odwołującego nie można nazwać dumpingowymi warunkami wykonania zamówienia. Również nie można zarzucić wykonawcy wybranemu aby przez sam fakt złożenia oferty działał z zamiarem nieuczciwej konkurencji. Tak samo nie przedstawiono dowodów, że wykonawca wybrany składając ofertę czynił to poniżej kosztów wytworzenia. Według zamawiającego chybiony jest zarzut naruszenia art.87 ust.1 ustawy w związku z nie pobraniem wyjaśnień od wykonawcy wybranego na okoliczność zaoferowanego upustu na poziomie 39 procent. Zamawiający w związku ze złożoną ofertą zawierającą sporny upust nie miał żadnych wątpliwości czy niejasności powodujących konieczność skorzystania z procedury wyjaśnienia treści oferty w art.87 ust.1 ustawy. W przedmiotowej sprawie żądanie wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 ustawy byłoby nadużyciem.

Przystąpienie po stronie zamawiającego

Pismem z dnia 29 kwietnia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany to jest Comparex Poland Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania i powołując się na interes rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2015/S 059-103253 w dniu 25 marca 2015 roku.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego dotyczy: Dostawy aktualizacji licencji oprogramowania Microsoft w ramach trzyletniego programu licencyjnego Microsoft Enterprise Agreement i Microsoft Select.

Zamawiający sprawę oznaczył numerem: DKRZ-WPI-EJ-241-021/D1T/15.

Odwołanie wniesiono w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty Comparex Poland Sp. z o.o. przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego.

O powyższej czynności zamawiający powiadomił odwołującego pismem z dnia 17 kwietnia 2015 roku.

Według odwołującego zamawiający powinien odrzucić ofertę Comparex Poland Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz niezależnie w związku z art.

8

Sygn. akt KIO 860/15

15 ust. 1 pkt 1) i 5) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo odwołujący zarzucił zamawiającemu brak wezwania Comparex Poland Sp. z o.o. do wyjaśnień w związku z wysokością upustu (opustu) cenowego w trybie art. 87 ust.1 Pzp oraz brak odrzucenia oferty tego wykonawcy czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie uczciwej konkurencji.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowody z dokumentów przedłożonych przez odwołującego jak i przystępującego w sprawie oraz z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wysłuchała wyjaśnień i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania.

Odwołujący na rozprawie podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu, jak również argumentację przedstawioną w odwołaniu. Odwołujący twierdzi, że ustalone przez zamawiającego zasady kryteriów oceny ofert spowodowały wykonawcę wybranego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji celem uzyskania zamówienia a w szczególności do manipulowania wysokością upustu cenowego naruszając przy tym prawidłowe praktyki kupieckie. Na dowód, iż wykonawca wybrany oferując wysokość upustu cenowego w kryterium opcji zamówienia przywołał w jego ocenie obowiązujące zasady uzyskiwania rabatów od producenta w tym wypadku Microsoft na licencje do oprogramowań zgodnie z przedmiotem zamówienia. Przy czym bezspornym w sprawie jest, czemu nie zaprzeczył ani zamawiający ani przystępujący w sprawie /wykonawca wybrany, że zarówno Sygnity Sp. z o.o. to jest odwołujący jak i wykonawca wybrany to jest Comparex Poland Sp. z o.o. posiadają u zamawiającego ten sam status/poziom partnerstwa. Przy czym jak twierdzi odwołujący okoliczność tego samego poziomu partnerstwa wiąże się z jednolitymi czy tylko nieznacznie różniącymi się stawkami rabatów do cen katalogowych poszczególnych produktów Microsoft w tym licencji na oprogramowanie. Odwołujący w celu udowodnienia, że wykonawca wybrany znacznie przekroczył pułap oferowanych rabatów na produkty Microsoft oferując 39 % upustu cenowego w stosunku do cen katalogowych producenta, przedłożył następujące dokumenty na rozprawie:

1. Pismo z dnia 27 sierpnia 2014 r. Microsoft do Sygnity stanowi potwierdzenie statusu sprzedawcy i zawarcia umowy o statusie Large Account Reseller Agreement. Umowa ta zawarta jest na okres od dnia 1 września 2014r. do dnia 31 sierpnia 2015r. Uprawnia Sygnity S.A. do dostarczania klientom na terytorium UE/EFTA oprogramowania licencjonowanego przez Microsoft. Jednocześnie Microsoft nie składa żadnych oświadczeń co do sytuacji finansowej Sygnity S.A. ani osób trzecich. Izba dokonując oceny powyższego dokumentu stwierdza, że nie stanowi ono żadnego potwierdzenia na okoliczność wysokości udzielanych rabatów cenowych z

9

tytułu zawartej umowy zarówno wobec odwołującego jak i wykonawcy wybranego a tym bardziej jakichkolwiek nakazów co do ich wysokości.

2. e-mail z dnia 31 marca 2015 r. od W. P. (Microsoft) do D. S. (odwołujący) temat: warunki cenowe dla NBP zawiera wyceny w dwóch wariantach, „Witam serdecznie, załączam wyceny w postaci Preliminary CPS-ów dla Narodowego Banku Polskiego, zgodnie ze specyfikacjami obydwu wariantów. Uwaga: warianty różnią się upustami na poszczególne produkty (...)”. W wariantcie I nałożony upust na subskrypcje ECS i 0365 D -14%. Jednocześnie zamawiający na rozprawie oświadczył się, że ma potwierdzenie od Microsoft co do udzielonego rabatu w wysokości 14 procent. Natomiast odwołujący na rozprawie powołał się na wykształconą praktykę dobrego handlu, że tym upustem już się nie manewruje w stosunku do klienta, nie stosujemy większych upustów niż dostajemy od producenta bo byłoby to obciążenie naszych kosztów. Dobrze pojętą praktyką na rynku jest nie powiększanie uzyskanego od producenta upustu cenowego, ponieważ jest to nieuczciwe w stosunku do innych konkurentów, którzy działają też na tym samym polu i o takim samym statusie dla partnera dla wielkich przedsiębiorstw. Praktyka jest taka, że oprócz tego, że my mamy umowy z producentem to on dociera do końcowego użytkownika w tym wypadku zamawiającego i informuje go o uzyskanych upustach przez odsprzedawców dla ich poszczególnych kategorii, tj. rodzaju partnerstwa. Nie ma żadnych sankcji zapisanych w umowie o współpracy z producentem w przypadku gdybyśmy udzieliłi mniejszego rabatu dla zamawiającego niż uzyskaliśmy ale są to w praktyce niepisane przestrzegane zasady uczciwego działania na rynku.
3. Mail 13 lutego 2015 od W. P. Microsoft opiekun klienta do Pani D. S. (odwołujący), dotyczy odnowienia dla wielkich przedsiębiorstw NBP. Według oświadczeń odwołującego stanowi on potwierdzenie dla maila z dnia 31 marca 2015r.; Nie ma żadnych dodatkowych warunków tylko te z maila z 31 marca 2015r. Z treści jego wynika, że umowa dla zamawiającego „będzie objęta trybem „Discounting Transparency” co powoduje, że musimy zachować pełną przezroczystość udzielanych upustów przed Klientem”.
4. Odwołujący przedstawił zestawienie początkowe produktów NBP wariant I – dokument sporządzony przez odwołującego w oparciu o standardowe cenniki, o których mówił producent w mailach oraz o dodatkowe upusty, o których również mówił w mailu. Odwołujący na rozprawie oświadczył „Zgodnie z zasadami z siwz tj. kryterium oceny ofert mieliśmy podać jeden wielkość w procentach upustu na cały przedmiot zamówienia obejmujący wszystkie produkty i według wyliczeń odwołującego średnia ważona rabatów w tej tabeli wynosi 27% z uwzględnieniem udziału poszczególnego elementu zamówienia w całości. Nawet gdyby nie

10

przyjmować średniej ważonej, to maksymalny rabat pozycji 1 z 3 stanowiłby 30,5%, a nie jak zastosował wykonawca wybrany 39%. Odwołujący zastosował rabat w wysokości 26 procent. Według odwołującego stosując maksymalnie 33,2% i nadal nie osiągamy upustu zaoferowanego przez wykonawcę wybranego w wysokości 39%”.

5. Przeprowadzony został dowód z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 kwietnia 2015, z którego wynika jakie upusty zastosowali pozostali wykonawcy. Pozostali wykonawcy udzieliłi upustów cenowych mieszczących się w przedziale od 16% do 26% (odwołujący). Odwołujący powołując się na złożone oferty oraz przedstawione kalkulacje możliwych upustów w oparciu o oferty cenowe Microsoft wykazywał, iż zaoferowany upust cenowy przez wykonawcę wybranego jest nieuzasadniony w kontekście obowiązujących upustów udzielonych przez producenta jakim jest MS. Odwołujący w niniejszym postępowaniu zaskarża czynność zamawiającego wyboru oferty Comparex w kontekście, że zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, iż upust udzielony w ofercie wykonawcy wybranego jest nieuprawniony. Odwołujący również zarzucił zamawiającemu, że nawet nie skorzystał z posiadanego uprawnienia wyjaśnienia w trybie 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący

według przeprowadzonych wyliczeń uważa, że wyliczenie procentu 33,2 jest nierealne, ponieważ przewiduje w maksymalnym zakresie przewidzianą opcję tak jakby zamawiający zamówił maksymalną ilość produktu a co nie musi mieć miejsca. Odwołujący stwierdził, że udzielając upustu na poziomie 26% uwzględnił przede wszystkim upusty uzyskiwane w trakcie realizacji umowy i średnią z rabatów na przedmiot podstawowy. Uważa, że składając ofertę starał się uzyskać minimalne wynagrodzenie i zastosował upusty na opłacalnym poziomie. Natomiast prawdopodobnie pozostali wykonawcy oczekiwali uzyskania większych zysków i dlatego zaoferowali zamawiającemu niższe rabaty cenowe. Producent nie ma narzędzi prawnych żeby egzekwował od nas stosowanie rabatów, możemy stosować niższe rabaty. Można stosować wyższe rabaty co uczynił Comparex ale my to uznajemy jako nieuczciwą konkurencję. Uważam, że mimo iż zamawiający w siwz nie ograniczył wysokości maksymalnych upustów to jednak obowiązują reguły wytyczone uczciwą konkurencją, a jeżeli byłoby można wykorzystywać w nieograniczonym zakresie upusty to służyłoby nieuprawnionym korzyściom z ustalonych kryteriów oceny ofert jakim jest podkryterium stały opust procentowy. Rozdział XVI pkt 2 siwz. Str. 11

Zamawiający podtrzymując swoją argumentację w odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie odnosząc się do wyjaśnień i przedstawionych dowodów na rozprawie przez odwołującego w szczególności odniósł się jak poniżej.

11

Sygn. akt KIO 860/15

„Zwracam uwagę na przedmiot umowy, który będzie doprecyzowany i określany w trakcie realizacji umowy, ponieważ tak jak potrzebujemy aktualizacji oprogramowań na sprzęt posiadany tak będziemy również w ramach realizacji umowy rozwijali nasz zakres zamówienia w oparciu o opcje wynikające z siwz, będą w każdym przypadku to produkty MS. (...) Wyjaśniam, że efektem ustalonych rozliczeń jest fakt iż ustalone nie są sztywne rozmiary z naszych zamówień określone na poziomie do 5% z oferty MS, (...) w ramach prawa opcji wartość zamówień może wynosić od 1 do 5% wartości zamówienia. Rabat jaki ofertuje wykonawca jest nieodłącznym elementem oferowanej ceny. (...) nie mniej gdyby ktoś zastosował np. jak przywołał odwołujący np. 100% upust do zamówienia w ramach opcji to przyznaję, że zastanawialibyśmy się nad tym ale w kontekście całego zamówienia. (...) Zwracam również uwagę na zapis w uwagach (wagi w mailu), że warunki upustów mogą się zmieniać w zależności od modelu i architektury rozwiązania str. 2 kompletu dokumentów uwaga pierwsza. (...)Zwracam uwagę, że są to warunki dedykowane Sygnity a zarzuty są podnoszone przeciwko Comparex.(...) Uważam, że nie można wprost podnosić, że podane warunki na rabaty dla Sygnity w związku z zamówieniem NBP będą identyczne jakie mogły być zaoferowane wykonawcy wybranemu w związku z zamówieniem NBP. Nie kwestionuje, iż status współpracy partnerstwa między MS, a Sygnity i Comparex są na tym samym poziomie, nie mniej wg mnie nie oznacza to, że mimo tego samego statusu partnerstwa uzyskiwane opusty dla odsprzedawców są jednakowe. Powyższej okoliczności nie przyznajemy. Ja w tym miejscu nie podzielam stanowiska odwołującego, który powołuje się na standaryzację współpracy zarówno po stronie odwołującego jak i przystępującego w związku z zamówieniem którego my jesteśmy podmiotem.(...) Mimo że MS podał jakie stosuje wobec nas upusty to nie oznacza, że dał identyczne upusty poszczególnym dostawcom. Bez względu na udzielone upusty wykonawca miał autonomię w ustaleniu wysokości wynagrodzenia zarówno na zamówienie podstawowe jak i opcjonalne. (...)Naszym celem jest uzyskanie jak najatrakcyjniejszego zamówienia i w związku z tym stawianie zarzutu, że przez złożenie oferty wymusza się wybór wykonawcy mija się z celem ustawy Pzp. Uważam, że w konkretnej sytuacji fakt zróżnicowania ofert zarówno pod względem wynagrodzenia za część podstawową jak i upustów i prowadzoną walkę konkurencyjną celem wyborów wykonawcy nie można zakwalifikować do wyczerpania przepisu 89 ust 1 pkt 3. Tym bardziej że aktualnie naszym wykonawcą jest ComArch natomiast Compraex są wykonawcami starającymi się o uzyskanie tego zamówienia jako następcy Comarch. Zaistniałą sytuację kwalifikuje jako zwykłą

Sygn. akt KIO 860/15

upustów cenowych w kontekście współpracy z MS. Podkreślam również na art 6 k.c obowiązek udowodnienia naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu i podania dowodów i okoliczności faktycznych w sprawie. Odnosząc się do stosowania art. 87 ust 1 Pzp to nie mieliśmy wątpliwości co do zaoferowanej ceny i jej wysokości, ponieważ w rankingu złożonych ofert była na pozycji 3 a jedynie różniła się w stosunku do zaoferowanych upustów, w zakresie ceny była trzecią pod względem wysokości, natomiast korzystniejsza pod względem upustów tj. o 13% od oferty odwołującego i nadal uważam, że na podstawie wyjaśnień składanych dzisiaj na rozprawie na okoliczność konstruowania uśrednionego opustu na różne produkty przez nas zamawiane w sposób dojścia do wysokości upustu jest sprawą indywidualną poszczególnego wykonawcy. (...) Co do przedstawionych dowodów w przypadku ich przyjęcia uważam, że znaczenie ma przede wszystkim mail na temat transparentnej polityki cenowej, natomiast sporządzone przez Sygnity kalkulacje tabele upustów na poszczególne produkty mają charakter indywidualny wewnętrznym natomiast mogę jedynie stwierdzić, że odsprzedawca jest ograniczony jedynie co do upustów gwarantowanych przez producenta o których my jako klient jesteśmy informowani. Natomiast podwyższanie upustu jest już sprawą poszczególnego wykonawcy. My jesteśmy poinformowani od MS o tym, że mamy prawo do upustu 14% i to musimy mieć zagwarantowane natomiast faktycznie wszyscy wykonawcy zaoferowali wyższe upusty niż te o których nas informował MS i również dzisiaj na rozprawie wykonawca odwołujący nie powołał żadnych instrumentów prawnych za niestosowanie ściśle się do upustów. Jednym z maili MS nas poinformował, że wysokość upustu jest sprawą autonomiczną wykonawcy oczywiście z uwzględnieniem gwarantowanych nam upustów. W naszej ocenie kontestowanie wybranej przez nas oferty przy tak nieistotnych różnicach w cenie całego zamówienia jest nieuprawnione i nieskuteczne, bezpodstawne, bo nawet MS nie może zanegować warunków cenowych kontraktu(...).

Przystępujący na rozprawie wyjaśnił i oświadczył jak poniżej.

(...)Odnosząc się do dowodów przedstawionych na rozprawie poza mailem, który jest dowodem na korespondencję między MS a Sygnity to znaczenie dowodowe może mieć również jedynie dokument tabela ostatnia, ewentualne korzyści dodatkowe, a nie tabela upustów sporządzona jak przyznał odwołujący przez niego. Czyli nie mamy wysokości upustu, który udziela producent partnerom handlowym przy czym odnosząc się do ostatniego dokumentu tzw. dodatkowych zachęt nie ma tam np. zakazu sumowania poszczególnych procentów rabatów w poszczególnych pozycjach i sumując wszystkie rabaty wymienione w tej tabeli możemy np. uzyskać kolejne. W

13

Sygn. akt KIO 860/15

naszej ocenie odnosząc się do przedstawionej tabeli nie zgadzamy się z interpretacją odwołującego, który zastosował ostatnią kolumnę odnoszącą się do ilości komputerów tj 15 000 sztuk bo my uważamy że należy zastosować kolumnę gdzie jest wskazana liczba użytkowników na poziomie 2400 do 5999 i z takiego podsumowania uzyskamy 19,25% a nie jak wyliczył to odwołujący 2,7% przy zastrzeżeniu, że nie można sumować poszczególnych pozycji. W tym miejscu w poczet dowodu przystępujący składa wydruk zał. do warunków partnerskich MS w zakresie zachęt finansowych dla partnerów o statusie LSP. Gdzie przewiduje się dodatkowy upust za 1 z produktów przewidzianych w ramach zamówienia na poziomie 23% dodatkowo do wszystkich innych i tak jak poprzednio stwierdziłem, że tabela okazana przez odwołującego jest dowodem na to, że oprócz upustów stosuje się dodatkowe zachęty np. zachęta z tytułu zawarcia umowy. Na tej podstawie oświadczamy, że oprócz przedstawionej przed chwilą formuły zachęty są jeszcze

inne możliwe zachęty i one nie są stosowane jednolicie wobec partnerów. Zaprzeczamy twierdzeniu dzisiaj na rozprawie przez odwołującego, że system opustów zachęt ma charakter jednolity dla partnerów sklasyfikowanych na jednym poziomie współpracy, bowiem system ten może być rozbudowany wobec poszczególnego partnera w związku z jego umiejętnościami w tym nawet wynikającymi z osobistych osiągnięć. Uważamy, iż nasze możliwości uzyskiwania opustów i innych zachęt finansowych są nieporównywalnie wyższe od możliwości Sygnity którego oceniamy jako podmiot działający na rynku lokalnym jakim jest Polska. Natomiast nasz zakres działania sięga 32 krajów i mamy inne możliwości pozyskiwania form współpracy, większą wiedzę. Pani A. S. która jest ekspertem od produktów i licencjonowania MS stwierdza, iż poprzez fakt iż Comparex należy do grupy działającej w skali globalnej ma większą możliwość bieżącego dostępu do informacji na temat możliwości warunków danych produktów poprzez uzyskiwanie informacji dostępnych dla grupy Comparex. Comaprex ma możliwość sięgnięcia do narzędzi które dały mu w efekcie najniższą cenę. Natomiast co do transparentności polityki cenowej ona funkcjonuje ale między producentem MS a klientem w tym wypadku zamawiającym. Natomiast oddzielnym zagadnieniem jest kwestia uzyskiwania oprócz oficjalnych opustów dla partnerów nawet klasyfikowanych na tym samym poziomie, a innym zagadnieniem jest dostępność do dalszych zachęt czy bonusów programów związanych np. chociażby z rozmiarem nabywanych produktów od w tym wypadku MS. Dla porównania wskazuje, iż obrót Sygnity oceniam roczną kwotę około 20 mln euro, a obrót naszej firmy w skali globalnej wynosi 2 mld euro i tylko dotyczy to MS w obydwu przypadkach. W tym miejscu przystępujący kwestionuje oświadczenie dzisiaj na rozprawie odwołującego ze średnia ważona

14

Sygn. akt KIO 860/15

opustów możliwych do uzyskania wynosi 26%, wskazujemy na nieudowodnienie tej tezy przez odwołującego. w tym miejscu przedkłada w 3 egzemplarzach, które izba przekazuje dla stron tj. materiał poglądowy na wykazanie niewielkich różnic pomiędzy cenami oferty odwołującego i przystępującego. Potwierdzam tym dokumentem oświadczenie pełnomocnika zamawiającego, że w ramach zamówienia w zakresie opcji różnica wynikająca z zastosowanych różnych opustów wahać będzie się między 4-20 tys. euro w zależności od jednego czy 5 procent zamówienia w zakresie opcji. Uważamy że odwołujący mimo że odżegnuje się od zarzutu rażąco niskiej ceny to jednak wokół tego tematu przedstawia argumentację z przywołaniem str. 4 odwołania. Uważam że zamawiający nie miał podstaw do wezwania w trybie 87 ust 1 przystępującego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny."

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Odwołujący zasadniczo oparł zarzut odwołania na art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który bezwzględnie nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem odwołującego wykonawca wybrany Comparex Poland chcąc uzyskać zamówienie zaoferował upust cenowy na niedopuszczalnie wysokim poziomie, biorąc pod uwagę status handlowy jaki posiada u producenta oprogramowania to jest u Microsoft a którego dostarczenie licencji na oprogramowanie jest Zachowanie przedmiotem postępowania. konkurenta /przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego w ocenie odwołującego, stanowi przejaw złamania wszelkich dobrych zasad kupieckich i nakierowane jest bezwzględnie na uzyskanie zamówienia. Jako argumentację wspierającą zarzut nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał podstawę prawną art.87 ust.1 ustawy jak i art.7 ust.1 ustawy w myśl, których zamawiający ma prawo żądać wyjaśnień w razie wątpliwości co do treści złożonej oferty jak i ma obowiązek prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia przestrzegając zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na podstawie powyżej przywołanej obszernej argumentacji zarówno zamawiającego jak i przystępującego w ich ocenie nie nastąpiło w żadnym zakresie naruszenie

wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy.

Bezsporną w sprawie w oparciu o postanowienia SIWZ jest okoliczność, że wykonawcy składający oferty określali stały upust procentowy w stosunku do

15

Sygn. akt KIO 860/15

aktualnych cenników katalogowych Microsoft Enterprise i Microsoft Select, który był jednym z mierników oceny ofert. Jednocześnie zamawiający w postanowieniach nie określił maksymalnego dopuszczalnego poziomu upustu, jaki będzie punktowany przez zamawiającego. Według odwołującego racjonalnym wydaje się, że upust ten nie może być ustalony poniżej poziomu upustów przyznawanych przez producenta oprogramowania. Może być natomiast wyższy ale to zależy od poziomu partnerstwa na jakim ulokowany jest poszczególny oferent. Przy czym oferenci zakwalifikowani do jednego z poziomów mają określone a jednocześnie ograniczone możliwości ustalania pułapu rozpiętości rabatu cenowego. Zdaniem odwołującego wiążą ich w tym zakresie dobre praktyki nakazujące ofertowanie rabatów na zbliżonym poziomie jeżeli należą do tej samej grupy partnerów producenta oprogramowania w tym wypadku Microsoft.

W sytuacji będącej przedmiotem rozpoznania odwołujący podjął się udowodnienia przed Izbą, że zaoferowany przez wykonawcę wybranego poziom rabatu cenowego do obowiązujących cen oprogramowania w Microsoft jest zawyżony i nieuprawniony. Według odwołującego zawyżono poziom rabatu celem zdobycia za wszelką cenę zamówienia w sposób nieuczciwy. To z kolei kwalifikuje zachowanie odwołującego do spełnienia przesłanki odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy to jest w sytuacji gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wykonawcy oferujący najwyższy poziom rabatu na zamówienie w ramach przewidzianej opcji na poziomie od 1% do 5 % wartości zamówienia mogli uzyskać maksymalnie 10 punktów w ramach obowiązujących kryteriów oceny ofert. Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania słusznie na rozprawie podkreślił, że odwołujący jest zobligowany do wykazania podnoszonych naruszeń ustawy w związku z żądaniem odrzucenia oferty wykonawcy wybranego.

Odwołujący na rozprawie podjął się udowodnienia nieuprawnionego podwyższenia oferowanego upustu cenowego przez wykonawcę wybranego.

Izba na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów przedłożonych przez odwołującego ustaliła co jest zresztą niepodważane zarówno przez zamawiającego jak i przystępującego po stronie zamawiającego, że odwołujący jak i wykonawca wybrany posiadają ten sam status sprzedawców producenta oprogramowania. Również co potwierdził sam zamawiający produkty oprogramowania firmy Microsoft dostępne dla wykonawców to jest dla odwołującego jak i dla przystępującego/wykonawcy wybranego mają udzielony upust cenowy w stosunku do cen katalogowych producenta w wysokości 14 procent dla

16

Sygn. akt KIO 860/15

przedmiotowego zamówienia. Przy czym zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego na rozprawie poziom 14 % jest to poziom gwarantowany przez producenta dla zamawiającego jako ostatecznego użytkownika produktów Microsoft. Okoliczności tej nie zaprzeczył na rozprawie również odwołujący jak i przystępujący po stronie zamawiającego. Z protokołu otwarcia ofert wynika, że oferenci składając oferty dla opcji zamówienia przewidzianego na poziomie od 1 do 5 % jego wartości zaoferowali upusty cenowe na poziomie od 16 procent do 39 procent w tym odwołujący zaoferował upust na poziomie 26 procent a wykonawca wybrany na poziomie 39 procent. Z powyższego zestawienia wynika, że żaden z oferentów nie ograniczył się tylko i wyłącznie do poziomu zaoferowanego przez producenta oprogramowania to jest do poziomu 14 % przy założeniu, że wszyscy składający oferty mają takim sam

status współpracy z Microsoft. Rozbieżność między najniższym zaoferowanym upustem (16 %) i najwyższym (39 %) wyniosła 23 procent. Z kolei między ofertą odwołującego (26%) i ofertą wykonawcy wybranego (39 %) wyniosła 13 procent. W ocenie zamawiającego między ofertą odwołującego a ofertą wykonawcy wybranego nie ma tak znaczącej różnicy (13%) w oferowanym upuście, aby mogło to stanowić wątpliwość uruchamiającą procedurę z art.87 ust.1 ustawy. Naturalnym zjawiskiem jest, że zamawiający przychyliła się do konkurencji między wykonawcami, ponieważ daje ona szansę na uzyskanie maksymalnej obniżki kosztu zamówienia do czego zamawiający ma niezbywalne prawo. Słusznie zamawiający podnosi, że powstały spór toczy się wobec marginalnej części zamówienia, która może przybrać rozmiary od 1 do 5 % wartości zamówienia. Niemniej odwołujący zasadnie podnosi, że nieuczciwe manewrowanie upustem w tej części zamówienia waży o tym kto je uzyska. Faktem jest, że „językiem u wagi” w tym postępowaniu okazało się kryterium upustu na opcjonalne zamówienia przewidywane na poziomie od 1 do 5 procent wartości całego zamówienia. W ocenie Izby rozrzut od najniższego upustu do najwyższego upustu 26 % przy standardowym upuście 14 % jest wysoki bo sięgający ponad 100 % najniższego upustu (16% i 39 %). Reasumując jednak to zagadnienie Izba stwierdza, że zamawiający nie ograniczył na tym polu gry rynkowej a żaden z wykonawców nie zakwestionował takich postanowień Specyfikacji.

Natomiast odwołujący stawiając zarzut nieuczciwej konkurencji, jak słusznie na rozprawie podniósł zamawiający, ma obowiązek w myśl zasady wynikającej z art.6 k.c. w związku z art. 14 ustawy udowodnić okoliczności faktyczne jak i prawne z których wywodzi skutki prawne. Przekładając to na stan zaistniały w niniejszej sprawie odwołujący powinien udowodnić zawyżenie upustu cenowego wbrew dobrem

17

Sygn. akt KIO 860/15

praktykom kupieckim, które to zachowanie umożliwiło w sposób nieuczciwy uzyskać zamówienie.

W ocenie Izby odwołujący taką próbę podjął jednak nieskutecznie, ponieważ nie udowodnił, że obowiązują wykonawców (odsprzedawców produktu Microsoft) zasady udzielania upustów, których przekroczenie stanowi naruszenie dobrych praktyk kupieckich. Odwołujący nie był w stanie przywołać jakichkolwiek w tym zakresie wiążących zasad odsprzedawców ustalonych dla nich przez Microsoft. Wyraźnie temu zaprzeczył na rozprawie wykonawca wybrany, który powołał się na okoliczność, że upusty zależą od indywidualnych ocen producenta a poza tym odwołujący działa na rynku lokalnym jakim jest Polska a przystępujący jest podmiotem działającym na rynku globalnym i ma dostęp do informacji jakich nie posiada odwołujący. Przystępujący przede wszystkim również zakwestionował wyliczenia odwołującego co do możliwego poziomu upustu cenowego przedkładając w poczet dowodów tzw. dodatkowe zachęty cenowe z tytułu zawarcia umowy.

W związku z powyższym stanem faktycznym i prawnym w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że wykonawca wybrany a przystępujący w sprawie popełnił czyn nieuczciwej konkurencji składając ofertę zawierającą upust cenowy na poziomie 39 procent.

Izba również nie stwierdziła naruszenia art. 87 ust.1 ustawy, przez brak wystąpienia o wyjaśnienia do wykonawcy wybranego, w związku z postanowieniami SIWZ w zakresie przyznawania punktów za upusty cenowe zamówień opcjonalnych od 1 do 5 procent wartości zamówienia jako mających nieznaczny wpływ na wysokość wynagrodzenia.

Izba także nie stwierdziła naruszeń art.7 ust.1 ustawy w związku z obowiązującymi postanowieniami SIWZ.

Ponadto przedstawione przez odwołującego dowody wskazują na zasady ustalania upustu przez odwołującego a odwołujący nie wykazał, że są one wiążące dla wykonawcy wybranego.

W myśl art.192 ust.2 ustawy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z racji nie wykazania naruszenia przepisów ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w

18

Sygn. akt KIO 860/15

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

19