Sygn. akt: KIO 2021/15

WYROK
z dnia 23 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2015 r. przez wykonawcę – **Comarch S.A.,** al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miejską Kraków Urząd Miasta Krakowa,** pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków,

przy udziale wykonawcy – **A.P.N. PROMISE S.A.,** ul. Kryniczna 2, 03-934 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **Comarch S.A.,** al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę – **Comarch S.A.,** al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy – **Comarch S.A.,** al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków na rzecz zamawiającego – **Gminy Miejskiej Kraków Urzędu Miasta Krakowa,** pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków kwotę **810 zł 00 gr** (słownie: osiemset dziesięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie.**

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 2021/15

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Gminę Miejską Kraków, którego przedmiotem jest „Dostawa licencji oprogramowania Microsoft w ramach umowy SELECT". Wnoszący odwołanie wykonawca - Comarch S.A. z Krakowa podniósł zarzut wobec czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty A.P.N. Promise S.A. z Warszawy (wykonawca APN), jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta APN – jego zdaniem - powinna zostać odrzucona, a jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego. Jako podstawę odrzucenia oferty APN wskazał na przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem zdaniem wykonawcy złożenie oferty przez APN stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podniósł także zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzając, że wykonawca APN złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Ponadto, jak stwierdził z ostrożności, podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty APN na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z

uwagi na to, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty APN na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust.1 ustawy Pzp, albowiem APN w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów, a złożone informacje potwierdzają, ze oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz zarzut zaniechania wezwania APN do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem wskazane czynności i zaniechania naruszają także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiący o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty APN jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta APN powinna zostać odrzucona, a wykonawca powinien zostać wykluczony z tego postępowania. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty APN, jako oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i nakazanie odrzucenia oferty APN na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustaw Pzp, oraz wykluczenia APN z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust.

---

2 pkt 3 Ustawy. Ewentualnie, nakazanie odrzucenia oferty APN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i/lub na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy lub wezwania APN do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W konkluzji wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał w szczególności, że zgodnie z SIWZ - pkt 3 „Opis przedmiotu zamówienia" ppkt 3.1: „Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji oprogramowania Microsoft do Urzędu Miasta Krakowa na warunkach określonych w umowie Microsoft Select Plus nr 6167201 (zwanej dalej „ Umową Microsoft Select"), zawartej pomiędzy Microsoft Ireland Operations Limited B, V., a Ministerstwem Administracji i Cyfryzacji przez Wykonawcę posiadającego status Licensing Solution Providers (LSP)." Jak wynika z załącznika nr 4 do SIWZ (wzór umowy) – „W ramach umowy Wykonawca zobowiązuje się do sprzedaży 'Zamawiającemu licencji na oprogramowanie Microsoft, zgodnie z warunkami określonymi w Umowie Microsoft Select, na podstawie cząstkowych zamówień" (§ 3 ust. 1). Dalej podał, że w świetle postanowień SIWZ (w tym wzoru umowy) w ramach przedmiotowego zamówienia na podstawie zamówień cząstkowych zamawiane mogą być przez Zamawiającego wszelkie licencje dostępne w ramach programu Select w okresie 36 miesięcy lub do wcześniejszego wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia (pkt 4 SIWZ i § 2 wzoru umowy). Nie ma jednak żadnego „minimalnego" czy „początkowego" zamówienia jak i jakiegokolwiek zobowiązania do składania zamówień - żaden wykonawca nie wie czy i kiedy Zamawiający złożyłby zamówienie. Wskazał również, że Zamawiający w pkt 16 SIWZ określił „Sposób obliczenia ceny oferty":
„16.1. Wykonawca ma obowiązek podać w Formularzu oferty wartość procentową upustu, o który pomniejszone zostaną ceny katalogowe licencji na oprogramowanie firmy Microsoft w ramach Umowy Microsoft Select. Wykonawca zobowiązany jest również podać w ofercie cenę w PLN (zawierającą VAT) za sprzedaż jednej przykładowej licencji na produkt: licencja dostępowa do serwera poczty elektronicznej (licencja na użytkownika), nazwa produktu: ExchgStdCAL 2013 SNGL MYL UsrCAL, numer produktu: 381-04355 (po zastosowaniu upustu), obliczoną wg następującego wzoru: C - (Skat ~(Ux Skat)) WAT gdzie: C - cena w PLN (zawierającą VAT) za sprzedaż jednej przykładowej licencji na produkt: licencja dostępowa do serwera poczty elektronicznej (licencja na użytkownika), nazwa produktu: ExchgStdCAL 2013 SNGL MVL UsrCAL, numer produktu: 381-04355 (po zastosowaniu upustu); Skat - cena katalogowa w PLN jednej przykładowej licencji na produkt: licencja dostępowa do serwera poczty elektronicznej (licencja na użytkownika),

---

nazwa produktu: ExchgStdCAL 2013 SNGL MVL UsrCAL, numer produktu: 381-04355 obliczona na podstawie zastosowania kursu euro 4,2249; U – upust.
16,2. Podana w ofercie cena w PLN za sprzedaż jednej przykładowej licencji na produkt: licencja dostępowa do serwera poczty elektronicznej (licencja na użytkownika), nazwa produktu: ExchgStdCAL 2013 SNGL MVL UsrCAL, numer produktu: 381-04355 (uwzględniająca podany upust) winna uwzględniać wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami, wykonania przedmiotu zamówienia oraz uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego określone w niniejszej specyfikacji.
16.3. Podany przez wykonawcę upust będzie miał zastosowanie przy obliczaniu ceny za zakup każdej licencji na oprogramowanie firmy Microsoft w ramach Umowy Microsoft Select".

Odwołujący wskazał również, że w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały dwie oferty: oferta APN z ceną jednostkową - 261,83 PLN i upustem – 23,68 % oraz oferta Odwołującego z ceną 283,64 PLN i upustem – 17,30 %. Zamawiający pismem z dnia 27 sierpnia 2015 r. zwrócił się do APN o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp „czy zaoferowanie przez (...) upustu w wysokości 23,66% nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez „odsprzedaż produktu poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców". Pismem z dnia 31 sierpnia 2015 r. APN złożył „wyjaśnienia w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji" oświadczając, że wartość rabatu „w wysokości 23,66% nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji". Na poparcie oświadczenia APN podniosło w że: (1) posiada wymagany SIWZ status Microsoft Licensing Provider (LSP), (2) cena po jakiej nabywane jest oprogramowanie przez A.P.N. Promise S.A. oraz każdy z podmiotów posiadających status LSP/LAR ustalana jest przez Microsoft w formie comiesięcznych cenników dla każdej z dostępnych umów licencyjnych. Ceny nabycia oprogramowania dla odsprzedawców wyrażone są w walucie EUR i w takiej też walucie dokonuje się zakupu licencji w Microsoft, (3) A.P.N. Promise S.A. w celu zapewnienia konkurencyjności odsprzedawanych licencji podejmuje inwestycje mające na celu zakup obcej waluty, w tym przypadku EUR, w momentach kiedy jej kurs jest najkorzystniejszy. Przedmiotowe działania opierające się na wypracowanej przez A.P.N. Promise S.A. strategii biznesowej, umożliwiają oferowanie kontrahentom cen oraz rabatów konkurencyjnych w stosunku do pozostałych podmiotów odsprzedających licencje oprogramowania Microsoft, a wysokość rabatu zaoferowanego Zamawiającemu, dzięki wcześniejszemu zabezpieczeniu waluty, w dalszym ciągu pozwala A.P.N. Promise S.A. na odniesienie zysku i nie jest odsprzedażą licencji oprogramowania będących przedmiotem zamówienia poniżej ich kosztów nabycia. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, wobec tych wyjaśnień

Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, albowiem Odwołujący też posiada wymagany SIWZ status Microsoft Licensing Provider (LSP) i tak samo jak APN zdaje sobie sprawę, iż zaoferowana przez APN cena (podana dla porównania ofert i wynikająca z zaoferowanego upustu w wysokości 23,66%) jest ceną rażąco niską - znacznie poniżej kosztów nabycia. Wskazał, że „Dla celów obliczenia ceny oferty zgodnie z pkt 16.1 SIWZ należało podać cenę w PLN (a nie w EUR) i w tym celu przyjąć kurs EUR (euro) w podanej przez Zamawiającego wysokości 4,2249 - a więc nie można powoływać się na rzekome: „inwestycje mające na celu zakup obcej waluty w tym przypadku EUR, w momentach kiedy jej kurs jest najkorzystniejszy", czy rzekome okoliczności polegające na „wcześniejszemu zabezpieczeniu waluty", o których APN pisze w swoich „wyjaśnieniach". Są to „rzekome" okoliczności - biorąc bowiem pod uwagę, że w ramach przedmiotowego zamówienia żaden wykonawca nie wie czy i kiedy Zamawiający złożyłby zamówienie. Nie jest więc możliwe jakiekolwiek „zabezpieczenie waluty" czy inne „inwestycje". Żeby można było w ogóle hipotetycznie mówić o zabezpieczeniu przed ryzykiem walutowym to potrzebne byłoby poznanie momentów poniesienia kosztów/uzyskania przychodów ~~ a w przedmiotowym zamówieniu nikt nie ma takiej wiedzy. Ponadto koszt takich instrumentów zabezpieczających przed ryzykiem walutowym jest wysoki i musiałby wpływać na oferowane ceny (w wyjaśnieniach APN nic na temat takich kosztów nie ma, jak i nie ma żadnych dowodów mających potwierdzać te wyjaśnienia). W § 6 ust. 3 wzoru umowy mowa jest o tym, że „Strony ustalają, że cena w złotych (PLN) za zakupione licencje ustalana będzie w oparciu o średni kurs euro, ogłaszany przez NBP w tabeli kursów średnich walut obcych, obowiązujący

w dniu wystawienia faktury VAT - ale nie jest możliwe przewidzenie jakich kwot i w jakich terminach miałaby być wystawiana faktura. Dla celów badania i oceny ofert nie ma to zresztą znaczenia, ponieważ Zamawiający wymagał przeliczenia ceny cennikowej w EUR na PLN po podanym kursie i ta cena powinna być brana pod uwagę, a jest ona rażąco niska (poniżej ceny zakupu w firmie Microsoft). Dalej wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów tub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców." Zaoferowana przez APN cena jak i poziom upustu jest rażąco niski w stosunku do standardów obowiązujących na rynku LSP (Licensing Solution Provides). Zaoferowana przez firmę APN cena jak i poziom upustu świadczy o tym, że firma APN zamierza sprzedać Zamawiającemu licencje po cenach poniżej cen zakupu w firmie Microsoft dla firm LSP. Oferta firmy APN powinna zatem zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stwierdził również, że „przy zaoferowanym przez wykonawcę APN upuście w

wysokości 23,66% od cenników ERP niemożliwa jest sprzedaż licencji dla Zamawiającego w cenach równych lub powyżej cen zakupu w firmie Microsoft dla firm LSP w programie Select". Tym samym Zamawiający naruszył przepis art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty APN, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem stosowana przez APN „strategia biznesowa" utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku i ma na celu eliminację Odwołującego.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, że nieprawdziwe są oświadczenia APN zawarte w piśmie z dnia 31 sierpnia 2015 r. („"wyjaśnienia w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji"), w szczególności o tym, że firma APN „podejmuje inwestycje mające na celu zakup obcej waluty, w tym przypadku EUR, w momentach kiedy jej kurs jest najkorzystniejszy" jak i o tym, że „wysokość rabatu zaoferowanego Zamawiającemu, dzięki wcześniejszemu zabezpieczeniu waluty, w dalszym ciągu pozwala A.P.N. Promise S.A. na odniesienie zysku i nie jest odsprzedażą licencji oprogramowania będących przedmiotem zamówienia poniżej ich kosztów nabycia."

Odnośnie podniesionych z ostrożności zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, oraz art. 90 ust.1 i ust. 3 tej ustawy stwierdził przede wszystkim, że APN w złożonym na wezwanie Zamawiającego piśmie nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone informacje potwierdzają, ze oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazał ponadto na zaniechanie wprost wezwania APN do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w konkluzji stwierdził, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a zatem wykonawca nie może osiągnąć korzyści (zysku), które zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Stwierdził ponadto, że podnoszone w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp mają istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 tej ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie, [wykonawca APN], który wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając w szczególności, że zarzuty zawarte w odwołaniu złożonym przez Odwołującego należy uznać za bezzasadne, a odwołanie, jako

niezasługujące na uwzględnienie. Odnośnie zarzutu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdził, że w złożonych wyjaśnieniach podał, że (...) podejmuje inwestycje mające na celu zakup obcej waluty, w tym przypadku EUR, w momentach kiedy jej kurs jest najkorzystniejszy (...)" i temu wyjaśnieniu „w żadnej mierze nie można przypisać miana informacji nieprawdziwej. Przedmiotowe inwestycje wbrew twierdzeniom Odwołującego prowadzone są przez Przystępującego na szeroką skalę od momentu, w którym stał się partnerem Microsoft. Głównym ich celem jest zakup obcych walut na potrzeby przyszłych transakcji z Microsoft, a dotyczących zakupu licencji oraz innych produktów. Asumptem dla owych transakcji z Microsoft jest w przeważającej mierze realizacja zamówień pozyskanych przez Przystępującego w drodze postępowań przetargowych prowadzonych zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Przystępujący podejmuje z tego względu ryzyko, które w dłuższej perspektywie czasu skutkuje uzyskiwaniem konkurencyjności na rynku odsprzedawców licencji będących partnerami Microsoft o statusie Microsoft LAR (Microsoft Large Account Reseller)/LSP (Microsoft Licensing Solutions Provider) - uprawnionych do odsprzedaży licencji w ramach umów wolumenowych, które Microsoft zawiera ze swoimi kontrahentami”. Dalej podał, że „Powyższe działania podejmowane przez Przystępującego znalazły również odzwierciedlenie na gruncie Postępowania organizowanego przez Zamawiającego, w którym Przystępujący także wziął udział. W dniu 28.04.2015 r. Przystępujący zawarł z bankiem, w którym pozostaje w stałych stosunkach handlowych transakcję walutową, w której zakupił walutę euro o łącznej wartości w wysokości 5 310 000,00 zł po kursie wymiany wynoszącym 4,017, za który nabył 3 310 0000,00 zł oraz po kursie 4,0235, za który nabył 2 000 000,00 zł. Zatem zakup waluty odbył się po znacznie niższym kursie wymiany, aniżeli obowiązujący w momencie upływu terminu składania ofert w Postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego, przypadającym w dniu 24.08.2015 r. Czynnik ten miał niebagatelne znaczenie dla zaoferowania przez Przystępującego w złożonej Zamawiającemu ofercie upustu procentowego w wysokości 23,66 %, który to upust stanowił cenę oferty, zgodnie z kryteriami przyjętymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. Podał także, że „Przystępujący przy kalkulowaniu zaoferowanego upustu procentowego posłużył się również „Wieloletnim Planem Finansowym Państwa na lata 2015-2018" uchwalonym przez Radę Ministrów w kwietniu 2015 r. i przedstawionym w nim średniorocznymi kursie walutowym w relacji do euro w latach 2015-2018, co pozwoliło na dokonanie niezbędnych założeń dla odpowiedniego wyliczenia upustu procentowego,

pomimo dokonanego zabezpieczenia waluty, o którym jest mowa powyżej. W przedmiotowym „Wieloletnim Planie Finansowym Państwa na lata 2015-2018" przyjęto, że kurs waluty euro będzie kształtował się na następujących poziomach: w roku 2015 - 4,15 zł, w roku 2016 - 4,03 zł, w roku 2017 - 3,91 zł oraz w roku 2018 - 3,79 zł”. Wskazał ponadto, że „przedmiot zamówienia, na które Zamawiający prowadzi Postępowanie obejmuje dostarczenie licencji oprogramowania Microsoft w ramach umowy Select przez okres wskazany w § 3 Wzoru Umowy, stanowiącym Załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. 36 miesięcy od momentu podpisania umowy. Racjonalnym więc było przyjęcie odpowiednika miernika wartości dla ukształtowania odpowiedniego poziomu rabatu. Sam Odwołujący przyznał, że nie jest wiadome, czy oraz, kiedy Zamawiający będzie składał cząstkowe zamówienia, toteż tym bardziej zasadnym było skalkulowanie ceny oferty (upustu procentowego) w oparciu o racjonalne i wiarygodne kryteria, których to przymiotów nie sposób odmówić „Wieloletniemu Planowi Finansowemu Państwa na lata 2015-2018". Zdaniem wykonawcy APN, „Nie bez wpływu na dokonaną wycenę pozostają również zmiany wprowadzane przed producenta oprogramowania przedsiębiorstwo Microsoft w zakresie obowiązujących cenników. Obejmują one w szczególności czasowe upusty i promocje na wybrane produkty odnoszące się zarówno do klientów końcowych, jakim w przedmiotowej sprawie jest Zamawiający oraz w stosunku do partnerów Microsoft, którymi są zarówno Przystępujący jak i Odwołujący. Dlatego też ustalenie jednolitego poziomu rabatu na wszystkie z licencji w ramach umowy Microsoft Select Plus wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia należy dokonywać w odniesieniu do czasu jego realizacji przy uwzględnieniu aktualnych promocji i upustów, co też Przystępujący uczynił”.

Odnośnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji stwierdził, że rozpatrując, (….) czy złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji należy

uwzględnić wszystkie wyżej przedstawione okoliczności, a nadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK konieczne jest również wykazanie przesłanek dotyczących utrudniania konkurentom dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co na gruncie Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego nie miało miejsca. Zgodnie z interpretacją Prezesa UOKiK „(...) 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 klauzulą 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 utrudnianiem 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). Podkreślenia wymaga fakt, że rynek odsprzedawców licencji Microsoft o statusie LAR/LSP jest konkurencyjny i działa na nim obecnie 12 podmiotów, do których zaliczają się również Przystępujący oraz Odwołujący (zgodnie z wykazem podmiotów o statusie LAR/LSP zawartym na stronie https://www.microsoft.com/pl-pl/licencie/LSP.aspx w dniu 18.09.2015 r.). Różnice pomiędzy ofertami składanymi przez odsprzedawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie zakres zamówień kształtuje się na podobnym poziomie, co przedmiot zamówienia w Postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, sprawia, że żaden z partnerów Microsoft nie uzyskuje pozycji dominującej w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości, stwierdzając bezzasadność podniesionych w nim zarzutów i podnosząc w szczególności, że „Podniesione przez Odwołującego zarzuty zmierzające do wykazania czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego rzekomo przez Przystępującego, a poparte - jego zdaniem - naruszeniami licznych przepisów ustawy przez Zamawiającego nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym (zobrazowanym dokumentacją postępowania), a nadto nie zostały udowodnione przez Odwołującego. Zamawiający wszystkie czynności wykonał zgodnie zobowiązującymi przepisami i zachowując należytą staranność, żadna z jego czynności podjętych w niniejszym postępowaniu nie naruszyła zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Nadto zaoferowana przez Przystępującego „cena do porównania ofert", wyliczona na podstawie pkt 16.1. specyfikacji, nie nosi znamion ceny rażąco niskiej w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy". Zdaniem Zamawiającego, odwołanie zawiera subiektywne oceny Odwołującego oraz przywołania treści wybranych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozbawione jest jednak najistotniejszego czynnika - dowodów na potwierdzenie podnoszonych zarzutów, a na ich próbę przedstawienia dopiero na rozprawie Zamawiający nie wyraża zgody. Tymczasem zgodnie z art. 6 ustawy - Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Wskazał na orzecznictwo KIO podał, że: „Postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a strony i uczestnicy zobowiązani są przytaczać dowody dla potwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. (...) żądając zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp odwołujący mógł i powinien był pokusić się o próbę wskazania obiektywnych kryteriów, przy użyciu których wyjaśnienia takie mogłyby być oceniane". Dalej stwierdził, że „Odwołujący powołuje się na nieznane Zamawiającemu „standardy obowiązujące na rynku LSP", w stosunku do których - rzekomo - poziom zaoferowanego upustu tzn. 23,66 % jest rażąco niski. Odwołujący nie wskazuje jednak jakie

---

to standardy, gdzie zostały sklasyfikowane, przez kogo, jaka jest ich treść. Czy są to jakieś spisane wytyczne, umowy, czy też może umowa z producentem oprogramowania? Tego Odwołujący nie wyjaśnia, uniemożliwiając Zamawiającemu podjęcie jakichkolwiek czynności korygujących czy weryfikujących i nie przedstawiając dowodów, co do istnienia takowych standardów/zasad. Z wiedzy Zamawiającego pozyskanej od Microsoft Sp. z o.o. wynika natomiast, że w umowach zawieranych pomiędzy nim a LSP nie istnieje żadna sankcja,

żadne ograniczenia, które nakazywałyby czy zakazywałyby udzielenia upustu w ramach jakichkolwiek limitów. Jego zdaniem, bezsprzecznym jest, że obaj Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu [Odwołujący i Przystępujący] posiadają status Microsoft Licensing Solution Providers (LSP). Posiadania tego statusu wymagał sam Zamawiający konstruując warunki udziału w postępowaniu (pkt 5.1. specyfikacji). Spór pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dotyczy natury lego statusu i związanych z nim uprawnień. LSP nabywają od Microsoft Sp. z o.o. licencje po cenach wskazanych w obowiązującym dla nich katalogu (wyrażonych w EUR) i mogą odsprzedawać je końcowemu nabywcy, w tym przypadku Zamawiającemu. Odwołujący z faktu tego wywodzi, iż LSP nie mogą sprzedawać tychże licencji końcowym nabywcom poniżej kosztów ich nabycia tzn. poniżej cen zakupu w firmie Microsoft Sp. z o.o., ponieważ miałoby to stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Tym czasem gdyby przeanalizować zarzut Odwołującego można by dojść do absurdalnej konstatacji, że on sam także nie może zaoferować Zamawiającemu upustu od cen wskazanych w katalogu cenowym licencji obowiązującym dla LSP, gdyż dokonywałby sprzedaży licencji poniżej kosztów jej nabycia (naruszając uczciwą konkurencję). Tymczasem rynek licencji Microsoft Select działa właśnie w ten sposób - w oparciu o mechanizm odsprzedaży z upustem udzielonym przez określonego LSP. Sam Microsoft Sp. z o.o. poinformował Zamawiającego, że: „(...) ceny oferowane klientom przez partnerów uczestniczących w programie Select Plus należą do wyłącznej kompetencji tychże partnerów, a Microsoft nie ingeruje w swobodę kształtowania ich polityki cenowej". Z powyższego wynika zatem, iż rynek LSP ~ pomimo, iż tworzą go podmioty posiadające taki sam status - jest jednak rynkiem konkurencyjnym. Zaoferowanie przez Odwołującego i Przystępującego różnej wysokości upustów jest tylko tego przejawem. Trudno nawet podejrzewać Przystępującego o działania mające na celu naruszenie konkurencji, a zaoferowany przez niego upust o rażąco niski, skoro upusty zaoferowane przez Odwołującego i Przystępującego różnią się zaledwie o „6,36 %. Nadto „cena do porównania ofert", wskazana przez Przystępującego w ofercie, wyliczona na podstawie pkt 16.1. specyfikacji przy upuście przez niego zaoferowanym nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy. „Cena do porównania ofert" wskazana przez Przystępującego, różni się od „ceny do porównania ofert" Odwołującego zaledwie o 21,81 zł (różnica zaledwie ok. 8%). Zdaniem Zamawiającego należy także pamiętać o specyfice

---

funkcjonowania tego rynku i o niestandardowym rozumieniu ceny w tym obrocie gospodarczym. Podniósł, że umowa która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania będzie obowiązywała przez okres 36 miesięcy lub do wyczerpania kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający w trakcie jej trwania będzie nabywał licencje na podstawie zamówień cząstkowych. Każdy zatem Wykonawca przystępujący do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, jako podmiot będący profesjonalistą na rynku LSP, musiał dokładnie skalkulować ryzyko jakie towarzyszy tak skonstruowanemu kontraktowi. Zasady szacowania ryzyka należą jednak do wewnętrznych kompetencji Wykonawcy i nie muszą być ujawniane, ponieważ mogą stanowić o jego przewadze konkurencyjnej. Ponadto na zaoferowanie określonego upustu wpływ mają także obiektywne czynniki. Takie obiektywne czynniki przedstawił Przystępujący w piśmie przedłożonym w niniejszym postępowaniu na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający nie znalazł podstaw - w przeciwieństwie do Odwołującego - do uznania, iż Przystępujący oświadczył nieprawdę wyjaśniając, iż nabył walutę po korzystnym kursie (co pozwoliło mu na oszczędności). Zamawiający pragnie tylko na marginesie nadmienić, iż z daleko posuniętej ostrożności poprosił Przystępującego o wyjaśnienia związane z zaoferowaną przez niego wysokością upustu. Chciał bowiem zbadać zasadność zarzutów wniesionych przez Odwołującego w piśmie z dnia 25 sierpnia 2015 r. przed rozstrzygnięciem postępowania. Uczynił to także wobec odmowy udzielenia informacji przez Microsoft Sp. z o.o. Złożone pod odpowiedzialnością karną wyjaśnienia Przystępującego potwierdzały brak naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający uznał je zatem za wystraczające. Na zarzuty o posługiwaniu się nieprawdziwymi informacjami czy stosowaniu przez Przystępującego strategii biznesowej nieakceptowanej przez Odwołującego mającej na celu jego „eliminację", Zamawiający odpowiadał nie będzie. Przystępujący - lak jak się zobowiązał -przedstawi na rozprawie dowody zakupu waluty, a pozostałe stwierdzenia są bez znaczenia dla niniejszego odwołania i dotyczą wyłącznie subiektywnych, niepopartych dowodami, odczuć Odwołującego, z czym trudno polemizować. Reasumując stwierdził, że w

świetle przedstawionej wyżej argumentacji odwołanie nie zasługuje na uznanie, a niniejsze postępowanie zostało przeprowadzone z najwyższą starannością, z poszanowaniem obowiązujących przepisów, w tym w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów, dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp i nie uwzględniając zasadności tego zarzutu, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego i przystępującego wykonawcy ATM [Przystępujący], że wnoszący odwołanie wykonawca Comarch nie udowodnił twierdzenia, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji m.in. w art. 3 ust. 1 a także we wskazanym przez Odwołującego art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, naruszające uzasadnione interesy gospodarcze innych przedsiębiorców [w tym przypadku innych wykonawców uczestniczących w przetargu], powodując utrudnienie w dostępie do rynku, w tych przypadkach, gdy takie utrudnianie jest, w szczególności skutkiem sprzedaży towarów tub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W okolicznościach tej sprawy, mając na uwadze wskazane regulacje, jak również przepisy Kodeksu cywilnego w szczególności przepis art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, a także przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał w jaki sposób Przystępujący oferując upust cenowy na poziomie 23,66% naruszył przepisy prawa oraz, w jaki sposób wysokość oferowanego upustu z rzekomym naruszeniem przepisów [czy dobrych obyczajów kupieckich] mogła mieć wpływ na sytuację Odwołującego w kontekście jego eliminacji z rynku. Zgodnie ze wskazaną w art. 190 ust.1 ustawy Pzp dyrektywą, to zadaniem Odwołującego było udowodnienie, że kwota upustu cenowego ustalona została wbrew przepisom, czy też dobrym praktykom kupieckim, oraz, że skutkiem takiego działania Przystępujący w sposób nieuczciwy usiłuje uzyskać zamówienie, kosztem Odwołującego. Tak jak podnosił Przystępujący, wnoszący odwołanie wykonawca nie udowodnił nawet faktu, że wykonawców, będących partnerami Microsoft, obowiązują „sztywne" zasady udzielania upustów, których przekroczenie stanowi a' priori czyn nieuczciwej konkurencji. W tym przypadku Odwołujący, podnosząc, że "zaoferowana przez APN cena, jak i poziom upustu jest rażąco niski w stosunku do standardów obowiązujących na rynku LSP (Licensing Solution Provides)", nie przedstawił jednocześnie obowiązujących na rynku LSP standardów. Izba zauważa także, że postanowienia SIWZ nie określają maksymalnego dopuszczalnego upustu, jaki może zaoferować wykonawca składający w tym postępowaniu ofertę. Niewątpliwie również proponowanych, korzystniejszych warunków cenowych przez przedsiębiorcę, konkurującego na rynku w celu uzyskania zamówienia, nie można utożsamiać z czynem nieuczciwej konkurencji. Także odwoływanie się do strategii biznesowej Przystępującego, która miałaby utrudniać Odwołującemu dostęp do rynku nie zostało udowodnione. Również stwierdzenie Odwołującego, że zaoferowana przez wykonawcę APN cena jest rażąco niska w stosunku do „standardów obowiązujących na

rynku LSP", nie zostało poparte żadnym obiektywnym dowodem. Za taki dowód nie można uznać cenników obowiązujących firmę Odwołującego. Odnosząc się dodatkowo do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz przepisu art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Izba ponadto zwraca uwagę, że Microsoft Sp. z o.o. [w wyniku dwukrotnych zapytań, w związku z zastrzeżeniami Odwołującego i jego odwołaniem] poinformował Zamawiającego, że: „(...) ceny oferowane klientom przez partnerów uczestniczących w programie Select Plus należą do wyłącznej kompetencji tychże partnerów, a Microsoft nie ingeruje w swobodę kształtowania ich polityki cenowej". Zatem, jak słusznie podniósł Zamawiający, rynek LSP - pomimo, że tworzą go podmioty posiadające taki sam status - jest rynkiem konkurencyjnym. Zaoferowanie przez Odwołującego i Przystępującego różnej wysokości upustów jest tego przejawem, które w tym przypadku różnią się zaledwie o 6,36 %. Z kolei cena [zgodnie ze

specyfikacją służąca wyłącznie do porównania ofert], wskazana przez Przystępującego, wyliczona na podstawie pkt 16.1. specyfikacji przy upuście przez niego zaoferowanym, różni się od ceny Odwołującego o 21,81 zł, a która to różnica stanowi ok. 8%. Tym samym nie można uznać, że wskazana cena w ofercie Przystępującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej, w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy. W tej sprawie, jak podnosił Zamawiający, niewątpliwie należy mieć na uwadze specyfikę funkcjonowania rynku, którego dotyczy przedmiot zamówienia jak również niestandardowe rozumienie ceny w tym obrocie gospodarczym. Nie można również pomijać, że umowa, która zostanie zawarta w wyniku tego postępowania będzie obowiązywała przez okres 36 miesięcy lub do wyczerpania kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. We wskazanym okresie, Zamawiający będzie nabywał licencje na podstawie zamówień cząstkowych, a zatem każdy wykonawca składający w tym postępowaniu ofertę, jako podmiot profesjonalny na rynku LSP musiał, w dobrze pojętym interesie firmy, starannie skalkulować ryzyko, jakie towarzyszy tak skonstruowanemu kontraktowi, a zasady szacowania ryzyka niewątpliwie mogą stanowić o jego przewadze konkurencyjnej. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że wezwanie skierowane do wykonawcy w dniu 27.08.2015 r. było skutkiem zastosowania procedury z art. 87 ust.1 ustawy Pzp, [wyjaśnienia treści oferty, z uwagi na zastrzeżenia Odwołującego, podniesione po otwarciu ofert, a przed wyborem oferty najkorzystniejszej], a nie skutkiem zastosowania procedury z art. 90 ust.1 ustawy Pzp [stanowiącego o wątpliwościach zamawiającego, co do poziomu oferowanej ceny].

Reasumując Izba stwierdza, że w okolicznościach faktycznych wskazanych w odwołaniu, zarówno zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, a także podnoszony z ostrożności przez Odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny, ze wskazaniem na art. 89 ust.1 pkt 4 oraz art. 90 ust.1 i 3 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy APN, nie zasługują na uwzględnienie.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem Odwołujący nie udowodnił, że wyjaśnienia składane przez Przystępującego w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp są nieprawdziwe. W tych wyjaśnieniach, wykonawca APN odnosząc się do zapytania Zamawiającego, czy zaoferowany upust nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez „odsprzedaż produktu poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców m.in. oświadczył, że firma APN "podejmuje inwestycje, mające na celu zakup obcej waluty, w tym przypadku EUR, w momentach kiedy jej kurs jest najkorzystniejszy", oraz, że "wysokość rabatu zaoferowanego Zamawiającemu, dzięki wcześniejszemu zabezpieczeniu waluty, w dalszym ciągu pozwala A.P.N. Promise S.A. na odniesienie zysku i nie jest odsprzedażą licencji oprogramowania będących przedmiotem zamówienia poniżej ich kosztów nabycia". Na poparcie tego przedstawiono na rozprawie wyciąg banku Millenium z informacji o transakcjach bankowych z dnia 29.05.2015 r. m.in. w EUR, którego klientem jest Przystępujący.

Wobec powyższych ustaleń, także nie zasługuje na uwzględnienie podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust.1 tej ustawy, albowiem Izba za niezasadne uznała zarzuty związane ze wskazanymi w odwołaniu podstawami odrzucenia oferty wykonawcy APN oraz zarzut co, do podstaw wykluczenia tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także postanowienia rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W tym przypadku, uwzględniono wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu na podstawie przedłożonych wydruków biletów. Nie uwzględniono natomiast wniosku o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocników, o którym mowa w § 3 ust.2 lit. b rozporządzenia. Przedłożone zestawienie z dnia 22.09.2015 r. oznaczone jako „Rachunek wewnętrzny” nr 1/2015 do postępowania odwoławczego KIO

20121/15 z postępowaniu OR -10.271.109.2015 (numer sprawy)” nie stanowi, zdaniem Izby, dowodu na poniesienie uzasadnionych kosztów tytułem wynagrodzenia pełnomocników, albowiem dotyczy - jak wskazano w jego treści - kosztów wynagrodzenia pracowników [etatowych, co potwierdzono na rozprawie] Urzędu Miasta Krakowa. W tym przypadku nie wykazano, że równo rozdzielone koszty w ramach kwoty 3.600 zł, dla każdej z czterech osób

15

[po 90 zł] zostały poniesione dodatkowo, w związku np. z dodatkowymi zleceniami. Izba zwraca także uwagę, że pełnomocnictwa z datą ich wystawienia 21 września 2015 r. przez Prezydenta Miasta Krakowa, dotyczące reprezentowania Gminy Miejskiej Kraków w postępowaniu przed KIO w sprawie 2021/15, obowiązują od dnia podpisania. Z kolei w tym tzw. „rachunku wewnętrznym”, obejmującym czterech pracowników Urzędu, [te same osoby, co pełnomocnicy] podpisanym przez z-cę dyrektora Wydziału Organizacji i Nadzoru Urzędu Miasta Kraków wskazano, że rozliczenie obejmuje okres od 14.09.2015 r. [dnia wniesienia odwołania] do dnia 22 września 2015 r. [dnia poprzedzającego wyznaczoną datę rozprawy] z uwzględnieniem udziału pełnomocników w czynnościach przed KIO. Na marginesie Izba zauważa, że w posiedzeniu i rozprawie uczestniczyły w charakterze pełnomocników tylko trzy osoby.

.....

16