

WYROK

z dnia 31 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2016 r. przez **Odwołującego – Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Prokuraturę Krajową, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa**,

przy udziale wykonawców:

- 1) A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - 2) Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje wezwanie wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Prokuratura Krajowa, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Wybór Licensing Solutions Providers (LSP) – odsprzedawcy licencji oprogramowania Microsoft i usług stowarzyszonych dla powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury zgodnie z postanowieniami bezterminowych umów ramowych zawartych przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji z firmą Microsoft”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 16 maja 2016 r. Odwołujący – Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności zwrócenia się do wykonawców: A.P.N. Promise S.A. oraz COMPAREX Poland Sp. z o. o., o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo tego, iż zachodzą przesłanki opisane przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności ceny zawarte w ofertach złożonych przez ww. wykonawców co najmniej wydają się rażąco niskie.

Na podstawie powyższego zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania czynności zwrócenia się do wykonawców: A.P.N. Promise S.A. oraz COMPAREX Poland Sp. z o. o., o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z pkt 1 rozdział XVIII Opis sposobu obliczenia ceny SIWZ, cena rozumiana jest jako upust (określony w %) od cen sugerowanych Producenta Produktów i Usług Stowarzyszonych w okresie obowiązywania umowy na wszystkie licencje i usługi, które będą zakupione przez jednostki Zamawiającego w ramach umowy.

Oznacza to, że każdy z wykonawców kalkulując ofertę za punkt wyjścia musiał przyjąć warunki oferowane dla LSP, tj. odsprzedawców licencji oprogramowania Microsoft i usług stowarzyszonych. Innymi słowy, upusty oferowane Zamawiającemu przez wykonawców nie mogą być większe niż upusty, które wykonawcy otrzymali od Microsoft, a w szczególności nie mogą powodować, że sumaryczna wartość oferowanych Zamawiającemu produktów i usług, będzie poniżej kosztów ich nabycia od Microsoft. A to z kolei oznaczałoby, że oferty złożone przez ww. wykonawców zawierają rażąco niską cenę. Argumentowano, że procedura opisana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest uruchamiana w sytuacji kiedy cena oferty wydaje się rażąco niska. Innymi słowy, na tym etapie - tj. przed przeprowadzeniem procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - nie jest konieczne wykazanie, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę, wystarczy że cena ta wydaje się rażąco niska. W przedmiotowym postępowaniu ceną jest upust (określony w %) od cen Producenta. Wyżej wymienieni wykonawcy zaoferowali następujące upusty: 1) A.P.N. Promise S.A. - usługi 65,12% oraz licencje 16,53%, 2) COMPAREX Poland Sp. z o. o. - usługi 53,51% oraz licencje 16,31%. Dla porównania Odwołujący wskazał, że zaoferował następujące upusty - usługi 17,36% oraz licencje 16,84%.

Odwołujący podniósł, że zaoferowanie przez ww. wykonawców upustu na usługi w wysokości 65,12% i 53,51% należy uznać za okoliczność co najmniej uprawdopodobniającą, że zaoferowane przez ww. wykonawców ceny wydają się rażąco niskie, a tym samym zachodzi konieczność przeprowadzenia procedury opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe (czyli przeprowadzenie procedury opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) tym bardziej jest uzasadnione biorąc pod uwagę politykę Microsoft w odniesieniu do LSP tj. odsprzedawców licencji oprogramowania Microsoft i usług stowarzyszonych, która to polityka polega na oferowaniu wszystkim odsprzedawcom tych samych warunków cenowych w przetargach, których przedmiotem jest odsprzedaż licencji i usług stowarzyszonych do Klienta końcowego (Zamawiającego).

Odwołujący wniósł końcowo o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na potwierdzenie okoliczności zawartych w niniejszym odwołaniu z dokumentacji przetargowej, w szczególności o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty złożonej przez A.P.N. Promise S.A., oferty złożonej przez COMPAREX Poland Sp. z o. o., oferty złożonej przez Odwołującego, oraz z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo Zamawiającego z 05.05.2016 r.).

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Comparex Poland Sp. z o.o. z

siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu stanowiska podniesiono, że w toku postępowania zostało złożonych pięć ofert, z których jedna (nr 4) została uznana za odrzuconą na podstawie art 24 ust. 4 Pzp. Zamawiający za najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie, z kolei oferta wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie uzyskała drugą w kolejności liczbę punktów.

Wskazano, że wobec takiego rozstrzygnięcia postępowania, Odwołujący (którego oferta uzyskała trzecią w kolejności liczbę punktów) wniósł odwołanie konstruując zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie zgodził się z postawionym zarzutem, wskazując w pierwszej kolejności na brak wykazania materialnoprawnych przesłanek odwołania.

W tym zakresie Zamawiający przywołał brzmienie art. 179 ust. 1 Pzp oraz art. 192 ust. 2 Pzp, podkreślając, że „Jeżeli odwołanie jest zasadne, czyli podniesione w nim zarzuty znajdują oparcie w zgromadzonym w trakcie postępowania odwoławczego materiale dowodowym, wówczas skład orzekający uwzględnia odwołanie. Aby jednakże ograniczyć wnoszenie odwołań w sprawach błahych, art. 192 ust. 2 stanowi, iż Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten de iure wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawną odwołania – aby odwołanie mogło być uwzględnione, naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego bądź poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej musiało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia” (J. Jerzykowski. Komentarz do art. 192 ustawy – Prawo zamówień publicznych. LEX 2014).

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący w treści odwołania nie wykazał, lub nawet nie podjął próby wykazania, iż oferty Przystępujących istotnie zawierają rażąco niską cenę. Zamiast tego, Odwołujący ograniczył się jedynie do lakonicznej konstrukcji zarzutu, w którym wskazał, iż oferty ww. wykonawców „wydają się rażąco niskie”.

Zamawiający, odwołując się do art. 192 ust. 2 Pzp, stwierdził, że w jego ocenie nie jest możliwe uwzględnienie odwołania, albowiem nie można w tym zakresie mówić o takim naruszeniu ustawy Pzp, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Argumentowano, że samo nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zwrócenia się o wyjaśnienia w trybie art. 90 Pzp nie prowadzi automatycznie do uznania, iż oferty faktycznie winny zostać odrzucone. Zatem dopiero skonstruowanie odpowiednich

zarzutów przez Odwołującego obejmujących naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a także odpowiedniego wniosku w zakresie odrzucenia ofert Przystępujących i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mogłoby czynić zadość wymaganiom stawianym przez art. 192 ust. 2 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp. Wobec braku takich zarzutów odwołanie powinno podlegać oddaleniu. Zamawiający odwołał się jednocześnie do wyroku KIO z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt KIO 530/13, stwierdzając, że przenosząc treść tego wyroku na stan faktyczny tej sprawy wskazać należy, że samo zaniechanie wezwania Przystępujących przez Zamawiającego do wyjaśnienia czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie spowoduje, iż zmianie ulegnie wynik postępowania, albowiem dopiero wykazanie przez Odwołującego, iż oferty faktycznie zawierają rażąco niską cenę umożliwiłoby uwzględnienie odwołania, wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej, przy założeniu, że taki wniosek zostałby zawarty w treści odwołania.

Zamawiający wskazał, że powyższa interpretacja znajduje uzasadnienie w specyfice postępowania odwoławczego, które charakteryzuje się koncentracją środków odwoławczych. Zamawiający powołał przykład, że wykonawcy nie mogą zarzucać zamawiającym jedynie brak wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, jeżeli z takimi zarzutami nie są jednocześnie powiązane odpowiednie zarzuty i wnioski mające na celu wykluczenie wykonawcy z postępowania oraz wybór oferty odwołującego. Innymi słowy nie można uzależniać treści zarzutów wskazywanych w odwołaniu od ewentualnych pośrednich czynności. Istotą odwołania powinny być takie zarzuty i wnioski, które przy uwzględnieniu odwołania przez Izbę doprowadzą do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Co istotne, możliwość złożenia odpowiedniego zarzutu i wniosku przez Odwołującego obejmującego odrzucenie oferty Przystępujących ze względu na fakt istnienia rażąco niskiej ceny nie jest ściśle powiązane z uprawnieniem (czy też w niektórych wypadkach obowiązkiem) Zamawiającego do wzywania do złożenia wyjaśnień. Odwołujący miał pełne prawo, a w tym przypadku obowiązek, aby takie zarzuty i wnioski wskazać już w treści odwołania. Zamawiający wskazał na marginesie, że Odwołujący nie zarzuca nawet w treści odwołania, iż Zamawiający był zobowiązany do wezwania Przystępujących do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ze względu na „30 procentowy próg”, co tylko potwierdza, iż powinien koncentrować się na zarzutach obejmujących obowiązek odrzucenia oferty Przystępujących ze względu na występowanie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji wybór jego oferty.

Zamawiający przedstawił następnie mechanizm opisany w art. 90 Pzp wskazując, że ratio legis tego przepisu nie prowadzi do wniosku, iż Zamawiający każdorazowo jest zobowiązany do wzywania wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień, gdy ich oferty w

pewien sposób odbiegają od średniej pozostałych złożonych ofert lub wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający winien to uczynić wyłącznie w przypadku, gdy zmierza odrzucić taką ofertę, aby dać możliwość wykonawcom wyjaśnienia istotnych dla skalkulowania ich ofert elementów. Zamawiający argumentował także o konieczności wykazania przez Odwołującego, wpieryw poprzez skonstruowanie odpowiedniego zarzutu, iż w niniejszym stanie faktycznym oferty Przystępujących winny zostać odrzucone ze względu na występowanie w nich rażąco niskiej ceny. Próba przeniesienia przez Odwołującego środka ciężkości na wykazywanie, iż cena tych ofert jedynie wydaje się rażąco niska, nie może zasługiwać na uwzględnienie, skoro ten mechanizm służy wyłącznie temu, aby przed ewentualnym odrzuceniem oferty, Zamawiający dał wykonawcy możliwość wypowiedzenia się co do wszelkich elementów cenotwórczych jego oferty.

Zamawiający argumentował ponadto o braku zastosowania przepisu art. 90 Pzp, wskazując, że mechanizm ten w ogóle nie może mieć zastosowania, skoro nie występuje tutaj pojęcie ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 Pzp. Podkreślono, że dla ustalenia pojęcia oferty najkorzystniejszej w toku postępowania posłużono się „upustem” w formie procentowej od cen sztywnych ustalanych poza zakresem postępowania. Jeżeli zatem nie istnieje w tym zakresie cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, nie jest możliwe wykazywanie lub też podjęcie próby wykazywania, iż winien w tym stanie faktycznym mieć zastosowanie art. 90 Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy nie stanowił istoty sporu. Izba przyjęła w ramach dokonywanych ustaleń okoliczności faktyczne przedstawione w stanowiskach stron, w szczególności związane z poziomem upustów zaoferowanych w tym postępowaniu przez poszczególnych oferentów, w tym przez Przystępujących.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp *in principio* zawiera generalne klauzule, zawierające przy tym pewien element subiektywnej oceny zamawiającego, która to subiektywność z natury rzeczy może mieć miejsce, zwłaszcza gdy zamawiający na etapie oceny ofert dysponuje jedynie informacją o wysokości cen (a nie o elementach, które są podstawą jej wyliczenia, czy przyczynach pozwalających na zaoferowanie ceny w takiej, a nie innej wysokości).

Przepis

w dalszej części podaje przykład, który powinien być traktowany, jako sytuacja wypełniająca wskazane na wstępie klauzule generalne. Nie oznacza to, że tylko zaistnienie różnicy 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, może jedynie uprawniać do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Przepis stanowi bowiem na wstępie, że zwrócenie się o wyjaśnienia i dowody powinno mieć miejsce, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. „Wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Jednocześnie należy wskazać, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej,

a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się” o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się”. Ponadto, obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej – gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki – wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust. 1 Pzp, w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Również z tego przepisu można wyprowadzić obowiązek żądania od wykonawcy udowodnienia realności swojej ceny, gdy jej wysokość budzi uzasadnione wątpliwości.

Za chybione Izba uznała argumenty Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Co istotne, Zamawiający w ogóle nie odniósł się do meritum sprawy, ograniczając swoje stanowisko do polemiki podważającej poprawność konstrukcji zarzutów, jak również do błędnej tezy o braku możliwości stosowania w tym postępowaniu art 90 Pzp. W odpowiedzi na odwołanie nie zostały przedstawione żadne rzeczowe argumenty, czy okoliczności, które wyjaśniałyby dlaczego w tej sprawie Zamawiający nie miał wątpliwości, co do ofert Przystępujących, dlaczego zaoferowane upusty nie wydały się Zamawiającemu rażąco niskie, wreszcie dlaczego poziom tych upustów został oceniony przez Zamawiającego za wiarygodny, nie wymagający żadnej weryfikacji, a tym samym nie budzący wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. W istocie, Zamawiający nie przedstawił przed Izbą wyjaśnień, argumentów, czy dowodów, które przemawiałyby za tym, iż w tej sprawie nie zaistniały przesłanki uzasadniające uruchomienie procedury wyjaśniającej z art 90 ust. 1 Pzp.

Z drugiej strony Odwołujący wykazał i udowodnił, iż w tej sprawie poziom zaoferowanych przez Przystępujących upustów w sposób istotny odbiega nie tylko od pozostałych ofert, ale także od realiów rynkowych, w tym zasad współpracy z producentem oprogramowania. Sama wielkość zaoferowanych upustów w kategorii usług stowarzyszonych, nawet bez szczegółowej weryfikacji rynku, czy bez specjalnych analiz porównawczych, mogła wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Słusznie argumentował Odwołujący stawiając pytanie, w jakich sytuacjach miałyby znajdować zastosowanie art 90

ust. 1 Pzp, jak nie w takiej, jak w niniejszej sprawie, gdzie Przystępujący zaoferowali upusty w kategorii usług stowarzyszonych na poziomie 65,12% (A.P.N. Promise S.A.) oraz 53,51% (COMPAREX Poland Sp. z o. o.).

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, co do wadliwego sformułowania zarzutów. Praktyka łączenia zarzutu naruszenia art 90 Pzp z zaniechaniem odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie oznacza, że warunkiem dopuszczalności i skuteczności zarzutu naruszenia art 90 ust. 1 Pzp jest jednocześnie postawienie zarzutu dalej idącego, tj. zarzutu naruszenia art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Stawianie zarzutu rażąco niskiej ceny

i żądanie odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy wykonawcy nie byli jeszcze wzywani do składania wyjaśnień i dowodów, byłoby działaniem przedwczesnym. Na obecnym etapie postępowania za wystarczające i prawidłowe należało uznać postawienie zarzutu i argumentowanie nakierowane na wykazanie zaistnienia konieczności przeprowadzenia procedury wyjaśniającej z art 90 Pzp, a w konsekwencji zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępujących do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie zaoferowanej ceny. Widoczna jest w tej materii pewna sprzeczność w argumentacji Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że nie można automatycznie odrzucać oferty wykonawcy, bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a z drugiej strony wywodzono, że Odwołujący, zanim procedura ta zostałaby przeprowadzona, miał obowiązek żądania odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Należy jednocześnie zauważyć, że w przypadku zastosowania art 90 Pzp, ciężar wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy (art 90 ust. 2 Pzp). Podobnie rozkłada się ciężar dowodowy w postępowaniu przed Izłą (art 190 ust. 1a Pzp). Przyjęcie optyki Zamawiającego skutkowałoby natomiast tym, że to Odwołujący musiałby w całości udowodniać, że ceny konkurentów są rażąco niskie. Ponadto, zaakceptowanie stanowiska Zamawiającego mogłoby oznaczać, że nigdy nie byłoby możliwe samo zakwestionowanie zaniechania zastosowania art 90 ust. 1 Pzp (skoro wykonawca dla uwzględnienia odwołania musiałby udowodniać i żądać odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). Warto podkreślić, że odrzucenie oferty może wiązać się z okolicznościami zaistniałymi wskutek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, bez potrzeby sięgania do przepisu art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Samodzielną podstawę odrzucenia oferty kreuje bowiem przepis art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jako chybione Izba uznała ponadto twierdzenia, że w postępowaniu w ogóle nie może mieć zastosowania art 90 Pzp. Trudno uznać, by poprzez konstrukcję treści specyfikacji

i przyjęcie określonych koncepcji dla ustalenia oferty najkorzystniejszej (w tym przypadku posłużyć się upustem w formie procentowej) można było wyłączyć stosowanie przepisu ustawy.

Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z art 91 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ust. 1). Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji (ust. 2). Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia (ust. 2a).

Jak wynika z powyższego cena jest zawsze kryterium oceny ofert (obligatoryjnym, co nie oznacza, że musi być kryterium jedynym). Izba dostrzega specyfikę tego postępowania, ale nie można uznawać, by w postępowaniu w ogóle nie występowała cena. Definicja zamówienia publicznego zawarta w 2 pkt 13 Pzp stanowi, iż przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne. Następnie, należy wskazać, że cena jest obowiązkowym kryterium oceny ofert. W tym przypadku, za cenę oferty należy uznawać wartość upustu. Wartość oferowanego upustu w odniesieniu do cen sugerowanych Producenta wyznacza bowiem cenę, jaką Zamawiający będzie płacić za dane świadczenie. Z tego też względu przedmiotem badania musi być wysokość zaoferowanego upustu, czy jest to wysokość realna, faktycznie dostępna wykonawcy (i z czego to wynika), pozwalająca na wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami, a nie rażąco zaniżona. Argumentacja Zamawiającego nie przystawała przy tym do treści specyfikacji, gdzie zawarto rozdział dotyczący opisu sposobu obliczenia ceny (rozdział XVIII), w treści którego przewidziano m.in., że:

“1. Cena rozumiana jako upust (określony w %) od cen sugerowanych Producenta Produktów i Usług Stowarzyszonych w okresie obowiązywania umowy na wszystkie licencje i usługi, które będą zakupione przez jednostki Zamawiającego w ramach umowy.

2. Wykonawca jest zobowiązany do złożenia oferty na wysokość procentową upustu w stosunku do cen oferowanych (sugerowanych) przez Producenta na wymienione poniżej kategorie oprogramowania i usług:

a) w kategorii odsprzedaży oprogramowania;

b) w kategorii usług stowarzyszonych.

4. Cena musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym koszty dostawy i odsprzedawania licencji, wynagrodzenie za prawo do korzystania z oprogramowania na polach eksploatacji określonych w § 2 ust. 11 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, oraz podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz cła.

5. Każdy z upustów musi być obliczany w taki sposób, aby cena każdego produktu określona w Wykazie Produktów po przeliczeniu z EURO na złote zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 4 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ i uwzględnieniu tego upustu oraz po powiększeniu o wartość należnego podatku od towarów i usług (VAT), uwzględniała wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym:

- koszty udostępnienia i odsprzedawania licencji,
- wynagrodzenia za prawo do korzystania z oprogramowania na polach eksploatacji określonych w § 2 ust. 11 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ,
- podatki, w tym podatek od towarów i usług (VAT) oraz cła”.

Zamawiający przewidział więc nie tylko istnienie ceny w tym postępowaniu, ale zastrzegł też szereg wymogów przy jej wyliczaniu przez wykonawcę, w tym podstawowy, że cena musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. W odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający wskazał m.in., że zgodnie z SIWZ szkolenia nie będą finansowane i rozliczane oddzielnie i muszą być realizowane w ramach wynagrodzenia za przedmiot zamówienia (licencje na oprogramowanie Microsoft i usługi stowarzyszone Producenta), zgodnie z § 2 ust. 4 projektu umowy, poprzez odpowiednie skalkulowanie poziomu upustów w stosunku do cen sugerowanych przez Producenta na wszystkie licencje oprogramowania i usługi stowarzyszone (pismo z dnia 23 marca 2016 r., w aktach sprawy). Opis przedmiotu zamówienia, jak również wzór umowy, przewiduje szereg innych wymogów i obowiązków wykonawcy. Uczynienie kryterium oceny ofert upustów od cen sugerowanych Producenta samo w sobie nie oznacza natomiast, że nie można sprawdzić, czy poziom zaoferowanych upustów pozwala na wykonanie tych obowiązków i wykonanie przedmiotu zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy wysokość upustów zaoferowanych przez Przystępujących w kategorii usług stowarzyszonych Producenta wręcz nakazuje przeprowadzenie tego rodzaju sprawdzenia.

Specyfika tego postępowania pokazuje wagę klauzul generalnych zawartych w art 90 ust. 1 Pzp *in principio*, gdyż przy takiej konstrukcji specyfikacji, w tym wzoru oferty, w zasadzie została wyłączona możliwość zaistnienia obligatoryjnej przesłanki zastosowania art 90 ust. 1 Pzp (w postaci 30% różnicy wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert). Nie może to jednak oznaczać tego, że oferty w ogóle nie mogą lub nie powinny być sprawdzane.

W sprawie istotne jest przede wszystkim to, że zgromadzony materiał dowodowy nakazywał ocenę, iż upusty na poziomie 65,12% (A.P.N. Promise S.A.) oraz 53,51% (COMPAREX Poland Sp. z o. o.) nie są powszechnie stosowane na rynku w postępowaniach o tożsamym lub zbliżonym przedmiocie zamówienia. Przeciwnie są to upusty odbiegające w sposób istotny od realiów rynkowych, upustów zaoferowanych w tym postępowaniu przez innych wykonawców i już ta okoliczność winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skłonić do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej z art 90 ust. 1 Pzp.

Dowód złożony przez Przystępującego COMPAREX Poland Sp. z o.o. przemawiał, w ocenie Izby, przeciwko twierdzeniom Przystępujących i dodatkowo czynił uzasadnionym twierdzenia Odwołującego. Złożone pismo z dnia 16 października 2015 r. przedstawiało informację o ofertach złożonych w tożsamym postępowaniu prowadzonym w nieodległym czasie do postępowania niniejszego. Jak wynika z zawartego tam zestawienia upusty w kategorii usług stowarzyszonych oferowane były na poziomie: 9,80%, 17,7%, 5%, 21,48%. Tylko jedna oferta (Przystępującego A.P.N. Promise S.A.) prezentowała poziom 50%. Przeważający poziom upustów innych przedsiębiorców działających na tym rynku oscyluje jednak wokół niższych wartości. To, że jeden wykonawca oferował w tamtym postępowaniu poziom 50-procentowy nie uzasadniało więc twierdzenia, że jest to poziom występujący zwyczajowo na rynku. Przeciwnie, dowód ten pokazywał, że na rynku funkcjonują niższe upusty (stosowane przez firmy, które tak jak i Przystępujący mogą legitymować się dużym doświadczeniem i wieloletnią działalnością na rynku). Tym bardziej należało uznać, że konieczne jest wyjaśnienie, co pozwoliło Przystępującym na oferowanie upustów znacznie odbiegających od tego poziomu. W sposób tożsamy należało ocenić dowód Przystępującego z pisma z dnia 10 grudnia 2015 r., dotyczącego przetargu prowadzonego przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu. Z zestawienia ofert zawartych w tym piśmie również wynika, że tylko jedna oferta (Przystępującego A.P.N. Promise S.A.) prezentowała poziom 50%, pozostałe – w tym Przystępującego COMPAREX – oscylowały wokół zdecydowanie niższych wartości.

Jednocześnie Odwołujący wykazał, że producent oprogramowania stosuje wobec odsprzedawców (LSP) te same warunki i kryteria. Okoliczność ta nie była, co do zasady,

kwestionowana. Dowód złożony przez Odwołującego z rozstrzygnięcia poprzedniego przetargu prowadzonego przez Zamawiającego w 2012 r. wskazywał ponadto, że wykonawca A.P.N. Promise S.A. w kategorii usług stowarzyszony zaofერował upust na poziomie 5%, co do poziomu obecnego upustu przedstawia bardzo wysoką różnicę. Zamawiający, ani Przystępujący nie przedstawili Izbie rzeczowej argumentacji, czy dowodów, na poparcie tego, że wykonawcy faktycznie dysponują możliwością ofertowania tak znacznych upustów, co konkretnie pozwoliło im na zaferowanie upustów na tak wysokim poziomie (odbiegającym istotnie od poziomu przeważającego na rynku, czy poziomu oferowanego przez tych wykonawców w innych postępowaniach) i czy nie skutkuje to rażącym zaniżeniem ceny za świadczone usługi. Przystępujący ogólnikowo odwoływali się do przyjętych elementów kalkulacji, jednak w ocenie Izby kwestie te muszą rzeczowo wykazać i udowodnić i służyć temu winna procedura z art 90 Pzp.

Rozstrzygając sprawę Izba miała na uwadze, że zarzut odwołania koncentrował się na kategorii usług stowarzyszonych Producenta. Ta część zamówienia nie mogła zostać uznana jednak za marginalną. Zamawiający wskazał na rozprawie, że będzie zamawiał usługi stowarzyszone, w tym w odniesieniu do dwóch projektów, tj. usług katalogowych i centralnej poczty elektronicznej dla jednostek prokurator, oraz że może to być około 10% wartości umowy. Sam Przystępujący A.P.N wskazał, że takie usługi *“wymagają jednak dużej ilości oprogramowania i licencji, jednym jest oprogramowanie na serwer, natomiast trzeba dokupywać kolejne oprogramowania dla kolejnych użytkowników”* (vide: protokół z rozprawy). Z treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) wynika, że w zakresie usług stowarzyszonych Producenta, Zamawiający postawił szereg wymogów:

„W zakresie usług Producenta wymagane jest zapewnienie:

1. *Wykonywania usług przez specjalistów (pracowników) producenta oprogramowania.*
2. *Dostarczania Harmonogramu Prac dotyczącego zamawianych Usług Stowarzyszonych zawierającego liczby godzin, poszczególnego typu specjalistów Producenta (w transzach nie mniejszych niż 40 godzin dla jednego zamówienia) wraz z kosztami i terminami ich realizacji.*
3. *Dostępu do laboratoriów i specjalistów producenta pozwalających na:*
 - a) *możliwość testowania specyficznych scenariuszy rozwiązań klienta w laboratorium producenta,*

b) możliwość szybkiego rozwiązywania problemów w ramach wsparcia projektów wdrożeniowych, poprzez przygotowanie dedykowanych projektów oraz poprawek w kodzie (tzw. HOT FIXy).

4. Dostępu do bazy wiedzy produktów:

a) dostęp do bazy wiedzy Producenta oraz do zastrzeżonych prawami autorskimi bibliotek architektury referencyjnej i najlepszych praktyk w obszarze wdrożenia i eksploatacji produktów Producenta,

b) dostęp do historii wszystkich incydentów (awarii) dotyczących produktów Producenta i rozwiązań zgłoszonych przez klientów Producenta na całym świecie.

5. Informacji o nowych wersjach i funkcjonalnościach produktów przed oficjalnym upublicznieniem:

a) informacja o datach dostępności i datach planowanego zakończenia wsparcia,

b) możliwości otrzymania wersji przedprodukcyjnych, w tym wersji Beta do testów, oraz uczestnictwo w programach Technology Adoption Program – (TAP) po przejściu procesu kwalifikacyjnego.

6. Możliwości zgłaszania wymagań do grup produktowych Producenta”.

Usługi stowarzyszone będą więc stanowiły istotną część zamówienia, w dodatku w zakresie tych usług kluczowe mogą być koszty producenta oprogramowania (m.in. wskazane powyżej usługi specjalistów (pracowników) producenta oprogramowania, dostęp do laboratoriów i specjalistów producenta). Na rozprawie Przystępujący A.P.N wskazał m.in., że

„usługi są tylko sprzedawane, wykonawcą jest Microsoft i jego pracownicy” (vide: protokół z rozprawy). Przystępujący zaoferowali tak znaczne upusty w kategorii, gdzie koszty wykonania tych usług nie są w całości od nich zależne (gdyż szereg czynności wymaga zaangażowania producenta oprogramowania). Winni więc udowodnić, co pozwoliło im na zaoferowanie tak wysokich upustów i wykazać, że mają podstawy i rzeczowe przesłanki do wykonywania zamówienia na zaoferowanym poziomie upustów. Sprawa na chwilę obecną wygląda natomiast tak, że Przystępujący zaoferowali bardzo wysokie upusty, ale w zasadzie w ogóle nie wiadomo z czego wynika możliwość zaoferowania tak wysokiego poziomu upustu (jak wskazano wcześniej na rozprawie Przystępujący odwoływali się do ogólnikowej argumentacji) – w dodatku, gdy co do zasady Producent stosuje te same warunki dla swoich odsprzedawców.

Izba miała dodatkowo na uwadze, że powyższe odnosi się do kryterium oceny oferty z wagą 25%. Izba nie uznała argumentacji Zamawiającego nakierowanej na wykazanie, że w tej sprawie nie mogło dojść do naruszeń, które mogłyby być kwalifikowane, jako naruszenia

mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechanie przeprowadzenia procedury z art 90 ust. 1 Pzp może samo w sobie mieć wpływ na wynik postępowania (np. może zostać wybrana oferta, która w przypadku przeprowadzenia procedury mogłaby podlegać odrzuceniu). W niniejszej sprawie zostały spełnione przesłanki z art 192 ust. 2 Pzp.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: