

WYROK
z dnia 18 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Prokuratura Krajowa, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44A, 02-672 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonanie ponownej czynności badania oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie ceny (upustów), w szczególności upustu 65,12% od wartości cen sugerowanych Producenta w kategorii usług stowarzyszonych w relacji do całkowitej ceny oferty; dokonanie oceny oferty tego wykonawcy wraz z oceną ofert niepodlegających odrzuceniu;
nie uwzględnia pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44A, 02-672 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa z tytułu wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od wykonawcy A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44A, 02-672 Warszawa na rzecz wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 2.3.** zasądza od wykonawcy A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44A, 02-672 Warszawa na rzecz zamawiającego Prokuratura Krajowa, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na 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 z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *Wybór Licensing Solution 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*, znak sprawy PG XF 292.3.2016, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 02.03.2016 r., nr 2016/S 043-070786.

Odwołujący – Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie na zaniechanie dokonania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp oraz wyroku KIO z 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający dokonał ponownie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę A.P.N. Promise S.A. jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że zachodzą przesłanki do odrzucenia tej oferty oraz do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę COMPAREX Poland Sp. z o.o. Niezależnie od powyższego, w stosunku do obu ww. wykonawców zachodzą również przesłanki wykluczenia. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego ww. wykonawcy zostaliby wykluczeni, a oferty przez nich złożone – odrzucone, co z kolei umożliwiłoby odwołującemu uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym należy uznać, że odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

- 1) odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 90 ust. 1 w zw. art. 192 ust. 3 pkt 1 przez nie wykonanie wyroku KIO z 31 maja 2016 r., sygn. KIO 820/16 oraz przez nie zwrócenie się do wykonawcy A.P.N. Promise S.A. i wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o., zgodnie z treścią ww. wyroku, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofertowanego 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 (str. 11 uzasadnienia ww. wyroku) – **zarzut cofnięty na rozprawie**,

2) art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 przez objęcie tajemnicą wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny złożonych przez A.P.N. Promise S.A. (tajemnicą objęto część wyjaśnień) oraz wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o. (tajemnicą objęto całość wyjaśnień), pomimo braku podstaw do wyłączenia jawności obu wyjaśnień, a co za tym idzie obowiązku zamawiającego ich ujawnienia (odtajnienia),

3) w przypadku nie uwzględnienia zarzutu, o którym mowa w pkt 1 powyżej – odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

a) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo tego że ww. wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

b) art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz oferty wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o., pomimo tego, że zachodzą przesłanki wskazane w tych przepisach, aktualizujące obowiązek odrzucenia ofert złożonych przez wymienionych wykonawców, ewentualnie

c) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz oferty wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o., ponieważ treść ww. ofert nie odpowiada treści SIWZ.

Żądania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odtajnienia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę A.P.N. Promise S.A. oraz wykonawcę COMPAREX Poland Sp. z o.o.,

3) zwrócenia się do wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o., zgodnie z treścią ww. wyroku, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na 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 – **żądanie cofnięte na rozprawie**, a w przypadku nie uwzględnienia przez Izbę tego żądania, odwołujący wniósł o:

4) wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o.,

5) odrzucenie oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz oferty wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o.,

- 6) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
- 7) dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wniosek/żądanie.

Odwołujący wniósł o dołączenie do akt sprawy, akt sygn. KIO 820/16, z następującym uzasadnieniem: wniosek zasługuje na uwzględnienie, ponieważ obie sprawy dotyczą tego samego zagadnienia, odwołujący będzie składał wnioski dowodowe odnoszące się do dowodów znajdujących się w aktach sprawy sygn. KIO 820/16, działania zamawiającego powinny wynikać z wyroku wydanego przez Izbę z dnia 31.05.2016 r., sygn. akt KIO 820/16.

1. Zamawiający 17.06.2016 r. poinformował odwołującego o ponownym wyborze oferty złożonej przez A.P.N. Promise S.A.

2. Zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o., o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na 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. Obowiązek w tym przedmiocie został nałożony na zamawiającego wyrokiem z dnia 31.05.2016 r., str. 11 uzasadnienia wyroku.

Pisma z 02.06.2016 r. skierowane przez zamawiającego do ww. wykonawców nie czynią zadość obowiązkowi nałożonemu wyrokiem na zamawiającego. W pismach tych brak bowiem istoty problemu, która została wyrażona przez w uzasadnieniu wyroku, a której pominięcie w pismach zamawiającego, czyni oba wezwania niezgodnymi z wyrokiem.

Z tego względu – w ocenie odwołującego – konieczne jest ponowienie przez zamawiającego wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień przez obu wskazanych wykonawców, przy czym każde z wezwań powinno obejmować treść wskazaną przez Izbę jako jego konieczny element.

3. W przypadku nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu oraz żądania wskazanego wyżej, odwołujący wskazuje, co następuje:

3.1. W toku poprzedniego postępowania odwoławczego, sygn. akt KIO 820/16, wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz COMPAREX Poland Sp. z o.o. składali oświadczenia, w tym w odpowiedzi na pytania Izby. W odpowiedzi na pytanie odnoszące się do zaoferowanych przez obu wykonawców upustów, wykonawcy oświadczyli, że jest to pochodna umiejętnie stosowanej inżynierii finansowej na walucie, a ponadto, że są podwykonawcami Microsoft (str. 8 protokołu posiedzenia i rozprawy z 31.05.2016 r., sygn. akt KIO 820/16).

Innymi słowy, na pytanie o wyjaśnienie przyczyn zaoferowania tak wysokich upustów, udzielono odpowiedzi, że wynika to z inżynierii finansowej na walucie oraz podwykonawstwa dla Microsoft.

3.2. Zgodnie z postanowieniami SIWZ (załącznik nr 1 Opis przedmiotu zamówienia, zdanie pierwsze): „*Przedmiotem zamówienia jest wybór Licensing Solution Providers (LSP) - odsprzedawcy licencji oprogramowania Microsoft i usług stowarzyszonych świadczonych przez specjalistów będących pracownikami producenta Produktów lub Spółek będących jego 100% własnością (Producenta dla jednostek Zamawiającego – powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury zgodnie z postanowieniami bezterminowych umów Ramowych: Microsoft Business and Services MBA/MBSA U9100053 wersja 2012 z aneksem ID CTM nr 6-BSVP7SXAY z dnia 5 sierpnia 2013 r. oraz Microsoft Enterprise 6167201 wersja 2012 z aneksem ID CTM nr 6-BSVQ2XDDA z dnia 10 sierpnia 2013 r. zawartych przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji z firmą Microsoft [podkreślenie Odwołującego].*”. Powyższe oznacza, że usługi stowarzyszone mogą być świadczone wyłącznie przez producenta Produktów (Microsoft) lub spółek będących jego 100% własnością. Tymczasem wspomniani wykonawcy kalkulowali przedmiotowe zamówienie przyjmując, że uzyskają przychód z podwykonawstwa, co jest niedopuszczalne w świetle postanowień SIWZ. Z tego względu oferty obu wykonawców powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

3.3. Złożone przez wskazanych wykonawców na rozprawie 31.05.2016 r. przez wskazanych wykonawców oświadczenia na pytanie Izby o wyjaśnienie przyczyn zaoferowania tak wysokich upustów, wskazujące, że wynika to z inżynierii finansowej na walucie oraz podwykonawstwa dla Microsoft, należy rozpatrywać jeszcze w innym kontekście. Otóż, wyjaśnienia te należy porównać z wyjaśnieniami złożonymi przez tych wykonawców na okoliczność rażąco niskiej ceny. W przypadku wykonawcy A.P.N. Promise S.A. wyjaśnienia te zostały w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w przypadku zaś wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o. całość wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Bez odtajnienia przedmiotowych informacji odwołujący samodzielnie nie może dokonać ich porównania, a co za tym idzie wykazania ewentualnych sprzeczności pomiędzy tymi wyjaśnieniami a wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie w dniu 31.05.2016 r. Niemniej jednak, gdyby wyjaśnienia ww. wykonawców złożone na rozprawie 31.05.2016 r. nie były tożsame z wyjaśnieniami złożonymi przez tych wykonawców na wezwanie zamawiającego na okoliczność rażąco niskiej ceny, a jawna część wyjaśnień wykonawcy A.P.N. Promise S.A. na to wskazuje, zachodziłaby – w ocenie odwołującego – konieczność wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ podanie przez nich innych przyczyn, niż na rozprawie, uzasadniających zaoferowane upusty oznaczałoby podanie przez tych wykonawców nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

3.4. Zasadne jest również postawienie zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 8 ust.

1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców na rozprawie należy uznać za wiarygodne. Wykonawcy podali, że zaoferowane upusty wynikają z inżynierii finansowej na walucie oraz z faktu podwykonawstwa dla Microsoft, a zatem informacji już jawnych. Z tego względu zdaniem odwołującego, brak było podstaw do wyłączenia jawności obu wyjaśnień (w przypadku wykonawcy A.P.N. Promise S.A. ich części), chyba że objęcie tajemnicą złożonych wyjaśnień obliczone było jedynie na uniemożliwienie odwołującemu ich weryfikacji.

4. W przypadku nie uwzględnienia przez Izbę opisanych zarzutów i żądań, odwołujący wskazuje na naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. oraz oferty wykonawcy COMPAREX Poland Sp. z o.o., pomimo tego, że zachodzą przesłanki wskazane w tych przepisach.

Na powyższą okoliczność odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- a) pisma z 16.10.2015 r. przedstawiającego informację o ofertach w postępowaniu na wybór LSP prowadzonym przez zamawiającego,
- b) pisma z 10.12.2015 r. dotyczącego przetargu prowadzonego przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu,
- c) pisma z 13.07.2012 r. przedstawiającego informację o ofertach w postępowaniu na wybór LSP prowadzonym przez zamawiającego.

Dowody zgłaszane przez wykonawców oraz odwołującego na rozprawie 31.05.2016 r.

Mając na względzie powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego – Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego i A.P.N Promise S.A. z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego – Izba uwzględniła na podstawie art. 185 ust. 4 w zw. z ust. 5 ustawy Pzp opozycję odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. po stronie odwołującego, uznając zasadność wniosku odwołującego: Comparex Poland Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sytuacji, gdy z przepisu art. 185 ust. 5 wynika, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do którejś ze stron nie może podejmować czynności, które pozostają w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. W treści zgłoszenia

przystąpienia, drugi akapit od dołu, str. 1 zgłoszenia, wykonawca wskazał, że zarzuty przedstawione w odwołaniu odnoszące się do przystępującego Comaprex Poland Sp. z o.o. są bezpodstawne. Tymczasem z treści odwołania wynika coś przeciwnego, co potwierdza stanowisko odwołującego, że oświadczenie przystępującego Comparex Poland Sp. z o.o. jest sprzeczne z oświadczeniem odwołującego, a co oznacza, że rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego nie jest w interesie przystępującego Comparex Poland Sp. z o.o. Brak tego ostatniego elementu, o którym mowa w art. 185 ust. 4 oznacza, w ocenie odwołującego, uprawdopodobnienie skutkujące niedopuszczeniem Comparex Poland Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego i uwzględnieniem opozycji.

Wykonawca A.P.N Promise S.A. z siedzibą w Warszawie w wyniku skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem tego postępowania.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca A.P.N Promise S.A., zwany dalej „przystępującym” wniósł sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w zakresie swojej oferty.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w odniesieniu do oferty przystępującego.

Izba załączyła do akt sprawy odwoławczej, akta sprawy sygn. akt KIO 820/16 w zakresie niezbędnym do rozpoznania aktualnego odwołania.

Odwołujący cofnął zarzut oznaczony nr 1 w części B odwołania oraz żądanie oznaczone nr 3 w części C odwołania.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, wykazanie zasadności chociażby jednego zarzutu, powoduje uwzględnienie odwołania, jeżeli naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

1. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy przez objęcie tajemnicą wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny złożonych przez A.P.N. Promise S.A. (tajemnicą objęto część wyjaśnień), pomimo braku podstaw do wyłączenia jawności wyjaśnień, a co za tym idzie obowiązku zamawiającego ich ujawnienia (odtajnienia).

Wskazane przepisy ustawy stanowią: art. 8 ust. 1-3: postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne; zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie; nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady jest jawne. Wyłączenie jawności informacji następuje w przypadku zastrzeżenia ze strony wykonawcy, w odpowiednim czasie i z uzasadnionych przyczyn, tajemnicy przedsiębiorstwa. W wykonaniu wyroku Izby z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, zamawiający wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (pismo z dnia 2 czerwca 2016 r.).

Przystępujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 8 czerwca 2016 r.), część jawną i część niejawną, składając równocześnie uzasadnienie zastrzeżenia. Powołując się na przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (spełnianie przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.), przedstawiają dane w zakresie wyceny i szacowania zamówienia, stanowią więc cenne źródło informacji dla konkurencji. Zamawiający uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia wskazanych przepisów ustawy zamieszczone w pkt 3.4 na str. 7 odwołania, nie przedstawia argumentów, które stanowiłyby podstawę nakazania zamawiającemu ujawniania informacji skutecznie zastrzeżonych.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo tego, że ww. wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi: *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.*

Warunkiem zastosowania przepisu jest złożenie nieprawdziwych obiektywnie informacji (sprzecznych z rzeczywistym stanem) i wpływ lub możliwość wpływu tych informacji na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie

z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawienie dowodów dla stwierdzenia faktów obciąża stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego, w zależności od tego, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne.

W uzasadnieniu odwołania pkt 3.3 str. 7/8 odwołujący stwierdził, że o złożeniu nieprawdziwych informacji może świadczyć sprzeczność wyjaśnień złożonych przez przystępującego na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. w sprawie sygn. akt KIO 820/16 z wyjaśnieniami składanymi na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie: inżynierii finansowej na walucie oraz podwykonawstwa dla Microsoft.

Izba wskazuje, że na rozprawie w dniu 12 lipca 2016 r. przystępujący wyjaśnił, że określenie „jest podwykonawcą Microsoft”, str. 8 protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 31 maja 2016 r., nie miało znaczenia podwykonawstwa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, lecz dotyczyło współpracy jako LSP. Uwzględniając powyższe oraz brak sprzeczności z wyjaśnieniami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa co do statusu LSP, nie znajduje uzasadnienia zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. o.o. pomimo tego, że zachodzą przesłanki wskazane w tych przepisach, aktualizujące obowiązek odrzucenia oferty.

Wskazane przepisy stanowią: art. 90 ust. 3: *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*, art. 89 ust. 1 pkt 4: *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*.

Przystępujący złożył wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego będące następstwem nakazu zamieszczonego w wyroku Izby z dnia 31 maja 2016 r. Wezwanie zamawiającego z dnia 2 czerwca 2016 r., wystosowane wkrótce po ogłoszeniu wyroku, nie zawierało nakazów przedstawionych w uzasadnieniu wyroku, które doręczono zamawiającemu po 2 czerwca 2016 r. Treść wezwania odpowiada treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy i wskazuje elementy wpływające na cenę oferty, które powinny stanowić przedmiot wyjaśnień. Przystępujący złożył wyjaśnienia, jak już wskazano wyżej w dwóch częściach (jawna i z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa). Istota wyjaśnień została zamieszczona w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i zgodnie z wezwaniem powinna wykazywać rynkową realność upustów zaoferowanych w postępowaniu, w szczególności upustu 65,12% od wartości cen sugerowanych Producenta w kategorii usług stowarzyszonych w relacji do całkowitej ceny oferty. Wskazane w wyjaśnieniach przedsięwzięcia powinny być poparte dowodami, w szczególności akcentowana na rozprawie inżynieria finansowa na walucie, czy przyjęta strategia biznesowa przystępującego.

Na rozprawie odwołujący złożył dowody:

1. pisma z 16.10.2015 r., z 10.12.2015 r., z 13.07.2012 r. oraz 23.10.2015 r. – wskazujące, że upusty zastosowane przez APN w sposób istotny odbiegają nie tylko od pozostałych ofert, ale także od realiów rynkowych; na poziomie 65,12% nie są powszechnie stosowane na rynku w postępowaniach o tożsamym lub o zbliżonym przedmiocie zamówienia;
2. korespondencja mailowa pomiędzy odwołującym i firmą Microsoft (J.T.) z 8 kwietnia 2016 r. – wydruki wskazujące, że Microsoft stosuje jednakowe, obiektywne kryteria cenowe wobec wszystkich partnerów LSP; w zakresie polityki cenowej każdy partner LSP/LAR (odsprzedawca) otrzymuje od Microsoft warunki cenowe oparte o te same obiektywne kryteria; Microsoft udzielił upustów na licencje standardowe, dostępne dla wszystkich odsprzedawców; w przypadku usług stowarzyszonych zaproponował swoim odsprzedawcom, na użytek tego postępowania, upust w wysokości 10%;
3. wyciąg z cen licencji Microsoft dla odsprzedawców obowiązujących w kwietniu 2016 r. (w terminie składania ofert), ostatnia kolumna wskazuje jednakowy rabat dla wszystkich odsprzedawców na poszczególne produkty;
4. korespondencja (informacja cenowa) Microsoft zaadresowana do odwołującego, dotycząca wysokości upustu na usługi stowarzyszone, z 8 kwietnia 2016 r.; z treści korespondencji wynika, że dotyczy ona aktualnego postępowania; w ostatnim zdaniu wskazano, że maksymalny rabat dla LSP (odsprzedawcy) wynosi 10%;
5. dokument pt. *„Porównanie strat/zysków uzyskiwanych przez wykonawców ze sprzedaży licencji i usług (...)”*, dotyczy usług stowarzyszonych; APN osiąga zysk 0,42 mln zł z tytułu licencji, który nie pozwala na pokrycie straty 4,87 mln zł z tytułu usług stowarzyszonych, strata łączna na całym zamówieniu – projekcie wynosi 4,44 mln zł;
6. protokół z rozprawy z 31 maja 2016, str. 6, odpowiedź przystępującego na pytanie przewodniczącego o przyczynę zaoferowania upustu na poziomie 65% – świadczy o tym, że przystępujący zaoferował upust na tym poziomie, ponieważ jest podwykonawcą Microsoft oraz wykonawcą usług stowarzyszonych; odpis KRS na okoliczność, że APN nie jest własnością Microsoft;
7. wyliczenie możliwości kompensacji straty z tytułu sprzedaży usług stowarzyszonych przez zakup euro po korzystniejszej cenie, wniosek: gdyby stratę 4,87 mln zł pokryć z zakupionej waluty w euro, to przystępujący musiałby wykazać się zakupieniem w określonej dacie czasowej euro za kwotę 11.068.181,82 zł (średni kurs euro ze wskazanego okresu – 4,4170).

Na podstawie wielkości zysku osiągniętego przez APN w okresie 2012-2016, odwołujący stwierdził, że przystępujący nie jest zdolny finansowo, ekonomicznie do dokonania tego typu transakcji.

8. dokument pt. „*Microsoft Partner Incentives, Enterprise Incentives Guide*” October 1, 2015 – September 30, 2016 przedstawiający wyciąg z możliwych zwrotów/rabatów dla LSP wraz z tłumaczeniem na język polski; wskazano umowę Microsoft – rabaty /zwroty; jest to umowa zawarta pomiędzy odwołującym a Microsoft na bazie, której odsprzedawca oferuje produkty zamawiającemu w zakresie sprzedaży konkretnych produktów; dowód służy potwierdzeniu możliwości w pozyskiwaniu rabatów; z wierszy dot. opisów produktów wynika, że można uzyskać do 7,5% rabatów ze sprzedaży licencji w zakresie tych produktów – są to produkty chmurowe (5%) oraz posiadające software assurance (2,5%); 7,5% jest to kwota ok. 2 mln zł.

Zamawiający, uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, nie przedstawił swojej oceny wyjaśnień przystępującego.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do niewystarczającej oceny wyjaśnień przystępującego, w szczególności braku dowodów potwierdzających uzyskanie szczególnych upustów, inżynierii finansowej na walucie i innych elementów wskazanych w wyjaśnieniach utajnionych. Uznała zasadność zarzutu w kontekście argumentacji przedstawionej przez odwołującego na rozprawie i nakazała zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania oferty przystępującego w zakresie ceny (upustów), w szczególności upustu 65,12% od wartości cen sugerowanych Producenta w kategorii usług stowarzyszonych w relacji do całkowitej ceny oferty.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A., ponieważ treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Uzasadnienie zarzutu przedstawione w pkt 3.2 uzasadnienia odwołania, nie wykazuje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Kwestia podwykonawstwa została przedstawiona w pkt 2 uzasadnienia Izby. Odwołujący nie wykazał merytorycznej niezgodności zobowiązania przystępującego wobec wymagań zamawiającego przedstawionych w SIWZ, co do zakresu i sposobu wykonania zamówienia.

Reasumując powyższe, Izba uznając jeden z zarzutów za zasadny, uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 (naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania o udzielenia zamówienia) i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł, obciążyła przystępującego kwotą stanowiącą równowartość uiszczonego wpisu, zasądzając ją na rzecz odwołującego; oraz obciążyła przystępującego kosztami poniesionymi przez zamawiającego, zasądzając na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: