

WYROK
z dnia 17 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Prowadzisz
Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (lider konsorcjum)** i **Zalaris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Pucka 5, 81-036 Gdynia (partner konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez: Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Wadowicka 6, 30-415 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 57, 01-161 Warszawa (lider konsorcjum)** i **T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętego Antoniego 1, 50-073 Wrocław (partner konsorcjum)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 582/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (lider konsorcjum)** i **Zalaris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Pucka 5, 81-036 Gdynia (partner konsorcjum)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S&T Services Polska Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (lider konsorcjum) i Zalaris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Pucka 5, 81-036 Gdynia (partner konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (lider konsorcjum) i Zalaris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Pucka 5, 81-036 Gdynia (partner konsorcjum)** na rzecz zamawiającego **Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez: Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Wadowicka 6, 30-415 Kraków** kwotę **4 875 zł 95 gr** (słownie: cztery tysiące osiemset siedemdziesiąt pięć złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę oprogramowania SAP lub równoważnego na rzecz sądów powszechnych oraz Ministerstwa Sprawiedliwości wraz z usługami towarzyszącymi - Umowa ramowa”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 191-540218.

W dniu 20 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) i T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (partner), zwanych dalej „konsorcjum KBJ”, jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S & T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) i Zalaris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdynie (partner), zwanych dalej „Odwołującym”, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 50 ustawy Pzp – oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp – oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp – oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 2 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S & T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) i Zalaris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdynie (partner), zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności/zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, błędy w obliczeniu ceny, rażąco niską cenę oraz złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „uznk”, podczas, gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, nie zawierała błędów w

obliczeniu ceny, nie zawierała rażąco niskiej ceny oraz nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a ponadto kwestia niezgodności z warunkami zamówienia oraz błędów w obliczeniu ceny została już rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą;

ewentualnie:

2. zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; Odwołujący zaskarżonym czynnościami/zaniechaniem Zamawiającego zarzucił

naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, podczas, gdy była ona z nimi zgodna, a ponadto kwestia ta została już rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą;
2. art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny, podczas, gdy nie zawierała ona takich błędów, a ponadto kwestia ta została już rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, podczas, gdy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia w pełni uzasadniają podaną w ofercie cenę;
4. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, podczas, gdy nie została ona złożona w takich warunkach

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 1-4.:

5. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownej oceny i wyboru ofert;
3. ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia wniosku określonego w ust. 2. – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania ze względu na niemożliwą

do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że dnia 13 grudnia 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący zaskarżył tę czynność. Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2023 r. (sygn. akt KIO 3455/22) Izba uwzględniła odwołanie wskazując, że słuszne są argumenty skierowane wobec czynności Zamawiającego. Tym samym przesądzone zostało, że oferta Odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Izba dokonała wiążącej oceny prawnej, która nie została zaskarżona. Dlatego też Zamawiający nie może ponownie odrzucać oferty Odwołującego na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, do czego sprowadza się jego czynność z dnia 20.02.2023 r. Kwestia niezgodności z warunkami zamówienia i błędów w obliczeniu ceny została już przez Izbę ostatecznie rozstrzygnięta. Podkreślenia wymaga, że zachodzi tutaj pełna tożsamość między tymi dwoma sprawami – nie tylko co do podstawy prawnej, ale i faktycznej. Izba bowiem wskazała, że wszelkie wywody Zamawiającego dotyczące zarówno niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, jak i co do błędów w obliczeniu ceny lub kosztu mają charakter mało przejrzysty i są karkołomne. W dalszym fragmencie potwierdzając bezpodstawność czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na błąd w obliczeniu ceny, wskazując, że podciąganie pod pojęcie ceny lub kosztu terminu stałej wartości procentowej, o której nie ma mowy w ustawie, a następnie korzystanie z przepisu, który dotyczy jedynie błędu w obliczeniu ceny lub kosztu i ma zastosowanie jedynie w przypadku wystąpienia wad obliczeniowych ceny oferty lub jej kosztów, stanowi niedopuszczalne skorzystanie z wykładni rozszerzającej przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co oznacza całkowitą arbitralność decyzji Zamawiającego stanowiącą nadużycie prawa. W związku z powyższym czynność Zamawiającego w tym zakresie jest oczywiście bezzasadna.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że podstawą faktyczną do odrzucenia oferty Odwołującego (z każdej przesłanki), był sposób wypełnienia przez niego formularza cenowego, a ściślej – zawartej tam kolumny D w tabeli C. W tym miejscu wykonawcy mieli wskazać stałą wartość procentową liczoną z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego – osobno do nowych licencji oraz osobno dla licencji posiadanych (odnowienie).

Odwołujący wskazał stałą wartość procentową 0% w zakresie wsparcia technicznego dla nowych licencji oraz 28% w zakresie wsparcia technicznego w przypadku odnowienia licencji. Określenie stałej wartości dla nowych licencji na poziomie 0% spowodowało

odrzućcie tej oferty, co jest niezasadne, niezależnie od przyjętej podstawy prawnej tej czynności.

Kluczowymi dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy są dwie kwestie – możliwość wskazania w kolumnie D tabeli C formularza cenowego wartości procentowej 0% oraz rozumienia niezdefiniowanych przez Zamawiającego pojęć licencji nowych i posiadanych. W odniesieniu do możliwości wskazania 0% jako stałej wartości procentowej liczonej z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego dla nowych licencji, Izba rozstrzygnęła, że było to dopuszczalne.

Wpisanie 0% nie jest pominięciem wyceny / określenia wartości danej pozycji, tylko wyceną właśnie na takim poziomie i takie postępowanie jest dopuszczalne, jeżeli nie zostało zakazane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Takiego zakazu Zamawiający nie sformułował. Drugą kwestią pozostaje ustalenie rozumienia niezdefiniowanych przez Zamawiającego pojęć licencji nowych i posiadanych, ponieważ różne ich rozumienie przez Odwołującego i Zamawiającego doprowadziło do odrzucenia oferty. Jak jednak wskazała Izba rozpoznając poprzednie odwołanie, rozumienie Odwołującego było uprawnione.

Zamawiający dokonał rozróżnienia licencji nowych i posiadanych, ale nigdzie nie zdefiniował tych pojęć. Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający jako wsparcie techniczne dla licencji „nowych”, wskazane w tabeli C wierszu 1 formularza cenowego przyjmuje wsparcie dla wszystkie licencji zakupionych w trakcie trwania umowy ramowej, niezależnie czy jest to wsparcie zakupione wraz z licencją czy w kolejnych latach. Z kolei jako licencje „posiadane” (tabela C wiersz 2) – jedynie te licencje, które posiada w momencie zawarcia umowy ramowej.

Szczegółowa analiza całokształtu dokumentacji postępowania – treści SWZ, wzoru umowy wykonawczej, odpowiedzi na pytania do treści SWZ – doprowadziły Odwołującego do odmiennego rozumienia, co przełożyło się na określenie wartości wsparcia dla nowych licencji na 0%. Zgodnie z postanowieniem § 3 ust. 2 wzoru umowy wykonawczej stanowiącej Załącznik nr 5A do SWZ, poszczególne umowy wykonawcze dotyczące wsparcia technicznego (do nowych oraz do posiadanych licencji) zawierane będą każdorazowo na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy. Stanowisko Zamawiającego potwierdzają wyjaśnienia udzielone na pytanie nr 2 opublikowane przez Zamawiającego w dniu 07.11.2022 r. Nadto, odpowiadając na pytanie nr 88, pismem z dnia 3.11.2022 r. Zamawiający potwierdził, że wykaz produktów oraz przewidywane ilości produktów i usług wyszczegółowione w Formularzu cenowym zostały wskazane poglądowo, w celu sporządzenia oferty.

Zamówienie przez Zamawiającego któregokolwiek z produktów wskazanych w tabeli A formularza cenowego („Licencje”), zgodnie z warunkami udzielania licencji przez

producenta – SAP, wymusza równoczesne dokupienie usługi wsparcia technicznego dla nowych licencji, jeśli użytkowane przez klienta licencje są aktualnie objęte wsparciem.

Cena dla nowych licencji zawiera w sobie (co narzuca polityka SAP) cenę usługi wsparcia technicznego na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy. Oznacza to, że określenie stałej wartości za usługę wsparcia technicznego dla nowych licencji na poziomie powyżej 0% powodowałoby podwójne obciążenie Zamawiającego, co oczywiście jest niedopuszczalne.

Z kolei po upływie 12 miesięcy (a więc maksymalnego czasu na jaki Zamawiający planuje zawierać umowy wykonawcze) odnowienie licencji może dziać się samoistnie – bez zakupu licencji (są one już w posiadaniu Zamawiającego) i w tym przypadku istnieje konieczność podania stałej wartości procentowej. Odwołujący określił ją na poziomie 28%.

Kalkulacja Odwołującego, a zarazem jego rozumienie licencji nowych i posiadanych (podlegających odnowieniu) wygląda więc w następujący sposób: zakup nowych licencji wiąże się z koniecznością zakupu usługi wsparcia technicznego od SAP. Z tego powodu dla nowych licencji wsparcie jest wliczone w cenę licencji i Odwołujący określa stałą wartość za usługę tego wsparcia 0% (koszt ten jest wliczony w cenę pozycji w tabeli A „Licencje” – z tego też powodu Odwołujący nie wskazał tam żadnego upustu). Wsparcie to może zostać udzielone maksymalnie na okres 12 miesięcy. Po 12 miesiącach każda licencja może już być jedynie odnawiana (jest posiadana przez Zamawiającego) i wtedy kolejny okres usługi wsparcia został wyceniony przez Odwołującego na 28% z łącznej wartości transakcji.

Izba dokonała szerokiej oceny prawnej, uznając, że wycenienie wsparcia dla nowych licencji na 0%, nie powoduje, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia czy też zawiera błąd w obliczeniu ceny. Rozstrzygnięcie to nie zostało zaskarżone, a więc art. 226 ust. 1 pkt. 5) i 10) ustawy Pzp nie mogą zostać wskazane jako podstawy odrzucenia oferty. Taka czynność jest oczywiście bezprawna.

Odnośnie kwestii rzekomego braku ujęcia całości przedmiotu zamówienia Odwołujący podniósł, że Zamawiający podnosi brak ujęcia przez Odwołującego całości przedmiotu zamówienia w ofercie, a ściślej – brak wsparcia technicznego dla nowych licencji. Odwołujący uzyskał bowiem zapewnienie od Zamawiającego, że ten będzie dokonywał zamówień dla wsparcia licencji na maksymalnie 12 miesięcy. Mając tę informację Odwołujący, mając na względzie politykę SAP, która wymusza dla nowo zakupionych licencji (jeśli licencje posiadane są objęte wsparciem) wykup wsparcia, oraz nie chcąc narażać Zamawiającego na podwójne obciążenie finansowe, określił wartość wsparcia nowych licencji na 0%, ponieważ koszt tego wsparcia jest wliczony w cenę nowej licencji. Z kolei po 12 miesiącach, po wygaśnięciu wsparcia (co potwierdził Zamawiający), licencja ta nie będzie już nową, Zamawiający będzie już ją posiadał, a więc będzie mógł nastąpić proces odnowienia. Wartość wsparcia dla licencji w przypadku odnowienia to wartość 28%. Odwołujący ujął więc cały przedmiot zamówienia w ofercie, a poprzednio wydany wyrok KIO

3455/22, potwierdził możliwość takiego rozumienia dokumentacji postępowania. Ponownego podkreślenia wymaga, że dane w formularzu były jedynie przykładowymi danymi (co wynika z treści rozdziału XIV pkt 1 SWZ oraz odpowiedzi na pytanie nr 88 do treści SWZ). Zamawiający na tyle swobodnie operuje pojęciem posiadanych licencji, że załącznik nr 2 do OPZ, który ma przedstawiać wykaz posiadanych przez Zamawiającego licencji jest zatytułowany „Wykaz licencji objętych usługami serwisowymi SAP Enterprise Support”. Chociaż więc nazwa pliku tego załącznika odnosi się do pojęcia posiadanych licencji to Zamawiający nie jest konsekwentny w stosowaniu tego nazewnictwa. Brak zdefiniowania tych pojęć i takim ich wykorzystywaniu, nie może czynić zarzutu wobec Odwołującego, że ten zrozumiał je w odmienny sposób. Nie zmienia to faktu, że mimo odmiennego zrozumienia, Odwołujący ujął cały przedmiot zamówienia w swojej ofercie.

Odnosnie kwestii rzekomej niezgodności z wymaganiami dotyczącymi sposobu obliczenia ceny towaru i wypełnienia formularza cenowego Odwołujący podniósł, że niezrozumiałym jest zarzut Zamawiającego dotyczący niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami dotyczącymi sposobu obliczenia ceny towaru i wypełnienia formularza cenowego. Wykonawcy mieli jedynie wskazać dziewięć składników cenotwórczych dla każdej z grup (rodzajów) kosztów. Jedynym dookreśleniem wartości, którymi mieli posłużyć się wykonawcy było sformułowanie „stała wartość”. Zamawiający nie nakazał np. posługiwania się

wartościami powyżej 0. Odwołujący dokonał wyceny każdego składnika cenotwórczego, wskazując wartość wszystkich dziewięciu, zgodnie z zasadami opisanymi w SWZ. Nieprawdą jest, że Odwołujący wliczył w podany poziom upustu 0% dla „Licencji” dodatkową, niesprecyzowaną wartość procentową wsparcia technicznego do nowych licencji na okres roku. Patrząc matematycznie, jeżeli coś rzekomo zostało zawarte w zerze, to będzie to zero. Tymczasem Odwołujący wyraźnie wskazywał, że koszt wsparcia technicznego dla nowych licencji nie zawiera się w upuście, a w cenie tych licencji, co wynika z polityki SAP (konieczność obejmowania wsparciem wszystkich licencji jednocześnie - w tym przypadku nowych i będących już w posiadaniu) oraz z chęci uniknięcia podwójnego obciążania Zamawiającego. Odwołujący w żadnym momencie nie twierdził, że trzy lata świadczenia usług wsparcia technicznego do nowych licencji są ujęte w pozycji wsparcia technicznego do posiadanych licencji. Zamawiający sam potwierdził, że maksymalny okres wsparcia technicznego dla licencji wynosi 12 miesięcy. Odwołujący uznał, co jak należy przypomnieć Izba uznała za uprawnione rozumowanie, że po upływie tych 12 miesięcy będzie miało miejsce odnowienie licencji, a więc zostanie zastosowana wartość z pozycji wsparcie techniczne dla posiadanych licencji. Nie można tu mówić o przerzucaniu kosztów, ani niezgodności z wymaganiami dotyczącymi sposobu obliczania ceny i wypełnienia formularza cenowego.

Jedynym fragmentem dokumentacji przytoczonym w tym fragmencie przez Zamawiającego jest fragment dotyczący sposobu wypełniania formularza cenowego. Zgodnie z tą instrukcją wykonawca wypełnia tylko kolumnę „d” wskazując stałą wartość procentową liczoną z łącznej wartości transakcyjnej licencji dla usług wsparcia technicznego. Odwołujący zastosował się do tej instrukcji, wskazując jako stałą wartość 0%. Nie sposób uznać, że było to działanie sprzeczne z przytoczoną instrukcją, a Zamawiający nie wskazał żadnego innego postanowienia, które Odwołujący miałby naruszyć, a które miałyby prowadzić do niezgodności z wymaganiami dotyczącymi sposobu obliczenia ceny towaru i wypełnienia formularza cenowego.

Odnosnie kwestii rzekomego braku stałej, niezmiennej przez okres 4 lat wartości procentowej dla usług wsparcia technicznego dla nowych licencji Odwołujący podniósł, że w nie sposób uznać, że Odwołujący nie podołał obowiązkowi wynikającemu z SWZ i załączników do SWZ określając tę wartość na 0%. Fragment, który ma być rzekomo fragmentem wyjaśnień Odwołującego z dnia 9.02.2023 r., został zmanipulowany przez Zamawiającego. W żaden sposób z wyjaśnień tych niemożliwym jest odczytanie takiej treści, którą zamieścił Zamawiający. Stała wartość wsparcia technicznego dla nowych licencji (nabywanych w ramach umowy wykonawczej) będzie niezmiennie wynosić przez 4 lata 0%, ale jedynie przez pierwsze 12 miesięcy. Później nowe licencje stają się posiadanymi i dla nich wartość wsparcia wyniesie 28%. W drugim, trzecim i czwartym roku obowiązywania umowy ramowej wsparcie techniczne dla „nowym licencji” (kluczowym jest tu użyty przez Odwołującego cudzysłów, który Zamawiający pominął), które są już w posiadaniu Zamawiającego, będzie mieć wartość 28%. Wartość wsparcia technicznego dla nowych licencji przez cały okres trwania umowy ramowej jest stała i wynosi 0% - niezależnie czy Zamawiający zakupi tę licencję ze wsparciem po roku, dwóch czy trzech. Wartość wsparcia posiadanych licencji – niezależnie od tego czy były one w posiadaniu Zamawiającego w momencie zawierania umowy ramowej czy nie – również jest stała i wynosi 28%. Odwołujący zastosował się przy sporządzaniu swojej oferty do wszystkich postanowień SWZ, uwzględnił wszystkie koszty i, co najistotniejsze, określił wartość tej pozycji (na 0%). Jego oferta nie jest sprzeczna z treścią SWZ, ani dokumentacją postępowania.

Odnosnie kwestii rzekomego błędu w obliczeniu ceny Odwołujący podniósł m.in., że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędu w obliczeniu ceny zostało już uznane jako bezpodstawne wyrokiem Izby z dnia 16.01.2023 r. (KIO 3455/22). Nieprawdą jest, że Odwołujący przeniósł koszty z jakiegokolwiek pozycji formularza cenowego. W rzeczywistości, nie jest to nawet możliwe. Jak wskazał sam Zamawiający, wykonawcy mieli jedynie podać dziewięć składników cenotwórczych w formularzu cenowym, co Odwołujący zrobił. Nieprawdą jest również, że Odwołujący nie zaoferował stałego, niezmiennego przez 4 lata

składnika cenotwórczego w zakresie wsparcia technicznego dla nowych licencji. Ten składnik przez 4 lata będzie wynosił 0%. Prawdą jest natomiast, że całość dokumentacji zamówienia, w tym odpowiedzi na pytania do treści SWZ, spowodowały, że Odwołujący zrozumiał, że po 12 miesiącach posiadania przez Zamawiającego licencji będzie ona licencją „posiadaną”. Taki tok rozumienia został uznany za uprawniony przez KIO (wyrok z dnia 16.01.2023 r. - KIO 3455/22). Nieprawdziwym jest również stwierdzenie, że Odwołujący założył, że Zamawiający nie chce dokonywać zakupu usług wsparcia technicznego dla nowych licencji. Takie stwierdzenie nie znajduje żadnego potwierdzenia w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach. Bezsprene natomiast z uwagi na ramowy charakter umowy Wykonawca nie może antycypować czy i w jakiej ilości Zamawiający zakupi licencje i czy w kolejnych latach przedłużyć będzie dla nich wsparcie.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że nie można zgodzić się z tym, że oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę. Ponownie jako takie traktowane jest określenie stałej wartości dla wsparcia technicznego dla nowych licencji na poziomie 0%, co według Zamawiającego oznacza, że Odwołujący nie uwzględnił wszystkich kosztów i nie objął oferowaną ceną usług wsparcia technicznego nowych licencji co najmniej w 2, 3 i 4 roku obowiązywania umowy ramowej, co jest bezzasadnym argumentem. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny podlegać musi cała oferta, a nie tylko dowolnie wybrany składnik cenotwórczy. Po drugie, niejako ubocznie, należy wskazać, że nie sposób uznać zaoferowanej przez Odwołującego całościowej ceny jako nierealnej, jak wskazuje Zamawiający. Całkowita cena brutto oferty Odwołującego stanowi 90% wartości oferty drugiego z wykonawców, a także 95% planowanego przez Zamawiającego budżetu na realizację zamówienia. Są to różnice kilku procent – zarówno wobec szacunków Zamawiającego, jak i konkurencji. Trudno więc uznać, że zaoferowana cena całościowa jest ceną, za którą Odwołujący nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Za bezzasadne należy uznać argumenty Zamawiającego o braku spójności wyjaśnień Odwołującego. Odwołujący konsekwentnie podtrzymał, że dla nowych licencji, w przypadku dysponowaniem wsparcia dla licencji będących już w jego posiadaniu, polityka SAP zobowiązuje do równoczesnego zakupu takiego wsparcia technicznego na nowych licencji. W związku z tym w ofercie Odwołującego wsparcie to jest wliczone w cenę licencji. Z tego powodu Odwołujący „wycenia je” na 0%. Wskazanie wyższej wartości spowodowałoby podwójne obciążenie Zamawiającego. Natomiast po upływie 12 miesięcy, gdy można wykupić już samo wsparcie, ponieważ licencje znajdują się w posiadaniu Zamawiającego (zwiększając pulę licencyjną), Odwołujący określa wartość tej usługi na 28%. Są to jego stałe, niezmiennie wyjaśnienia. Oparte są na uwzględnieniu wszystkich informacji z dokumentacji postępowania, także na odpowiedzi Zamawiającego, który wskazał, że dane w formularzu cenowym mają jedynie

charakter pogładowy i służą porównaniu ofert. Ponadto uwzględniają one politykę SAP zgodnie z którą wszystkie licencje muszą być jednocześnie objęte wsparciem. Nie można się zgodzić, że Odwołujący będzie sprzedawał czy też odsprzedawał którykolwiek z oferowanych produktów poniżej kosztów ich wytworzenia lub zakupu. Odwołujący skalkulował ofertę w taki sposób, by każda sprzedaż prowadziła do uzyskania przez niego godziwego zysku. Polityka SAP (w przypadku gdy posiadane licencje są objęte wsparciem) zobowiązuje do zakupu nowych licencji wraz ze wsparciem technicznym. W konsekwencji oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny zarówno na poziomie makro (całej ceny – Odwołujący wykazał wszystkie koszty, marżę, co nie zostało zakwestionowane), jak i mikro tj. w odniesieniu do wartości wsparcia technicznego dla nowych i posiadanych licencji. Skoro każda sprzedaż zapewnia Odwołującemu zysk, a jego rozumienie formularza było w pełni uprawnione, co przesądziła Izba, to nie sposób uznać, że oferta zawierała rażąco niską cenę. Dodatkowo wskazał, że kuriozalnym było wymaganie od Odwołującego wskazania pozycji Formularza cenowego, w której Odwołujący podał łączną maksymalną wartość świadczenia usług wsparcia technicznego SAP dla wszystkich nowych licencji w całym okresie obowiązywania umowy ramowej, ponieważ jest to sprzeczne z treścią Formularza cenowego, który nie zakładał takiej pozycji do wpisania. Podsumowując podniósł, że Odwołujący skalkulował wszystkie koszty – w tym koszty wsparcia licencji w drugim, trzecim i czwartym roku – a tym samym nie sposób uznać, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie wskazał na czym miałyby on polegać. Jedyne przytoczony szczegółowy przepis – art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk jest *de facto* odzwierciedleniem definicji rażąco niskiej ceny. Oferta Odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny. Tym samym zachowanie Odwołującego nie może wypełniać wskazanej normy z uznk. Oferta Odwołującego nie prowadzi do żadnej odsprzedaży poniżej kosztów zakupu, co zostało dokładnie wykazane. Odwołującemu ciężko odnieść się do generalnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji przytoczonej przez Zamawiającego, który chociażby w najmniejszym stopniu nie wskazał przepisu lub dobrego obyczaju, które miałyby naruszać zachowanie Odwołującego. Odwołujący postępował zgodnie ze swoim rozumieniem dokumentacji zamówienia, które to rozumienie, mając na względzie wyrok z dnia 16.01.2023 r., było w pełni uprawnione. Skoro wykonawca postępuje zgodnie z uprawnionym rozumieniem treści dokumentacji postępowania, to nie sposób uznać, by jego zachowanie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odmienne rozumienie niejednoznacznej treści dokumentacji nie może być uznawane za taki czyn. Nie sposób zrozumieć w jaki sposób oferta, która ma skalkulowane wszystkie koszty, a kryterium jej oceny jest cena łączna, miałyby wyeliminować konkurencję czy dostęp do rynku. Różnica w cenie łącznej między dwiema

ofertami to ledwie kilka procent, co pozwala uznać, że Odwołujący uwzględnił wszystkie koszty. Nie można także uznać, że czyn nieuczciwej konkurencji ma uzasadniać porównanie poszczególnych elementów oferty Odwołującego do oferty konkurencyjnego wykonawcy. Po pierwsze kryterium oceny ofert była cena łączna, więc tylko to powinno podlegać ocenie. Po drugie, nawet znacząco odmienna wycena poszczególnych składników cenotwórczych, która mogła wynikać z uprawnionego, odmiennego rozumienia dokumentacji postępowania, nie stanowi sama w sobie czynu nieuczciwej konkurencji. Wycena przeprowadzona przez Odwołującego nie była manipulacją cenową, a uprawnionym rozumieniem dokumentacji postępowania. Po trzecie, nie ma znaczenia, że wszyscy wykonawcy otrzymali taką samą ofertę od SAP. Otrzymanie takiej oferty nie wymusza złożenia takiej samej oferty Zamawiającemu. Wskazywana przez Zamawiającego „inżynieria cenowa”, którą stosuje Odwołujący jest wyceną na podstawie całości dokumentacji postępowania (w tym odpowiedzi Zamawiającego do treści SWZ), polityki SAP oraz mając na względzie poglądowność danych w formularzu cenowym, co potwierdził Zamawiający. Wycena ta była związana z, jak wynika, odmiennym rozumieniem pojęć nowych i posiadanych licencji, które to jednak rozumienie było w pełni uprawnione, a tym samym nie mogło stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający sam zwrócił uwagę na poglądowność danych w formularzu cenowym. Jest to istotne, ponieważ nie będzie on ponosić żadnych dodatkowych kosztów – wsparcie dla nowych licencji zostało ustalone na 0%, natomiast dla posiadanych na 28%. Takie koszty będzie ponosił Zamawiający i wynika to wprost z formularza cenowego. W świetle tego nie można uznać, że stanowiło to czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że oferta Odwołującego nie była niezgodna z treścią warunków zamówienia oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Jego kalkulacja odpowiada wszystkim wytycznym zawartym w dokumentacji postępowania. Odrzucenie oferty Odwołującego wynikało z odmiennego rozumienia przez niego i Zamawiającego „nowych” i „posiadanych” licencji. Zamawiający jako wsparcie techniczne dla licencji „nowych”, wskazane w tabeli C wierszu 1 formularza cenowego przyjmuje wsparcie dla wszystkie licencji zakupionych w trakcie trwania umowy ramowej, niezależnie czy jest to wsparcie zakupione wraz z licencją czy w kolejnych latach. Z kolei jako licencje „posiadane” (tabela C wiersz 2) – jedynie te licencje, które Zamawiający posiada w momencie zawarcia umowy ramowej. Takie rozumienie należy uznać za sprzeczne z treścią formularza cenowego. W tabeli C wierszu 2 Zamawiający pisze o „odnowieniu” licencji. Jednocześnie Zamawiający potwierdził, że umowy dotyczące wsparcia technicznego będą zawierane na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy. Po tym okresie wsparcie techniczne dla licencji zostanie odnowione. Literalnie odczytując formularz cenowy należy wtedy zastosować cenę z tabeli C wiersza 2. Interpretacja Zamawiającego prowadzi do tego, że wykupując wsparcie techniczne po 12 miesiącach dla licencji, która została zakupiona w

trakcie obowiązywania umowy ramowej, należy zastosować inną pozycję z tabeli C niż dla wykupienia tej samej usługi dla licencji, która została zakupiona przed zawarciem umowy ramowej. Takie rozróżnienie dla tej samej czynności nie znajduje uzasadnienia w treści dokumentacji postępowania. Nawet jeżeli Odwołujący inaczej zrozumiął treść dokumentacji postępowania i

sposób wypełnienia formularza cenowego, to jego oferta nie powinna zostać odrzucona. Jego rozumienie treści dokumentacji było uprawnione, co potwierdził wyrok Izby z dnia 16.01.2023 r. (KIO 3455/22), a Odwołujący skalkulował wszystkie koszty i w żaden sposób nie postąpił wbrew dokumentacji postępowania. To na Zamawiającym spoczywa ciężar sporządzenia jednoznacznej dokumentacji postępowania, a negatywne konsekwencje nie podważenia temu obowiązkowi nie mogą obciążać wykonawców. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że wszelkie wątpliwości co do jednoznaczności dokumentacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4.07.2019 r., sygn. akt IV CSK 363/18 jeżeli powstaną wątpliwości, co do jednoznaczności postanowień SIWZ muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. W ostateczności można więc uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc znajduje zastosowanie przesłanka określona w art. 255 pkt 6 Pzp i wymuszająca unieważnienie postępowania. Oferta złożona przez Odwołującego nie może zostać porównana z drugą ofertą. Oferty te można porównać, ponieważ Odwołujący wycenił wszystkie wymagane pozycje i skalkulował wszystkie koszty. Natomiast przyjmując stanowisko Zamawiającego o braku porównywalności ofert powinien on nie dokonywać odrzucenia oferty Odwołującego, ale unieważnić postępowanie na podstawie ww. przesłanki.

Zamawiający w dniu 3 marca 2023 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu za pomocą systemu elektronicznego kopię odwołania.

W dniu 6 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie i T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „Przystępującym”, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 13 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie dowodów wskazanych w treści pisma oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionego na rozprawie spisu kosztów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) i T-Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (partner), zwanych dalej „konsorcjum KBJ, zwanych dalej „konsorcjum TERMOBUD” lub „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20.02.2023 r.

2. Załącznik 1A do SWZ – Formularz Cenowy, w wersji przekazanej Wykonawcom z dodatkowym opisem do tabel.
3. Załącznik 1A do SWZ – Formularz Cenowy, w wersji przekazanej Wykonawcom z zaznaczonymi formułami matematycznymi.
4. Symulacja pierwsza.
5. Symulacja druga.
6. Wyciąg z cennika Producenta oprogramowania SAP wraz z tłumaczeniem.
7. Korespondencja mailowa z Przedstawicielem Producenta SAP z etapu przygotowania postępowania.

Izba dopuściła także złożone na rozprawie w formacie A3 dowody złożone już przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie (Formularze cenowe).

Izba dopuściła zawnioskowane przez Przystępującego i załączone do złożonego pism procesowego dowody, tj.:

1. Formularz cenowy – sposób obliczenia ceny.
2. Polityka SAP – osobne pozycje dla licencji oraz wsparcia technicznego.
3. Polityka SAP – warunki cenowe osobne pozycje.
4. Polityka SAP – warunki cenowe osobne pozycje.
5. Cennik SAP – wsparcie – 22%.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zakwestionował odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, podnosząc że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, a kwestie te zostały już rozstrzygnięte przez Krajową Izbę Odwoławczą. W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia zapadł już bowiem wyrok z dnia 16 stycznia 2023r., sygn. akt KIO 3455/22, w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu powyższego wyroku Izba jednak wskazała, że przedmiotowe rozstrzygnięcie „nie stoi w żaden sposób na przeszkodzie dokonania przez Zamawiającego (...) ponownego zbadania oferty Odwołującego w zakresie innych przesłanek odrzucenia”, dodając także, że „Zamawiający nie zbadał szczegółowej struktury kosztów świadczonej spornej usługi”, jak również „nie zażądał podania takiej dodatkowej kalkulacji cenowej, a w

związku z tym nie zapoznał się ze szczegółowymi danymi kalkulacyjnymi”. W treści uzasadnienia zawarte więc zostały wytyczne do dalszego działania Zamawiającego.

Zamawiający w wykonaniu wyroku z dnia 16 stycznia 2023r., sygn. akt KIO 3455/22, pismem z dnia 1 lutego 2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia treści oferty, odwołując się w treści przedmiotowego wezwania do treści uzasadnienia ww. wyroku Izby („uzasadnienie wyroku strona 21 tiret 3 i 4”). Czynność ta obejmowała więc wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wcześniej nie były przedmiotem wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a tym samym nie mogły być przedmiotem wyroku Izby z dnia 16 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3455/22. Nie może być więc mowy o uznaniu, że w odniesieniu do podniesionych zarzutów (wskazanych już wyżej) zachodzi powaga rzeczy osądzonej. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego o wystąpieniu stanu powagi rzeczy osądzonej rozstrzyga nie tylko sama tożsamość stron występujących w poprzednim postępowaniu, ale równocześnie tożsamość podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia. Dopiero kumulacja obu tych przesłanek (prawnej i faktycznej) przesądza o wystąpieniu powagi rzeczy osądzonej, przy czym „podstawą roszczenia w sensie prawa materialnego jest stosunek prawny, z którego roszczenie wynika, a w sensie proceduralnym – zespół okoliczności faktycznych, na które powód celem usprawiedliwienia roszczenia się powołuje, i na których stwierdzenie składa dowody. (...) Powaga rzeczy osądzonej istnieje dla osądzonych już roszczenia tylko o tyle, o ile chodzi o to samo roszczenie i o tę samą podstawę sporu; nie można zatem podnosić zarzutu rzeczy osądzonej w nowym sporze, dotyczącym wprawdzie tego samego roszczenia, jednak opartego na innej podstawie faktycznej i prawnej, jak również w sporze o inne roszczenie, oparte na tej samej podstawie, którą uzasadniano roszczenie w sporze poprzednim” (wyrok SN z dnia 2 listopada 1935, C III 491/35). Oznacza to, że „stan rzeczy osądzonej nie występuje, jeżeli uległy zmianie okoliczności, których istnienie było przyczyną oddalenia pierwszego żądania, a więc jeżeli roszczenie stało się w świetle nowego stanu faktycznego uzasadnione”. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 1980 r., IV CR 85/80, OSNC 1980, nr 11, poz. 214)

W tym stanie faktycznym sytuacja taka ma miejsce. Występuje bowiem identyczność podmiotów (stron postępowania) i tożsamość podstawy prawnej, natomiast zmieniły się okoliczności a więc podstawa faktyczna. Nowe okoliczności faktyczne związane są ze skierowanym do Odwołującego wezwaniem z dnia 1 lutego 2023 r. i otrzymanymi wyjaśnieniami z dnia 9 lutego 2023 r., które dotyczyły okoliczności wcześniej nie wyjaśnianych a więc takich, które nie były jeszcze przedmiotem wyjaśnień Odwołującego oraz ustaleń i oceny Izby. To te nowe okoliczności stały się podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego na tej samej podstawie prawnej. Wobec tego nie może być mowy w tym zakresie o powadze rzeczy osądzonej.

Zarzuty naruszenia:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, podczas, gdy była ona z nimi zgodna, a ponadto kwestia ta została już rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą;
2. art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny, podczas, gdy nie zawierała ona takich błędów, a ponadto kwestia ta została już rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, podczas, gdy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia w pełni uzasadniają podaną w ofercie cenę;

(zarzut 2.1., 2.2. i 2.3. odwołania) nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale XIV SWZ „opis sposobu obliczenia ceny” podał: „2. Cena ofertowa ustalona przez Wykonawcę musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami wynikającymi z niniejszej SWZ, z uwzględnieniem postanowień Wzoru Umowy ramowej (Załącznik nr 5 do SWZ) oraz umowy wykonawczej (Załącznik nr 5A do SWZ), w tym w szczególności koszty związane z dostawą produktów, wynagrodzenie za prawo do korzystania z oprogramowania na polach eksploatacji określonych w Umowie ramowej, koszty wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych do wytworzonej dokumentacji, koszty świadczenia usług wsparcia technicznego oraz usług towarzyszących, a także koszty dojazdu, opłaty, podatki w tym podatek od towarów i usług (VAT) itp.”

„5. Wskazane przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (Załącznik nr 1A do SWZ) oraz w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SWZ):

- minimalne poziomy procentowe upustów dla produktów wskazanych w Tabeli A Załącznika 1A do SWZ,
 - stałe wartości procentowe dla produktów wskazanych w Tabeli B Załącznika 1A do SWZ,
 - stałe wartości procentowe dla usług wsparcia technicznego,
 - stałe ceny jednostkowe za paczkę 8 i 40 godzin usług towarzyszących,
- muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku”.

Nadto, zgodnie z postanowieniami Wzoru Umowy ramowej (Załącznik nr 5 do SWZ):

§ 5 ust. 3 „Wynagrodzenie określone w ust. 1 oraz składniki cenotwórcze określone w ust. 4 poniżej stanowią podstawę wynagrodzenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem postanowień § 3 ust. 2 pkt 7) i 8) Umowy, w tym pokrywają wszelkie koszty Wykonawcy związane z wykonywaniem umów wykonawczych, co oznacza, iż Wykonawcy nie przysługują w stosunku do Zamawiającego ani Jednostek żadne dodatkowe roszczenia związane z wykonaniem umów wykonawczych oraz Umowy ramowej”. Natomiast z § 5 ust. 4 pkt 3) tiret pierwsze „W ramach Umowy, Wykonawca zobowiązuje się do zastosowania:

3) dla usług wsparcia technicznego - stałej wartości procentowej, liczonej z łącznej wartości transakcyjnej licencji, dla których mają być świadczone usługi wsparcia technicznego, to jest:

-% dla wsparcia technicznego do nowych licencji;

-% dla wsparcia technicznego do posiadanych licencji (odnowienie)”.

Zamawiający w rozdziale X SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty i forma składanych dokumentów” podał w punkcie 12 jakie dokumenty mają być złożone wraz z ofertą:

„12.1. Ofertę stanowi:

12.1.1. Formularz ofertowy, wypełniony przez Wykonawcę – zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ.

12.1.2. Formularz cenowy, wypełniony przez Wykonawcę – zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 1A do SWZ.(...)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny”. Oznacza to, że Zamawiający ustalając wystąpienie tej przesłanki, zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań określony w dokumentach zamówienia, w szczególności czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy:

W „Formularzu cenowym”, stanowiącym załącznik nr 1A do SWZ, znajdowały się zarówno dane stałe, które zostały wpisane przez Zamawiającego (dla potrzeb porównania ofert) oraz dane, do wpisania których zobowiązany był wykonawca. Formularz zawierał cztery tabele (A, B, C i D) i stanowił arkusz kalkulacyjny, gdyż zawierał formuły

determinujące zarówno sposób jego wypełnienia, ale i skalkulowania ceny oferty i jej elementów składowych.

W Tabeli A pozycja 1 „Licencje” do wypełnienia była wyłącznie kolumna „h” - Upust w % co najmniej”, w której Odwołujący wpisał „0%”.

Natomiast w Tabeli C, kolumnie „Wsparcie techniczne SAP Enterprise Support” podano 2 pozycje, tj.: poz. 1 „Wsparcie techniczne do nowych licencji” i poz. 2 „Wsparcie techniczne do posiadanych licencji (odnowienie)**”. I w odniesieniu do tych pozycji należało wypełnić wyłącznie kolumnę „d” – „Wartość %”, przez którą miała być przemnożona łączna wartość transakcyjna licencji, których dotyczy wsparcie techniczne. Tak więc w poz. 1 należało podać wartość %-ową dotyczącą „Wsparcia technicznego do nowych licencji” a w poz. 2 należało podać wartość %-ową dla „Wsparcia technicznego do posiadanych licencji (odnowienie)**”. Odwołujący dla poz. 1 „Wsparcie techniczne do nowych licencji” wpisał „0%” a dla poz. 2 „Wsparcie techniczne do posiadanych licencji (odnowienie)**” wpisał „28%”.

Co istotne Zamawiający w odniesieniu do poz. 2 zamieścił odesłanie do zamieszczonej bezpośrednio pod tabelą treści „**łączna wartość transakcyjna posiadanych licencji wskazana w kol. „c” jest wartością maksymalną, która nie ulega zwiększeniu”. Informacje dotyczące „posiadanych licencji” zawarte były w punkcie 7.4 OPZ, w którym wskazano, że „wykaz posiadanych oprogramowań objętych wsparciem technicznym zawiera Załącznik nr 2 do niniejszego OPZ”, w którym to załączniku wyspecyfikowano wszystkie posiadane przez Zamawiającego licencje (Załącznik nr 2 do OPZ „Wykaz licencji objętych usługami serwisowymi SAP Enterprise Support”). Wykaz posiadanych licencji był więc niezmienny i stały. Nie było więc możliwości jego modyfikacji i dopisywania do wykazu licencji już wyspecyfikowanych w formularzu kolejnych licencji.

Treść SWZ jest jednoznaczna. Poz. 1 dotyczyła wyłącznie usługi wsparcia technicznego nowych licencji a poz. 2 licencji już posiadanych (odnowionych). Nie zmienia tego odpowiedź na pytanie nr 2, na którą powołuje się Odwołujący. Nie dotyczy ona bowiem rozumienia pojęć „licencji nowych” i „licencji posiadanych”, a okresów trwania umów wykonawczych, których przedmiotem miało być świadczenie usług wsparcia technicznego. Pozycja ta (poz. 1) dotyczyła więc usługi wsparcia technicznego dla licencji nabytych w trakcie trwania całej umowy, tj. 4 lat. Wynikało to także ze wzoru zawartego w formularzy cenowym, który pokazywał sposób wyliczenia „łącznej wartości transakcyjnej nowych licencji” następowało to automatycznie poprzez działanie matematyczne, w którym uwzględniono okres wsparcia technicznego obejmujący 4 lata świadczenia usług wsparcia technicznego.

Tak więc wymóg w zakresie sposobu wypełnienia formularza był jednoznaczny. Wsparcie dla licencji z poz. 1 (licencji nowych) miało być udzielone na 4 lata, a nie na żaden inny okres. Zamawiający w poz. 1 wymagał wyceny wsparcia technicznego dla wszystkich

nowych licencji. Z dowodu złożonego przez Przystępującego i oświadczenia Odwołującego wynika jednoznacznie, że można określić poziom procentowy wsparcia technicznego liczony od ceny licencji i wartość tę podać procentowo. Sam Odwołujący podał w trakcie rozprawy, że koszt wsparcia dla nowych licencji – jak wynika z informacji pochodzących od SAP - wynosi 22% (taką ofertę od SAP otrzymali wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący) czyli 220 zł. Tym samym potwierdził, że wartość tę można nie tylko wyliczyć, ale określić ją zarówno procentowo, jak i kwotowo. Wartość ta - jak wynika z korespondencji Zamawiającego z przedstawicielem SAP – stanowi osobną pozycję w cenniku SAP.

A ponadto wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia otrzymali oferty zawierające m.in. pozycje cenową „Wsparcie techniczne do Nowych Licencji” oraz „Wsparcie techniczne do posiadanych licencji (odnowienie)**” i każda z tych pozycji była wyszczególniona jako osobna pozycja kosztów. Usługa ta (wsparcie techniczne) w cenniku SAP określono jako odrębną pozycję katalogową ze stawką 22%. Jest to jednak, co należy podkreślić, wartość oferty SAP. Czym innym jest jednak oferta złożona wykonawcom przez SAP a czym innym jest złożenie oferty przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu. To oferta wykonawcy złożona w postępowaniu o zamówienie jest przedmiotem badania i oceny przez Zamawiającego. Realizacja usług przez SAP ma swoje określone zasady, natomiast złożenie oferty wiąże się określonymi przez Zamawiającego wymaganiami. To tym wymaganiom – wymaganiom Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest sprostać. Odwołujący nie był uprawniony do modyfikacji wymogów SWZ i powinien był wypełnić formularz zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, czemu nie sprostał. Wymóg Zamawiającego w zakresie wypełnienia formularza był jednoznaczny jako, że „wsparcie techniczne do licencji nowych” podane w Tabeli C, poz. 1 miało być na 4 lata, a nie inny okres. Wykonawca poprzez wpisanie w poz. 1 Tabeli C wartości % „0” zadeklarował wynagrodzenie za świadczenie wsparcia technicznego dla licencji nowych zakupionych w ramach umowy ramowej przez okres 4 lat na poziomie 0,00 zł

To Odwołujący, składając wyjaśnienia i odnosząc się do tej kwestii w treści wniesionego odwołania, był w tym zakresie niekonsekwentny. Przykładem powyższego będzie pkt 46 i 54 odwołania, gdzie Odwołujący najpierw twierdzi, że wartość 0% została przyjęta na cztery lata, a następnie, że „0%” dotyczy jedynie pierwszych 12 miesięcy, następnie zaś będzie ona wynosić 28%. Potwierdza to także, że koszt wsparcia technicznego „nowych licencji” w ofercie Odwołującego nie został w ogóle ujęty. Istotne jest i to, że koszt wsparcia producenta 12 miesięcznego dla wszystkich zainteresowanych wykonawców składających ofertę stanowi 22 % wartości licencji SAP. Odwołujący wskazał tę wartość na poziomie „0 %”. Taki sposób wyceny, który w żaden sposób nie jest uprawniony zgodnie z SWZ i formularzem – jak wynika z symulacji przeprowadzonych przez Zamawiającego i złożonych w poczet materiału dowodowego – powodowałby, że

Zamawiający udzielając zamówień wykonawczych w 2, 3 i 4 roku obowiązywania umowy ramowej, ponosiłby każdorazowo zawyżone koszty świadczenia usług wsparcia technicznego do zakupionych licencji. Odwołujący w sposób nieuprawniony przyjął bowiem, że „nowe licencje” zakupione w ramach umowy ramowej, po okresie 12 miesięcy użytkowania automatycznie staną się „posiadanymi licencjami”. W konsekwencji powyższego, doprowadzając do zaniżenia ceny ofertowej i braku porównywalności ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Odwołującego nie jest więc zgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, a ponadto zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Podkreślić przy tym należy, że art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt”. Oznacza to, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki do obligatoryjnego zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp a więc sytuacji, która dotyczyłaby ceny całkowitej oferty. Podstawą wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień był wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 3455/22. Złożone przez Wykonawcę w dniu 9 lutego 2023 r. wyjaśnienia – jak słusznie podniósł Zamawiający - nie uzasadniają zaoferowanej przez Odwołującego ceny zarówno w odniesieniu do pozycji „Formularza cenowego” dotyczącej wyceny kosztów wsparcia technicznego do nowych licencji (poz. 1 Tabeli C), jak i do łącznej ceny ofertowej brutto. Tabela C, poz. 2 „Formularza cenowego” odnosi się bowiem wyłącznie do usług wsparcia technicznego dla licencji posiadanych przez Zamawiającego na moment wszczęcia postępowania, a kwota 137 641 731,40 zł wskazana w tej pozycji stanowi łączną wartość transakcyjną zakupionych dotychczas przez Zamawiającego licencji - 34 410 432,80 zł pomnożoną przez 4 lata okresu obowiązywania umowy ramowej. Dane te zostały narzucone przez Zamawiającego. Były one stałe i niezmiennie. Oznacza to więc, że koszty usług wsparcia technicznego do nowych licencji, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie zostały ujęte w cenie jego oferty.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty 2.1., 2.2. i 2.3. odwołania nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, podczas, gdy nie została ona złożona w takich warunkach (zarzut nr 2.4. odwołani) potwierdził się.

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Czynem nieuczciwej konkurencji - zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk - „jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast wskazany przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez „sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.

Niewątpliwym jest, co wynika z akt sprawy, że w „Formularzu cenowym” w Tabeli C, w poz. 1 Odwołujący wpisał „d” – „Wartość %”, co spowodowało automatyczne wyliczenie łącznej wartości pozycji dotyczącej wsparcia technicznego do nowych licencji w całym 4-letnim okresie obowiązywania umowy ramowej na wartość „0 zł”. Tymczasem od Producenta SAP otrzymał wycenę wsparcia technicznego do nowych licencji przy zastosowaniu składnika cenotwórczego na poziomie „22 %” (identyczną jak pozostali wykonawcy). W przedmiotowym postępowaniu, mając na uwadze argumentację przedstawioną przy wyżej rozpoznanych zarzutach oraz wymagania SWZ i formularza, doszło więc do sprzedaży przez tego wykonawcę usługi poniżej kosztów jej nabycia. Istotnie wykonawca ten w różnych składanych dokumentach różnie tłumaczył powstałą sytuację. Pozycji tej jednak w ogóle nie podał, w konsekwencji czego zaniżył wartość oferty. Trudno dopatrywać się w jego zachowaniu „inżynierii cenowej”, która miała wyeliminować z rynku konkurencyjnych wykonawców. Skutkiem jego działania było bowiem co najwyżej naruszenia zasad konkurencji w tym postępowaniu.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się. Jednak z uwagi na to, że oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu jego uwzględnienie nie ma wpływu na wynik tego postępowania.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut nr 2.5. odwołania) nie potwierdził się.

Art. 255 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; (...)”. Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez Zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Dla zastosowania tego przepisu koniecznym jest

więc stwierdzenie, że doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących przeprowadzenie postępowania. Nie może to być przy tym błąd o charakterze marginalnym. Wada musi mieć nieusuwalny charakter i skutkować brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W tym stanie faktycznym okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania nie wystąpiły. Wady, które miałyby stanowić podstawę do jego unieważnienia to w istocie, jak słusznie podniósł Przystępujący, wady w ofercie Odwołującego, który dokonuje interpretacji dokumentów postępowania w oderwaniu od ich treści. Treść SWZ była jednoznaczna. Wykonawca, mając wątpliwości do jej ich treści, mógł pytać a w kwestionowanym zakresie tego nie czynił. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Koszty postępowania odwoławczego zostały ograniczone do kwoty 4 875,95 zł – zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437) – do wysokości wynagrodzenia jednego pełnomocnika (3 600,00 zł) oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izba (1 275,95 zł).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:
.....
.....